

El régimen jurídico de las fundaciones en el ordenamiento jurídico catalán 2009-2010: transparencia y buenas prácticas

Joaquín Tornos Mas

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Barcelona

María del Mar Martínez Martínez

FPI de la Universidad Abad Oliba-CEU

SUMARIO: I. EL PUNTO DE PARTIDA.—II. NUEVAS ACTUACIONES. LOS ACUERDOS DE GOBIERNO DE 10 Y 24 DE NOVIEMBRE DE 2009: 1. *Medidas destinadas a cualquier tipo de entidad que reciba subvenciones.* 2. *Medidas destinadas específicamente a fundaciones.*—III. EL PROYECTO DE LEY DEL PROTECTORADO.—IV. RÉGIMEN SANCIONADOR Y DE RESPONSABILIDAD.—V. LAS ENTIDADES VINCULADAS.

I. El punto de partida

Las novedades normativas introducidas en el ordenamiento jurídico catalán en materia de fundaciones durante el último semestre del 2009 y primero del actual 2010 podrían resumirse bajo el título de «la búsqueda de la transparencia y buenas prácticas».

En efecto, el Ejecutivo catalán, poco después de la entrada en vigor de la Ley 4/2008, de 24 de abril, del Libro III del Código Civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas ha centrado todo su esfuerzo en implantar un paquete de medidas para potenciar la transparencia y así intentar acabar con las presuntas irregularidades de financiación que han ido apareciendo en torno a diversas fundaciones. Sin duda, el caso más destacado fue el de la Fundación del Palau de la Música Catalana, en la que el desorden y la inoperancia de su Patronato y otras formas de control alcanzaron niveles difícilmente justificables. Estos hechos llevaron al convencimiento de que los mecanismos de fiscalización existentes eran insuficientes.

Antes de entrar en el examen de las nuevas medidas que se pretenden implantar hay que señalar que una de las novedades más significativas introducidas por el Libro III del Código Civil de Cataluña fue precisamente la batería

de disposiciones y funciones de control preventivo atribuidas al Protectorado de la Generalitat, medidas que, como poco después se comprobó, resultaron insuficientes. De estas medidas destacamos las siguientes:

a) En primer lugar, incremento de la fiscalización administrativa de los actos de disposición mediante las técnicas de autorización y comunicación.

(i) Necesidad de que el Protectorado emita autorización previa para todos los actos de disposición, gravamen o administración extraordinarios sobre bienes o derechos adquiridos mediante subvenciones públicas;

(ii) Necesidad de que el Protectorado emita autorización cuando así lo prevean los estatutos, en caso de que el donante lo haya exigido expresamente o bien cuando el producto de la operación no se reinvierta totalmente en el patrimonio de la fundación;

(iii) Obligación de realizar una comunicación cualificada al protectorado de cualquier otro tipo de acto de disposición.

b) Por otro lado, el gasto que la fundación puede destinar al funcionamiento del patronato y de sus órganos delegados se reduce a un máximo del 15% de los ingresos netos obtenidos durante el ejercicio.

Y en el mismo sentido, la previsión de la disposición transitoria tercera mediante la que se establece que se han de formular, aprobar y presentar las cuentas anuales en el cierre del primer ejercicio después de la entrada en vigor de la Ley.

c) Igualmente, en materia de organización y funcionamiento, vale la pena recordar la obligación impuesta a aquellas fundaciones de «cierta relevancia económica» de que separen claramente las funciones de gobierno, ejercidas por el Patronato, de las funciones de gestión, así como la prohibición de que los Patronos presten servicios profesionales o laborales retribuidos en la entidad de gobierno y, a su vez, la imposibilidad de que perciban remuneraciones por sus tareas de dirección, gerencia o administración.

Por tanto, la reforma normativa operada por la Ley 4/2008, de 24 de abril, del Libro III, también en sede de organización y funcionamiento, es fuertemente restrictiva. Por una parte obliga a que exista una o más personas que ejerzan las funciones de dirección de gestión que no sean patronos y, por otra parte, la separación de funciones prohíbe que los patronos de las fundaciones relevantes tengan algún tipo de relación laboral o profesional retribuida.

Por último, no podemos olvidar que el Libro III del Código Civil de Cataluña aumenta ya significativamente la potestad de intervención del Protec-

torado, institución, como veremos, a la que se ha confiado la tarea de que el mundo fundacional sea transparente.

II. Nuevas actuaciones. Los Acuerdos de gobierno de 10 y 24 de noviembre de 2009

En el panorama descrito, el Gobierno de la Generalitat, mediante Acuerdo de fecha 10 de noviembre de 2009, impulsó un conjunto de medidas urgentes para favorecer la transparencia y las buenas prácticas en la contratación pública. De forma particular se pretende implantar un conjunto de reformas en materia de subvenciones a las fundaciones, ya que en particular el destino de estas subvenciones había planteado importantes problemas de falta de control. Por otra parte, se dan instrucciones para que las reformas de la Ley de la Sindicatura de Comptes y de la Ley del Patronato de las fundaciones fueran aprobadas antes de que finalizara el año 2009 —cosa que no ha sucedido—, así como para que se incorpore una limitación en las reformas impulsadas sobre fundaciones vinculadas a partidos políticos de manera que quede limitada la posibilidad de recibir donaciones procedentes de empresas que sean adjudicatarias de contratos de la administración pública.

Días después, el Gobierno concretó el mencionado Acuerdo mediante el de 24 de noviembre de 2009, en el que insta a que se modifique el Decreto Legislativo 3/2002, de 24 de diciembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de finanzas públicas de Cataluña, así como el Decreto 259/2008, de 23 de diciembre, mediante el que se aprobó el Plan de contabilidad de las fundaciones y de las asociaciones sujetas a la legislación de la Generalitat de Cataluña, y también el entonces anteproyecto de Ley del Protectorado respecto de las fundaciones y de las asociaciones de utilidad pública que se estaba elaborando.

Por lo que ahora nos interesa, el Acuerdo recoge dos bloques de medidas. En primer lugar, las destinadas a cualquier tipo de entidad que reciba subvenciones —también fundaciones— y, en segundo lugar, las destinadas específicamente a fundaciones.

1. *Medidas destinadas a cualquier tipo de entidad que reciba subvenciones*

Los beneficiarios de subvenciones o transferencias de la Administración no podrán realizar donaciones, aportaciones o prestaciones gratuitas a favor ni de partidos políticos, ni de fundaciones o asociaciones que estén vinculadas.

Por otra parte, la Intervención General, a través de un plan anual de control, incluirá un apartado específico respecto del cumplimiento de la prohibición por parte de los beneficiarios de subvenciones de efectuar donaciones, aportaciones o prestaciones a título gratuito a favor de fundaciones (entre otros entes), orgánicamente vinculadas a los mismos. Se establece que la comprobación se realizará a partir de técnicas de muestreo.

También se establece que se ha de limitar a 3.000 € la cuantía de las donaciones, aportaciones o prestaciones gratuitas que puedan realizar los beneficiarios de subvenciones, excepto cuando una norma así lo prevea o las entidades tengan como finalidad la colaboración con la administración o la prestación de servicios de interés social que requieran el otorgamiento de ayudas.

Por lo que respecta a las entidades solicitantes de subvenciones públicas se determina que habrán de dar publicidad de las retribuciones de sus directivos en sus memorias y efectuar declaración responsable sobre este extremo en el momento de solicitar la subvención. La razón de ser de esta medida es que la Generalitat ha declarado que no concederá subvenciones, ayudas o transferencias a aquellas entidades en las que sus directivos perciban retribuciones que se consideren «manifiestamente desproporcionadas».

En relación directa con lo anterior, el Gobierno insta a que se establezcan regulaciones precisas para limitar la acumulación de cargos ejecutivos o de gestión entre dos o más entidades perceptoras de subvenciones de la Generalitat, cuando entre estas entidades exista un cruce de subvenciones, ayudas u otro tipo de relaciones financieras.

Además, los beneficiarios de las subvenciones tendrán que acreditar que sus órganos de control interno comprueban que el destino de los fondos recibidos es la adecuada y las entidades perceptoras de subvenciones han de tener la obligación de garantizar que las auditorías sobre sus cuentas son conocidas, analizadas y debatidas por sus órganos de gobierno, de manera directa e independiente respecto de los responsables directos de la gestión.

Por su parte, se pretende que la Generalitat pueda efectuar actuaciones de control y requerir información al destinatario final de los fondos aunque éste no sea el titular inicial de la subvención.

Por lo que respecta a los beneficiarios, habrán de proporcionar más información sobre su relación con terceros y en el momento de solicitar la subvención habrán de declarar las aportaciones o prestaciones gratuitas que hayan efectuado con anterioridad a cualquier entidad social, cultural o política.

A mayor abundamiento, se acuerda que en el plazo máximo de seis meses se elaborará un protocolo de actuaciones de los representantes de la Generali-

en las entidades en las que tiene representación para garantizar la aplicación de estas prevenciones.

2. *Medidas destinadas específicamente a fundaciones*

El segundo bloque de medidas —en relación exclusivamente a las fundaciones— tiene como principales objetivos el incremento del soporte y asesoramiento por parte de la Administración y el establecimiento de mecanismos de supervisión efectivos en aras a garantizar el cumplimiento de la voluntad fundacional y el buen uso de los recursos públicos o las aportaciones periódicas que muchos ciudadanos realizan a estas entidades jurídicas.

Destacamos seis líneas de actuación que, como veremos, han quedado recogidas y desarrolladas en el Proyecto de Ley del Protectorado y que son las siguientes:

- Desarrollo de la función de supervisión, tutela e inspección del Protectorado de fundaciones;
- Régimen sancionador;
- Relaciones del Protectorado con las llamadas entidades vinculadas a las fundaciones y las asociaciones de utilidad pública;
- Regulación de las funciones del Protectorado respecto de las asociaciones de utilidad pública;
- Otras medidas como la necesidad de publicación de los balances sociales, el fomento de la constitución de órganos de control independientes en el seno de las fundaciones o la confección de inventarios, y
- Medidas para que se incluyan en el Plan contable de la fundación datos que permitan comprender la actividad y finalidad de estas entidades.

III. El Proyecto de Ley del Protectorado

Tal y como se pone de manifiesto en la propia Ley 4/2008, de 24 de abril, la regulación del protectorado se limita a una serie de disposiciones básicas referidas a sus funciones, entidades dependientes y medidas de intervención temporal.

El legislador catalán consideró más oportuno regular esta institución mediante un desarrollo normativo independiente habida cuenta de su naturaleza claramente administrativa.

El Proyecto de Ley de Protectorado llama la atención sobre su importancia afirmando que el nuevo texto legal responde a la necesidad de velar por el cumplimiento de las finalidades fundacionales atendiendo a la voluntad de la persona fundadora, así como de las disposiciones legales y estatutos. Supone la regulación de la intervención de la Administración de acuerdo con los principios de eficacia, legalidad y objetividad para verificar que las fundaciones cumplen el interés general. Subrayamos como cuestión positiva del Proyecto la atribución de la dependencia del Protectorado en exclusiva a una Administración que será el Departament de la Generalitat competente en materia de asociaciones y fundaciones.

El legislador afirma que el protagonismo de las asociaciones y fundaciones respecto de la prestación de servicios de toda clase pone de manifiesto la necesidad de incrementar las funciones de soporte y asesoramiento por parte de la Administración. Por ello que también se haya considerado necesario establecer unos mecanismos de supervisión efectivos para poder garantizar que se cumple la voluntad fundacional y el buen uso de los recursos públicos que muchas veces se otorgan mediante subvenciones o ayudas, así como también de las donaciones o aportaciones de los propios ciudadanos.

Pues bien, en un contexto socio-político como el indicado, se ha considerado conveniente ampliar el régimen de intervención administrativa, habida cuenta que se ha puesto de manifiesto la insuficiencia del marco normativo hasta el momento vigente para verificar la destinación y el uso adecuado del patrimonio. De ahí que se persiga regular incluso, en ocasiones, hasta el último detalle, el ejercicio de las funciones del Protectorado como garante del desarrollo de los derechos de la fundación. Institución que, pese a que conserva su denominación «Protectorado», paradójicamente pasa a desempeñar una tarea fundamentalmente fiscalizadora de la actividad que desarrollan sobre todo los órganos de dirección de las fundaciones.

El proyecto de Ley se estructura en ocho capítulos, más las adicionales, transitoria, derogatorias y finales, incorporando, entre otras, las medidas anunciadas por el Acuerdo de 10 de noviembre de 2009 para potenciar la transparencia de la actividad de las fundaciones.

Las nuevas funciones atribuidas al Protectorado esencialmente son tres: de asesoramiento, de registro y de supervisión. Si bien en la práctica ya las venía realizando, ahora se reconocen explícitamente.

Todas las novedades tienen un objetivo claro: conseguir la máxima transparencia mediante la colaboración entre las fundaciones y el protectorado.

Dicho lo anterior, llama cuanto menos la atención la previsión contenida en el apartado c) del artículo 4, en materia de funciones de registro, que literalmente señala: «1. Corresponden al Protectorado en materia de registro de fundaciones las funciones siguientes: (...) c) Analizar la viabilidad económica de las fundaciones, la adecuación de la dotación inicial y su idoneidad para el cumplimiento de las finalidades fundacionales».

Y llama la atención por cuanto no podemos olvidar que estamos ante una institución, la fundación, iusprivatística por antonomasia, cuyo ejercicio está reconocido y amparado por la Constitución española. Este hecho ha de ser determinante para el legislador a la hora de establecer los controles administrativos que si bien pueden estar plenamente justificados una vez la fundación está desempeñando su actividad, plantean más dudas cuando se establecen *ex ante*.

En este sentido, es discutible que se atribuya al Protectorado la facultad de analizar la viabilidad económica e incluso la adecuación de la dotación inicial y su idoneidad para el cumplimiento de las finalidades fundacionales; función a todas luces más propia de un órgano jurisdiccional que de uno administrativo. Piénsese que se le confiere la potestad de dotar de contenido a un concepto jurídico indeterminado, «viabilidad económica», como requisito previo y, por tanto, se establece un mecanismo de control que indiscutiblemente afecta de lleno la libre utilización de las facultades de constitución de las fundaciones que tradicionalmente se regía por el principio de autonomía de la voluntad de las partes.

Al margen de la anterior consideración, se dedica un capítulo entero a la función inspectora del Protectorado respecto de las fundaciones, su legitimación para entablar acciones judiciales de responsabilidad e impugnación de acuerdos, funciones de suplencia y, también, un régimen de intervención temporal de las fundaciones.

Sobre la función de inspección destacamos la previsión de un Plan de inspecciones —en el ejercicio de las funciones de supervisión—. Se establece que en ese Plan se tendrán que fijar los criterios que determinen el alcance de la intervención y con carácter excepcional se habilita al Protectorado a solicitar que se realice una auditoría de cuentas aunque no concurren las circunstancias previstas en el Código Civil de Cataluña.

No obstante, aunque la Ley del Protectorado aún sea un proyecto, el Gobierno de la Generalitat, mediante Resolución de 29 de enero de 2010¹,

¹ Resolución JUS/194/2010, de 29 de enero, por la que se aprueban los criterios generales que han de regir el Plan de inspección de fundaciones para el año 2010. DOCG núm. 5560, de 4 de febrero de 2010.

aprobó de modo anticipado los criterios generales que han de regir para el Plan de inspección de fundaciones de este año.

En la citada Resolución se aconseja que a la hora de llevar a cabo el Plan se incida especialmente en aquellas fundaciones que (i) no hayan presentado las cuentas ante el protectorado durante los dos ejercicios anteriores; sobre las que (ii) no respondan de manera reiterada a los requerimientos del protectorado o presenten respuestas insuficientes; sobre las que (iii) mantienen una actividad continuada, y un cuarto sector que incluirá un conjunto de fundaciones (iv) seleccionadas mediante mecanismos aleatorios entre todas las fundaciones inscritas.

El proyecto de Ley amplía los supuestos de inspección y recoge hasta once circunstancias en las que se deberán llevar a cabo esas actuaciones en todo caso:

- No presentar cuentas.
- Realizar operaciones sin autorización previa.
- Incumplir la obligación de comunicación.
- No responder a los requerimientos del Protectorado.
- Inactividad continuada.
- No destinar el porcentaje establecido para el cumplimiento de las finalidades.
- Reducción grave de los fondos propios.
- Destinar recursos a gastos no relacionados con el objeto fundacional.
- No cubrir vacantes en el seno del patronato.
- No adaptar los estatutos a la normativa vigente.
- Incumplir las condiciones asociadas al otorgamiento de una ayuda o subvención.

En el capítulo dedicado a la inspección también se desarrolla la solicitud por parte del Protectorado a la autoridad judicial de intervención temporal de la fundación y sus efectos. El Protectorado está legitimado para solicitar en los casos más graves una intervención de carácter judicial temporal. Esta facultad supone que, en esos supuestos, el Protectorado llevará a cabo las funciones del patronato, en caso de que se hayan suspendido.

IV. Régimen sancionador y de responsabilidad

Por lo que respecta al régimen sancionador —novedoso totalmente en esta materia— el mismo constituye un elemento más de garantía para el cumplimiento efectivo de la voluntad fundacional y para el correcto funcionamiento de la entidad.

La legislación en materia de fundaciones otorga mayoritariamente a la autoridad judicial las funciones de supervisión sobre la actuación de la fundación. Pero resultaba evidente que en razón de la gravedad del incumplimiento el acudir a los tribunales podría resultar desproporcionado.

El Código Civil de Cataluña, en este sentido, dota al Protectorado de ciertos mecanismos para que con ayuda judicial pueda garantizar el correcto funcionamiento de las actividades de la fundación². No obstante, esos recursos pueden resultar excesivos cuando el incumplimiento no presenta una entidad suficiente. De ahí que resulte acertado el establecimiento de un régimen sancionador para supuestos de infracciones administrativas como sistema preventivo de situaciones que si no se corrigen podrían llevar a afectar el interés general.

Los órganos con potestad sancionadora son el Conseller del Departamento competente para infracciones muy graves o bien el Director general para infracciones graves y leves.

En lo que se refiere a la exigencia de responsabilidad son las mismas fundaciones, como entidades con plena capacidad para el cumplimiento de sus finalidades, las que, en su caso, podrán emprender acciones de resarcimiento del importe de las sanciones contra los miembros del patronato y aquellas personas que ejerzan funciones de dirección, siempre y cuando se pueda determinar su responsabilidad individual y sin perjuicio de otras responsabilidades en que hayan podido incurrir.

² (I) Solicitud a la autoridad judicial para que ordene la intervención temporal de la fundación (arts. 336-3.1 y 336-4 CCC). (II) Ejercicio de la acción de responsabilidad contra los patronos por los daños causados a la fundación por incumplimiento de la ley o de los estatutos o por actos u omisiones negligentes en el ejercicio de sus funciones (arts. 332-11 y 336-2.2, apartado g), y disposición transitoria primera, apartado 2 del CCC). (III) Ejercicio de la acción de impugnación de acuerdos, decisiones o actos contrarios a la ley o a los estatutos o que lesionen el interés de la fundación (art. 332-11.5 CCC). (IV) Solicitud a la autoridad judicial de la suspensión cautelar de los patronos (arts. 332-11.8 CCC). (V) Ejercicio de acciones judiciales con el objetivo de obtener la disolución judicial de la fundación, con la subsiguiente adjudicación del patrimonio fundacional a la entidad que establecen los estatutos u otras entidades sin ánimo de lucro de finalidades análogas a las de la fundación disuelta (arts. 335-4, 335-5 y 336-4.4 CCC).

Por último, es de destacar la posibilidad de acudir al instituto de la mediación. El artículo 25 del Proyecto establece que cuando la infracción obedezca a una causa que pueda ser resuelta mediante un acuerdo con las entidades y personas responsables, el Protectorado podrá recurrir a la mediación para evitar la imposición de sanciones o reducir la envergadura de la infracción con independencia de que sea grave o leve.

V. Las entidades vinculadas

El Código Civil de Cataluña ya había regulado parcialmente las relaciones a nivel contable entre las llamadas entidades vinculadas y las fundaciones. Se establece la obligación de que la entidad dominante presente las cuentas anuales consolidadas³.

El Proyecto de Ley del Protectorado incorpora nuevas relaciones del Protectorado con esas entidades sin ánimo de lucro al tiempo que las define. Como se pone de manifiesto en la misma Exposición de motivos, con ello se pretende tener una visión más global de aquellas situaciones en las que concurren una multitud de esas entidades que actúan bajo unos mismos criterios, como sucede cuando una fundación crea otra con carácter instrumental para cumplir con el interés general de un modo más efectivo. En estos supuestos, el legislador considera conveniente que el Patronato ha de disponer de una información más amplia que permita analizar las relaciones entre las diferentes entidades convergentes.

Según el Proyecto de Ley, se entiende por entidad vinculada cualquiera de las entidades de las reguladas en el Libro III del Código Civil, cuando (i) las personas miembros de los respectivos órganos de gobierno coincidan en más de un 50%; (ii) cuando las operaciones con transcendencia económica entre estas entidades representen más del veinte por ciento del total de los gastos del ejercicio contable de cualquiera de ellas, y (iii) cuando el inmovilizado de una de las entidades provenga o haya sido financiado en más de un 30% por otra entidad.

Pues bien, cuando concurren los supuestos mencionados, los miembros de los órganos de gobierno y las personas con funciones de dirección que tengan poder de decisión, directa o indirectamente, en alguna de estas entidades vinculadas, han de comunicar dicha circunstancia al Protectorado, a excepción

³ La disposición adicional tercera del Proyecto de Ley del Protectorado exime de esta obligación a las fundaciones de las Cajas de ahorros que se consideren entes instrumentales para llevar a cabo su obra social, habida cuenta que están reguladas por su propia normativa (Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de marzo, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Cajas de ahorro de Cataluña).

de aquellas que, a la entrada en vigor de la Ley, ya incurrieran en alguno de los supuestos referidos para las que se establece que deberán informar al protectorado en un plazo máximo de seis meses a contar desde la entrada en vigor.

Expuesto lo anterior, se ha de tener presente que sobre las entidades vinculadas existe otra normativa que se solapará con el Proyecto de Ley una vez empiece a producir efectos. Nos estamos refiriendo a la definición que, por ejemplo, realiza el propio Código Civil de Cataluña, el Código de Comercio y también la Ley del Impuesto de sociedades, y en materia de contratación pública, la propia Ley de Contratos del sector público, y ello, por cuanto, dada la pluralidad de definiciones de lo que se considera entidad vinculada, podremos encontrarnos ante supuestos que una entidad sea vinculada a efectos de la Ley de Contratos del Sector Público y no a efectos del Impuesto de Sociedades o de la Ley del Protectorado.

Así, a modo de ejemplo, mientras que el artículo 312-9.3 del Código Civil de Catalunya centra la atención sobre vinculaciones entre los miembros de los órganos de gobierno (cónyuges, parientes en línea recta sin limitación o colaterales hasta cuarto grado o segundo de afinidad y, también, entre administradores, apoderados, socios de control de las personas jurídicas), la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, que modifica el texto refundido del Impuesto de Sociedades, los amplía, pues entre otros supuestos considera entidades vinculadas a aquellas que entre la misma y los socios, administradores y consejeros exista un 5% de participación; cuando formen parte de los referidos órganos familiares hasta el tercer grado; cuando esté participada por otra, al menos en un 25% del capital social o fondos propios, o que dos entidades pertenezcan al mismo grupo.

Sobre la pertenencia a un grupo, el Código de Comercio es claro al respecto. Existe «grupo» cuando una sociedad tenga o pueda tener, de manera directa o indirecta, el control de otra. Se presume que existe control cuando la dominante se encuentra en relación con otra dependiente de los que tenga la mayoría de voto, o que tenga la facultad de nombrar o destituir la mayoría de los órganos de los miembros del órgano de administración o que haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración.

Sin ánimo de ser exhaustivos, llama también la atención cómo la Ley de Contratos del Sector Público considera entidades vinculadas incluso a aquellas que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por Ley con respecto al Sujeto principal, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad.

Por tanto, si bien podría sostenerse que cada normativa define sectorialmente el concepto de entidad vinculada, nos atrevemos a adelantar que ante una eventual inspección, bien de la fundación madre, bien de la entidad «vinculada», la determinación de esa vinculación pueda resultar una cuestión nada pacífica.