

# Hacia un modelo de buen gobierno para las fundaciones

Javier López-Galiacho Perona

Profesor Titular de Derecho Civil  
Universidad Rey Juan Carlos.

SUMARIO: I. EL BUEN GOBIERNO EN GENERAL: 1. *Qué es el buen gobierno*. 2. *Función del buen gobierno*. 3. *Antecedentes del buen gobierno: del caso Enron al Código de buen gobierno de la CNMV*.—II. *¿SE PUEDE HABLAR DE BUEN GOBIERNO DE LAS ENTIDADES NO LUCRATIVAS?*: 1. *Planteamiento*. 2. *Modelo de buen gobierno mercantil y fundacional: diferencias*. 3. *Principios de un modelo de buen gobierno para una entidad no lucrativa*. 4. *Hacia un código de buen gobierno de fundaciones en España*.—III. MODELO DE BUEN GOBIERNO PARA ENTIDAD NO LUCRATIVA FUNDACIONAL: 1. *Sobre el órgano de patronato. Consideración previa: para qué sirve un patronato*. 2. *Nombramiento de los patronos*. 3. *Duración del cargo de patrono*. 4. *Información sobre composición del patronato*. 5. *Cese o dimisión*. 6. *Competencias del patronato*. 7. *Estructura y órganos del patronato*. 8. *Derechos y facultades de los patronos*. 9. *Deberes de los miembros del patronato*. 10. *Especial referencia a los conflictos de interés*. 11. *Sobre la evaluación del patronato*. 12. *La dirección de la fundación*. 13. *Derecho de los donantes de la fundación*. 14. *El voluntariado fundacional: qué hacer*. 15. *El papel de la comunicación transparente*. 16. *La estrategia en responsabilidad social de la fundación*. 17. *Cumplimiento para fundaciones de los requisitos de la Ley 19/2013 de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*.—IV. LA RESPONSABILIDAD POR EL MAL GOBIERNO DE LA FUNDACIÓN: 1. *La responsabilidad de patronos frente a la fundación y acción en interés fundacional*. 2. *La llamada responsabilidad penal de la fundación: prevención y control*.—V. CONCLUSIÓN.—BIBLIOGRAFÍA.

## I. El buen gobierno en general

Comienza este trabajo con una previa reflexión de lo que supone el buen gobierno en general, y en particular aplicado a las organizaciones lucrativas, así como los avances dados en la materia, para luego traspasar la línea que nos conduce a su necesaria adopción o, cuando menos, aconsejable trasvase hacia las entidades no lucrativas, especialmente las fundaciones, dado que las mejora. Además quien tiene que hacer el bien, debe hacerlo muy bien<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> LÓPEZ-GALIACHO PERONA, J., «Hacer el bien sí, pero haciéndolo muy bien», en *Revista Consejeros: la revista del buen gobierno y la responsabilidad corporativa*, n.º 64 (septiembre), 2011, pp. 62-63.

### **1. *Qué es el buen gobierno***

El buen gobierno podemos definirlo, en general, como ese conjunto de principios y normas que regulan el diseño, integración y adecuado funcionamiento de los órganos de gobierno de una entidad u organización, que puede ser empresarial o no, lucrativa o no, para lograr su eficiencia y eficacia, y procurar la generación de valor y confianza entre sus partes interesadas.

### **2. *Función del buen gobierno***

Un sistema adecuado de buen gobierno, entendemos que provee los incentivos para proteger los intereses de la organización, a la vez que permite la creación de valor, el uso eficiente de los recursos, y ofrece confianza a las partes interesadas de esa entidad sea lucrativa o no.

El buen gobierno asegura también la correcta organización interna y externa de una entidad lucrativa o no lucrativa a través de sistemas de gestión que suministran herramientas de salvaguardia o supervisión y que hacen confluir las capacidades de los que las gestionan, la misión de la organización, y los intereses de los *stakeholders* o partes interesadas, que desde fuera la apoyan o sustentan.

### **3. *Antecedentes del buen gobierno: del caso Enron al Código de buen gobierno de la CNMV***

El origen del concepto de buen gobierno procede del ámbito empresarial, precisamente a raíz de malos ejemplos o negativa praxis en el gobierno de las organizaciones lucrativas.

Desde la década de los noventa del pasado siglo y hasta principios de la presente centuria, una serie de escándalos generados en corporaciones como el mítico caso Enron (sobrevaloró beneficios en US\$600 millones)<sup>2</sup>, Arthur Andersen, Parmalat, Banesto, Lehman brothers, Fortis, Maxwel, WorldCom, Parmalat, Vivendi (sobrevaloración acción), Tyco (irregularidades contables, préstamos directivos), o en España escándalos como Gescartera o Banesto, abrieron un gran debate dentro del sector de las organizaciones empresariales o lucrativas sobre el necesario buen gobierno de las empresas (lo que en términos anglosajones se conoce como *good governance/corporate governance*).

---

<sup>2</sup> Siempre recomiendo para entender este escándalo corporativo, que supuso un antes y un después en el buen gobierno empresarial, ver la película *Enron, The smartest guys in the room*. Director Alex Gibney, 2005.

También, y a raíz de ello, se abrió un amplio debate acerca del papel que en estas organizaciones lucrativas desarrollan los consejos de administración, juntas generales, y la alta dirección.

Esta preocupación, incitada especialmente desde los países anglosajones, dio origen a una serie de informes de expertos sobre cómo debía ser el buen gobierno de las grandes organizaciones empresariales, que de paso impidiera la repetición de esos escándalos.

De ahí nacieron estudios como el de *Cadbury* (1992) o *Vienot* (1999), respectivamente en Inglaterra y Francia, el *Winter* (2002) de la UE, o en España los conocidos informes de *Olivencia* (1998) y *Aldama* (2003), que en varios países, y también en el nuestro, han dado lugar a códigos de recomendaciones de buen gobierno de las empresas cotizadas, auspiciados por organismos estatales reguladores.

Este es el caso de España. La CNMV (Comisión Nacional del Mercado de Valores), publicó en 2006 el llamado *Código unificado de buen gobierno para las empresas cotizadas*, conocido en el argot como *Código Conthe*, por llamarse así el entonces presidente de esa institución que lo impulsó. Años más tarde, ya en febrero de 2015, la CNMV publicó el *Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas* dentro de una acción estratégica del Gobierno de España por la mejora del buen gobierno corporativo, que dio lugar también a la reforma de la Ley de Sociedades de Capital<sup>3</sup>.

El contenido de ese Código de 2015 se centra en una serie de principios (25), recomendaciones (64) de buen gobierno, que se refieren en su mayor parte a la composición y actuación de los consejos de administración, políticas y estrategias, consejeros independientes, presencia de mujeres, comités o comisiones delegadas, políticas retributivas, etc. No son de obligado cumplimiento, pero las empresas cotizadas, anualmente, y en sus respectivos informes de gobierno corporativo, tienen que dar a conocer a los mercados si cumplen estas recomendaciones o, en su caso, explicar por qué no lo hacen (todo ello bajo el clásico principio anglosajón *comply or explain*).

Algunas de las recomendaciones del Código de la CNMV de 2006, unas 12, pasaron a integrarse como normativa societaria con la reforma que se operó en la Ley de Sociedades de Capital, por la referida Ley 31/2014. Por lo que no descartamos que algunas de las que hoy son meras recomendaciones acaben haciéndose ley.

---

<sup>3</sup> Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.

## II. ¿Se puede hablar de buen gobierno de las entidades no lucrativas?

### 1. *Planteamiento*

En la actualidad, y especialmente tras algunos escándalos de mal gobierno al que se han visto sometidas organizaciones del tercer sector privadas (casos como Intervida, Anesvad, Palau de la Música, Palau de las Arts, inversiones en Gescartera por fundaciones, etc.) o públicas (como ciertas fundaciones de partidos políticos), se ha abierto el melón del debate social acerca de exigir la práctica del buen gobierno a toda organización sea o no empresarial, y por supuesto a las entidades no lucrativas.

La existencia de un modelo o sistema de buen gobierno, de gobierno responsable y eficaz, condiciona que lo sean o no las entidades gobernadas. No hay malas o buenas organizaciones. Solo existen entidades con buen o mal gobierno. Por desgracia, el mal o incorrecto gobierno aparece en muchas organizaciones. Si a eso se le añaden conflictos de interés no solucionados, el problema se agrava.

El tener claros los principios y valores que sustentan un modelo de buen gobierno sirve, en una organización, para clarificar su misión, sus fines y para ordenar las acciones de hacer, que no son otra cosa que el ejercicio de buenas prácticas.

Estar atentos al buen gobierno, al buen actuar —seguramente también al buen pensar y buen sentir—, que son fundamentos de una necesaria sociedad del comportamiento, debe hacer posible e incrementar una mejor actuación de todas las organizaciones y muy especialmente de las fundaciones.

Llegado este punto, es momento de hacerse la pregunta clave que sustenta este trabajo: ¿es posible aplicar las reglas del buen gobierno de las grandes empresas a las entidades no lucrativas como asociaciones y, especialmente, a las fundaciones?, ¿se podría hablar de un *non profit corporate governance*? Ya les adelanto, por supuesto que sí.

Es cierto que las diferencias regulatorias son muy grandes, aquí en España y en el resto del mundo, hasta el punto que las entidades no lucrativas han sido descuidadas por las modernas leyes sobre el gobierno de las organizaciones, que han sido dirigidas, principalmente, o bien hacia el derecho de sociedades o bien al de la administración pública.

De ahí que la prudencia aconseje tener en cuenta la diversa naturaleza y características de este sector no lucrativo antes de proceder a una transposición

de esas leyes. Si así no se hiciera, ello sólo podría generar más confusión o rechazo.

Lo que está aquí en juego es si debe propiciarse un cambio del buen gobierno del modelo filantrópico tradicional, más participativo, hacia un modelo de comportamiento más mercantil, o si por el contrario deben mantenerse las señas de identidad del tercer sector para evitar que los valores tradicionales se diluyan.

Razones hay para lo primero. Apostar en el sector no lucrativo, principalmente en el fundacional, por el buen gobierno, que tiene por objetivo reducir los costes de agencia o conflictos de intereses que se producen entre quienes aportan los recursos y quienes los gestionan, aumentaría, creemos, la eficiencia de la gestión, daría confianza a los miembros, voluntarios y benefactores de las organizaciones no lucrativas.

La ética, la transparencia, y la rendición de cuentas deben ser valores intrínsecos en cualquier organización, pero especialmente deben estar claros en las entidades no lucrativas, pues a diferencia de la lucrativa (que busca el máximo beneficio al menor coste), lo principal en la *non profit*, como en el caso de una fundación, es cumplir la misión, y en las asociaciones proteger el interés asociativo.

Nadie puede poner en duda que entre los fundadores, patronos y directivos y la sociedad en general donde la entidad va a desarrollar su misión, existe un acuerdo o contrato social. En virtud de esa convención, la entidad gozaría de una posición privilegiada como es un tratamiento impositivo favorable, ventajas fiscales para sus donantes o subvenciones, beneficios o apoyos de las administraciones públicas.

De ahí que consideremos que esa adaptación de la gobernanza del estamento fundacional al mercantil, respetando las especificidades del sector, es necesaria para hacerlo más efectivo, más plural y más transparente, y pensando además que si el tercer sector no lo hace por su propia iniciativa, más tarde que temprano, creemos que se lo impondrá quien legisle.

A las entidades no lucrativas no le queda más remedio que comprometerse con el seguimiento de determinadas normas de buen gobierno que excederían del mínimo legal previsto en la Ley estatal de fundaciones o la mayor parte de las autonómicas, que por otra parte es casi irrisorio, obligándolas a una serie de reglas como dar publicidad de sus prácticas de buen gobierno, si las siguen o no se cumplen (principio del *comply or explain*), y, en caso de incumplimiento de este deber de información, llegar a suprimir subvenciones o beneficios fiscales, con el consiguiente coste reputacional.

El que las organizaciones se llamen no lucrativas, lo que en puridad no es del todo cierto, no debe impedir la llegada de las normas de buen gobierno. En el modelo empresarial existen socios o propietarios identificados que pueden remover a todo el consejo o comité de dirección, con un mercado de valores donde puede obtenerse el control de la organización y los fines son claros (incremento sostenible del valor de la acción). En cambio en el tercer sector no hay tanta «claridad», de ahí que se aconseje (Paz Ares<sup>4</sup>) la existencia de mecanismos de salvaguardia del interés general.

Poner por delante el burladero del carácter no lucrativo de las entidades del tercer sector o criterios de la necesaria autorregulación del sector, para impedir que el toro del buen gobierno no te embista, sinceramente no invita a la confianza.

El no afán de lucro no es causa suficiente para asegurar por si sola la honestidad y la buena gestión de la organización. En palabras de Paz Ares<sup>5</sup>, «la ausencia de ánimo de lucro sólo indica lo que no se puede hacer —gestionar con la vista puesta en repartir beneficios—, pero no cómo se deben hacer correctamente las cosas —gestionar leal y eficazmente la organización—, y es llano que lo primero no implica necesariamente lo segundo».

Tampoco es suficiente argumento de peso, el impedir el paso al sector no lucrativo de las normas de buen gobierno defendiendo que en esta clase de entidades, una de sus señas de identidad o naturaleza sea la no retribución de los patronos, lo que asegura, aparentemente, que quien se sienta en un patronato lo hace por puro voluntarismo y no se le pueden imponer normas de gestión más allá de la que desee el fundador o el propio órgano colegiado al que pertenece.

Paz Ares<sup>6</sup> pone con acierto el foco de lo que está en juego cuando hablamos de buen gobierno para las entidades no lucrativas. Este no es otro «que suministrar instrumentos de salvaguardia y supervisión capaces de alinear los incentivos de los que gestionan con los planes de quienes aportan». En definitiva, aumentar por una parte la eficiencia en la gestión y por otra, lo que es fundamental, incrementar la confianza por parte de voluntarios, donantes, y el resto de grupos de interés.

---

<sup>4</sup> PAZ ARES, C., «El buen gobierno de las organizaciones no lucrativas (Reflexiones preliminares)», en *La filantropía: tendencias y perspectivas. Homenaje a Rodrigo Uría, Fundación de Estudios Financieros (FEF) y Fundación Profesor Uría*, pp. 147 y ss.

<sup>5</sup> Ob. cit., p. 150.

<sup>6</sup> Ob. cit., p. 148.

En este trabajo vamos a defender, la hipótesis de convergencia o, en todo caso, el necesario acercamiento del modelo filantrópico con el modelo mercantil en materia de buen gobierno. Pero previamente, pasemos a hacer un análisis de aquello que en puridad les separa o diferencia.

## **2. Modelo de buen gobierno mercantil y fundacional: diferencias**

Las reglas del *corporate governance* del modelo mercantil deben adaptarse a las diferencias culturales y sociales de las organizaciones no lucrativas, que son muchas e importantes. El buen gobierno de esta clase de entidades es cierto que debería adecuarse al contexto normativo y a la finalidad que persiguen, pero sería un error despreciar la experiencia ya generada en el ámbito del *corporate governance* de la gran empresa.

Cuando se realiza un cuadro comparativo entre ambos modelos de gobernanza, se comprueba la existencia de notables diferencias, principalmente porque la entidad no lucrativa responde más al criterio participativo, mientras que, por ejemplo, en la gran empresa cotizada, el modelo de gobierno corporativo tiende más a un modelo supervisor en la función estratégica o de control<sup>7</sup>.

Tanto un modelo como el otro responden a patrones diferentes, pero consideran que están alineados con el fin que persiguen.

Por ejemplo, en el modelo de entidad no lucrativa nos encontramos con que la continuidad en la misión de este tipo de organizaciones hace a lo mejor más aconsejable patronatos o consejos de mayor tamaño, mayor pluralismo, mayor duración en el cargo, mientras en el modelo empresarial, la supervisión de los objetivos del negocio que le da sentido, exigen más un tamaño reducido, una mayor homogeneidad de sus miembros o limitar el mandato de vigencia de los cargos.

El modelo filantrópico está presidido por un órgano de gobierno, el patronato, de tamaño considerable. Mientras que el mercantil presenta consejos de administración de tamaño limitado. Así lo recomienda el Código de buen gobierno de 2015 de la CNMV cuando dice en su recomendación 13: «*Que el consejo de administración posea la dimensión precisa para lograr un funcionamiento eficaz y participativo, lo que hace aconsejable que tenga entre cinco y quince miembros*».

---

<sup>7</sup> Ver en PAZ ARES (ob. cit., p.149), el interesante cuadro comparativo que hace entre ambos modelos, el societario y el no lucrativo.

Los patronatos representan un extenso abanico de trayectorias y currícula. Por su parte en la sociedad mercantil los perfiles de los miembros del consejo se centran más en las características y necesidades de la empresa o negocio.

El gobierno del sector fundacional no se caracteriza por una asunción específica de responsabilidades por los miembros de los patronatos, sin ser tampoco objeto de delegación de competencias a través de comisiones o comités, como sí ocurre en el modelo mercantil cotizado (comités de auditoría y control, nombramientos y retribuciones, buen gobierno, ejecutivo, estrategia, etc.).

Mientras que en la empresa es habitual la presencia de consejeros ejecutivos, es decir que compatibilizan la presencia en el consejo de administración con el trabajo en el *staff* de la compañía, en el modelo fundacional nos encontramos, sin embargo, con una limitación a tal posibilidad en el artículo 15.4 de la Ley 50/2002 de Fundaciones cuando señala que *«Los patronos ejercerán su cargo gratuitamente sin perjuicio del derecho a ser reembolsados de los gastos debidamente justificados que el cargo les ocasione en el ejercicio de su función.»*

*No obstante, lo establecido en el párrafo anterior, y salvo que el fundador hubiese dispuesto lo contrario, el Patronato podrá fijar una retribución adecuada a aquellos patronos que presten a la fundación servicios distintos de los que implica el desempeño de las funciones que les corresponden como miembros del Patronato, previa autorización del Protectorado».*

De su contenido se deriva también otra diferencia entre ambos modelos, como es el carácter no retribuido de la función de patrono, frente a la remuneración habitual del miembro del órgano de gobierno en el modelo mercantil.

Asimismo, otra nota distintiva de un modelo y el otro, es la prórroga indefinida del mandato del patrono (salvo que los estatutos de la fundación establezcan algún límite), frente al límite temporal para el puesto de consejero que fija el derecho de sociedades mercantiles.

En este sentido el artículo 529 undecies de la Ley de Sociedades de Capital modificada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, señala: *«1. La duración del mandato de los consejeros de una sociedad cotizada será la que determinen los estatutos sociales, sin que en ningún caso exceda de cuatro años. 2. Los consejeros podrán ser reelegidos para el cargo, una o varias veces, por períodos de igual duración máxima».*



### **3. Principios de un modelo de buen gobierno para una entidad no lucrativa**

Nuestra experiencia en el sector lucrativo nos demuestra que un buen gobierno se articula en torno a tres grandes ejes:

a) El principio de autorregulación, cada vez menos pujante por la intervención legislativa en este ámbito, que permite a la sociedad articular el modelo de gobierno que le sea más eficaz frente a los agentes internos y externos.

b) La publicidad o transparencia de la gestión dirigida a los grupos de interés implicados de la sociedad y ante el organismo regulador.

c) Los principios de lealtad y diligencia de los administradores, con la consiguiente corresponsabilidad en la administración y supervisión de la sociedad mercantil.

Veamos cómo se conjugarían estos principios dentro del ámbito de las entidades no lucrativas. Así:

#### **A) Principio de Autorregulación.**

La normativa sobre fundaciones y asociaciones deja gran parte del núcleo de decisión de la organización de la entidad no lucrativa (composición y funcionamiento de los órganos de supervisión o directivos de ejecución), es decir la configuración de un modelo de gobierno de la entidad, al ámbito de la autonomía de la voluntad.

Esta exacerbada autorregulación e intervención mínima del legislador debería salvarse, como veremos, con la aprobación de códigos de buen gobierno dentro de estas entidades.

#### **B) El principio de publicidad y transparencia.**

«La luz del sol es el mejor desinfectante, incluso en las organizaciones», decía aquel Jack Welch, ex CEO, General Motors. Las fundaciones aspiran por el modelo legal que las sustentan también a ser transparentes y no limitarse a informar, por imperativo normativo, al protectorado correspondiente.

La transparencia fundacional debe ir mucho más allá, pues el buen gobierno de las organizaciones del tercer sector es un factor clave para fidelizar a una masa social comprometida que la apoye y sustente. Adicionalmente de lo que debería ser el deber de comunicar concisamente y explicar el trabajo y el funcionamiento de la fundación. Sin olvidar tampoco el deber de informar sobre el órgano de gobierno, composición y funciones, así como sobre los activos, pasivos, ingresos, gastos, actividades y resultado de las operaciones, etcétera.

De ahí que creamos necesario concienciar a las entidades del tercer sector y desde sus grupos de interés, como son los donantes, voluntarios, o las administraciones, sobre las cuestiones centrales del buen gobierno de estas entidades, especialmente acerca de su importancia para el desarrollo y credibilidad de la actividad. Generando así, a la vez, una cultura dentro de estas organizaciones que arrumbe métodos tradicionales de gobernanza estancados o anticuados.

C) Lealtad y diligencia de los patronos.

El deber fiduciario de diligencia y lealtad de los administradores, punto cardinal del buen gobierno de las entidades *profit*, es, sin embargo, tratado de manera lacónica por la legislación de fundaciones.

El modelo de patronato establecido por la Ley 50/2002 de 26 de diciembre es corto y sencillo: definición de patronato, quiénes y cómo pueden ser patronos, delegaciones y apoderamientos, responsabilidad, sustitución, cese y suspensión de patronos (arts. 14 a 18). Tan solo se le atribuyen a quienes integran el patronato de la fundación, ciertas funciones de gobierno y representación, de cumplimiento de los fines fundacionales, y de administración cuidadosa de los bienes y derechos asegurando la rentabilidad de los mismos.

Echamos claramente en falta por el legislador de 2002, el haber señalado las principales obligaciones de los patronos, pues decir que deben ser leales y diligentes es como decirle a un soldado que sea valiente. Ya se le supone o presume. El patrono no deja de ser un vigía de intereses ajenos, alineado con el fin último que es el cumplimiento de la misión de la fundación

Los patronatos y sus miembros deben tener claro que son el motor de su buen gobierno. Un buen patronato hace buena a la más modesta de las fundaciones. Pero un mal patronato estropea a la mejor de las fundaciones por mucho nombre que tenga, sean sus fines elevados o disponga de numerosos fondos.

Y no es fácil hacerlo bien. El puesto no es remunerado, como señala la Ley estatal 50/2002, y falta además incentivar una correcta labor, que hoy queda más del lado del puro voluntarismo del patrono que a la asunción responsable del compromiso adquirido. A ello se añade la habitual dificultad profesional u ocupacional de los patronos para sacar tiempo y dedicar esfuerzos a las reuniones de los patronatos.

Sería también un paso adelante repensar la acción de responsabilidad social para exigir a los patronos un mayor compromiso y obligación respecto a la entidad de cuyo órgano de gobierno se hacen cargo. En el caso de aso-

ciaciones, esta acción no se plantea por el legislador y en el fundacional se circunscribe solo la legitimación a protectorados, patronato o patronos. Por qué, nos preguntamos, no abrir la legitimación de esta acción también a donantes, contribuyentes o beneficiarios u otros grupos de interés.

#### 4. *Hacia un código de buen gobierno de fundaciones en España*

Las recomendaciones nacionales e internacionales en materia de entidades sin ánimo de lucro y de principios de responsabilidad social fundacional demuestran la importancia que tiene la adopción de buenas prácticas de gobierno corporativo para no sólo de dar adecuado cumplimiento a los fines fundacionales, sino también para el fomento de la función social de las fundaciones y la transparencia que requieren sus grupos de interés.

La dificultad en llegar a elaborar, como ocurre en el modelo mercantil, un código general de buen gobierno para las entidades no lucrativas, son varias. Primero por la peculiaridad y heterogeneidad de las distintas fundaciones y asociaciones de España. Es cierto que la Fundación March, la Amanco Ortega o la Ramón Areces poco o nada tienen que ver en cuanto a fines, medios o estructura con otros miles de fundaciones mucho más modestas. A ello se le une también la competencia del órgano para emitirlo. No tenemos un organismo regulador central y único como lo es la CNMV para el ámbito societario cotizado.

Solo queda dejar el avance en esta materia a la iniciativa particular de códigos de buen gobierno de fundaciones o asociaciones, incluso de alguna «patronal» como es la Asociación Española de Fundaciones (AEF)<sup>8</sup>.

Ahí tenemos ya los nueve *Principios de transparencia y buenas prácticas* de la Fundación Lealtad<sup>9</sup>, el trabajo interesante de síntesis del buen gobierno para estas entidades que ha publicado en varias guías la Fundación Compromiso Empresarial, la Coordinadora de ONG de Desarrollo-España quien ya tiene código de conducta, el Código de Buen Gobierno de la Coordinadora Catalana de Fundaciones, o especialmente interesantes resultarían las iniciativas en USA y los criterios fijados desde la Asociación Española de Fundaciones,

---

<sup>8</sup> No figura la fecha del documento en su web.

<sup>9</sup> Principio 1 de funcionamiento y regulación del órgano de gobierno; Principio 2 de claridad y publicidad del fin social; Principio 3 de planificación y seguimiento de la actividad; Principio 4 de comunicación e imagen fiel de la información; Principio 5 de transparencia en la financiación; Principio 6 de pluralidad en la financiación; Principio 7 de control en la utilización de fondos; Principio 8 en la presentación de las cuentas anuales y en el cumplimiento de obligaciones legales; y Principio 9 de promoción del voluntariado.

sin olvidar la innovación que ha supuesto algún código de buen gobierno bien elaborado como el de las fundaciones Iberdrola, Gas Natural Fenosa, PWC o Repsol.

Asimismo, hay que aplaudir el compendio de buen gobierno de las fundaciones que viene publicando, en una serie de cuadernos, la Fundación Compromiso y Transparencia, o su observatorio «Construir confianza», impulsando la transparencia en las webs fundacionales.

También en España destaca la publicación de la «Guía práctica de buen gobierno para las ONG (Asociaciones de Utilidad Pública y Fundaciones)», editada en noviembre de 2013 por el Instituto de Consejeros-Administradores (ICA).

A escala internacional, debe consultarse el trabajo promovido por la *American Law Institute (ALI)* bajo el título «*Principles of the Law of Nonprofit Organizations*» (2007).

A pesar de todas las dificultades existentes para unificar este ámbito del buen gobierno frente a esta heterogeneidad fundacional en España, me posiciono con PAZ ARES<sup>10</sup> en la oportunidad de promover la publicación de un código de buen gobierno para el sector fundacional que gozara de un amplio respaldo institucional y social. Cosas más imposibles, en apariencia, se han visto.

### **III. Modelo de buen gobierno para entidad no lucrativa fundacional**

A continuación ofreceré algunas reflexiones, criterios o reglas a tener en cuenta a la hora de crear un modelo de buen gobierno para una entidad fundacional, vía código de buen gobierno o normas internas de gobierno.

#### **1. Sobre el órgano de patronato. Consideración previa: para qué sirve un patronato**

El pilar del buen gobierno de una fundación está en su patronato. Como decíamos anteriormente, un buen patronato te salva una fundación, y, viceversa, un mal patronato te la hunde.

---

<sup>10</sup> Ob. cit., p. 148.

Al patronato corresponde, principalmente, fijar la misión, la visión, los fines y los objetivos de la organización, así como su revisión periódica y su evaluación externa o, en su caso, autoevaluación.

Siempre he defendido, por mi experiencia como patrono, que el patronato debe ser primeramente estratégico y luego supervisor del cumplimiento de esa estrategia por el *staff*. Pero el mayor error que se comete es intentar que el patronato juegue a ser la dirección. Aquel que lo pretenda se equivocará gravemente, y además causará un entorpecimiento o filibusterismo de la acción del *staff*.

El patronato nombra al director y este a su equipo. Si luego no funciona y no cumple correctamente su cometido se le releva. Pero insisto, se equivocan los patronos que juegan a ser directores.

El servir exclusivamente a la misión, a la que en España se le dedica escasa o nula atención, debería ser el objetivo de un patronato. Por desgracia, no siempre es así.

Un patronato, y un patrono, están para que desde su experiencia conjunta o individual, velen por la misión y estrategia de la fundación. No para ceñirse a aprobar, permítaseme el ejemplo, un presupuesto de una contrata de seguridad. Eso se valida, pero no se discute. Para eso está el director de la fundación y su equipo técnico. Centrar el tiempo escaso de los patronos en esas menudencias, es distorsionar su función y poner en peligro no solo su aportación a la misión de la fundación, sino también su propia permanencia en el patronato.

Otra cosa es que el patronato seleccione al director ejecutivo desde un minucioso proceso de selección, y colabore con el director ejecutivo y supervise su trabajo, pero no sustituirle u ocupar sus funciones. La política de personal no debe serle ajena y debe velar para la incorporación de los mejores.

El órgano supervisor de una fundación, que es el patronato, sí que debe estar encima de la planificación efectiva de las actividades y consiguientemente sobre asignación de recursos para el cumplimiento de la misión. Debe participar en la elaboración y aprobación del presupuesto anual, y asegurar la existencia de mecanismos de control financiero efectivos.

No estaría de más participar, incluso, en la captación de recursos, trabajando por el reconocimiento y retención del donante, personalizando el trato con donantes, cartas de agradecimiento, llamadas de teléfono, asignación de personal de apoyo a los patronos para actualizar contactos y realizar un seguimiento.

## 2. *Nombramiento de los patronos*

La Ley estatal de fundaciones, incluso como hace la propia Ley de Sociedades de Capital para la elección de consejeros, guarda silencio acerca de cómo nombrar y a quién nombrar para el cargo de patrono. Personalmente me ha parecido siempre esencial para el futuro de una fundación, la selección adecuada de los patronos, al igual que para las sociedades mercantiles es la elección para el cargo de consejeros.

Es cierto que, para integrar inicialmente un patronato, se recurra a los fundadores que dotan a la fundación inicialmente de un patrimonio. Más tarde se suele recurrir a familiares, amigos o personas de confianza de los fundadores o incluso a quienes pueden aportar nuevos fondos. Pero más adelante la selección debería ser rigurosa y estratégica para incorporar a los mejores en cuanto a preparación y conocimiento, en el campo en el que se mueva la fundación y en aras, sobre todo, de cumplir la misión.

A veces, con el mejor de los propósitos, se han incorporado a los patronatos a personas de indudable prestigio social o profesional, pensando así que la reputación de la propia fundación iría *in crescendo*. Olvidando, desde mi punto de vista, que lo que verdaderamente da prestigio a una fundación es que conjuntamente el patronato y el *staff* logren cumplir la misión.

No creo en los *patronos floreros*, que los hay. Es decir, aquellos que figuran y se anuncian como tales, pero a la hora de la verdad, no se implican en la misión y en la acción de la fundación, y aparecen poco por las sesiones del patronato. Debería, incluso, haber un claro compromiso del patrono en todo aquello, pero también en aportar o ayudar a recaudar fondos para la fundación.

La propuesta de elección como patrono debería ser valorada e informada previamente por esa comisión de buen gobierno, nombramiento, y retribuciones a crear dentro del seno del patronato, que, entre sus funciones tuviera, entre otras, la de dirimir conflictos de interés/operaciones vinculadas de los patronos. En aras de esa correcta elección, el candidato debería hacer llegar a esta comisión una declaración sobre posibles conflictos de interés entre el propio patrono o personas vinculadas a él, y la fundación.

Asimismo, el candidato a patrono incluirá en su declaración información relativa a los patronatos de otras fundaciones o consejos de administración de sociedades a los que eventualmente pueda pertenecer, ello con independencia de que su misión o fin coincida o no con los propios de la fundación de que se trate.

Esta comisión de buen gobierno, nombramiento y retribuciones debería también comprobar la posible pertenencia del candidato a otros patronatos, de tal suerte que valorara si tal presencia pudiera dificultar su trabajo como patrono en la fundación en cuestión.

Una vez nombrado, la fundación debería poner a disposición del patrono la formación necesaria en cuanto al ámbito de la misión, estrategia, acciones, financiación o proyectos previstos o ya en marcha. Programa de formación que sería ideal extender también, como si se tratara de una puesta al día, para el resto de patronos ya nombrados.

### **3. Duración del cargo de patrono**

Ante el silencio de la Ley 50/2002 sobre duración o limitaciones de mandato, creemos firmemente en la necesaria rotación del cargo de patrono, descartando la presencia en patronatos de cargos, en la práctica, vitalicios.

Limitarlo a cuatro o a ocho años, como máximo, sería una buena decisión para incluirla en códigos de buen gobierno o estatutos. Solo veo una excepción. Se trataría de que el nombramiento fuera renovado por elección democrática del órgano que lo designa en origen. Sería una forma de estar sujeto a la remoción por demérito o, en su caso, a la renovación por cualidades del órgano elector. Pongamos por ejemplo una asociación titular de una fundación que designa por asamblea a un patrono, podría renovarle sin limitación de mandato, porque todos los «vicios» de apoltronamiento que queremos evitar con tal limitación, los purificamos vía reelección democrática.

Para no perder ese cúmulo de experiencia que puede tener un patrono saliente o rotatorio, se podría crear un comité o consejo honorífico con su presencia y asesoramiento. Un hecho demostrado y muy español es que las personas salgan de las instituciones, normalmente a disgusto, y no vuelvan a aparecer o no quieran saber nada. Ello hay que evitarlo.

### **4. Información sobre composición del patronato**

Es deseable que se ofrezca transparencia en cuanto a información de la composición de los patronatos y un currículum actualizado de los respectivos miembros, de tal suerte que los grupos de interés de la fundación conocieran los méritos para ocupar silla en los patronatos.

## 5. *Cese o dimisión*

Guarda silencio igualmente la Ley estatal de Fundaciones sobre la posible dimisión o cese del patrono cuando la responsabilidad interna o externa del patrono cause daño a la reputación de la propia entidad no lucrativa.

Sería conveniente reflejar en códigos o estatutos que ante la consideración como investigada de un miembro del patronato, este pusiera, como mínimo, su cargo a disposición del pleno del patronato.

## 6. *Competencias del patronato*

Las funciones del patronato están claramente diferenciadas de las que son propias de los órganos de gerencia, dirección y gestión técnicas ordinarias.

El patronato ostenta de manera efectiva todas las competencias de gobierno, dirección y administración de la fundación, y singularmente las que le atribuyen la legislación sobre fundaciones, los estatutos de la fundación y demás estatutos, reglamentos o normas de régimen interior, así como posibles normas de gobierno interno o códigos de conducta.

En todo caso, entiendo que corresponderían al patronato las siguientes competencias:

- a) La aprobación de las políticas, estrategias y planes generales de actuación de la fundación.
- b) El control y la fiscalización de la actividad de la fundación, así como la ejecución de las políticas, estrategias y planes aprobados por él mismo.
- c) El control y la fiscalización de la actividad de las obras que pudieran ser dependientes de la fundación.
- d) La aprobación, modificación y derogación de los estatutos de la fundación.
- e) La aprobación, modificación y derogación de los estatutos, reglamentos o normas de régimen interior de las instituciones dependientes de la fundación.
- f) La interpretación de los estatutos y normas de gobierno interno de la fundación, así como de los estatutos, reglamentos o normas de régimen interior de las obras dependientes de la fundación.
- g) El nombramiento y cese del vicepresidente, del secretario y del vicesecretario del patronato de la fundación.



h) La aceptación de la dimisión del vicepresidente, de los patronos, del secretario y del vicesecretario del patronato de la fundación.

i) El nombramiento y la separación del director general de la fundación.

j) El nombramiento y la separación de los directivos de la fundación con las facultades y competencias que en cada caso se les confieran, así como la determinación de las condiciones de su contratación. Entendiéndose por directivos de la fundación aquellos que ejerzan funciones de dirección y gestión en la estructura interna de la misma, tales como subdirectores generales, secretario general y directores o responsables de área.

k) El nombramiento y la separación de los cargos directivos, así como la determinación de las condiciones de su contratación.

l) La delegación de facultades en cualquiera de los miembros del patronato, en los términos establecidos por la Ley y los estatutos de la fundación, así como su revocación o modificación.

m) La aprobación de la organización interna de la fundación.

n) La aprobación de la organización del patronato y, en particular, la creación de comisiones u órganos auxiliares de este por áreas específicas de actividad, con facultades delegadas o no, en los términos establecidos por la Ley y los estatutos de la fundación, así como su configuración, modificación o supresión.

o) La aprobación de la plantilla de personal y relación de puestos de trabajo así como sus modificaciones, el régimen de selección y provisión de puestos de trabajo y la fijación de la cuantía de las retribuciones (fijas y periódicas, básicas y complementarias) así como de sus incrementos.

p) La aprobación de los presupuestos de ingresos y gastos, así como sus eventuales modificaciones, así como la aprobación de la disposición de gasto cuando su importe, aislada o acumuladamente, exceda de una determinada cantidad a señalar.

q) La aprobación de las operaciones de crédito y préstamo cuya cuantía, dentro de cada ejercicio económico, aislada o acumuladamente, exceda de una determinada cuantía a fijar.

r) La aprobación de las propuestas de contratación de obras, servicios, suministros o de cualquier otra índole, cuando su importe supere una determinada cantidad a señalar.

s) Las propuestas de modificación de los contratos de obras, servicios, suministros o de cualquier otra índole celebrados por la fundación, cuando

la cuantía de las mismas, aislada o acumuladamente, sea superior a un tanto por ciento del precio original del contrato a fijar y este sea igual o superior a una cantidad a fijar.

t) La administración y disposición del patrimonio de la fundación, conforme a lo dispuesto en la ley y en los estatutos.

u) La aprobación de las propuestas de actos y negocios jurídicos que directa o indirectamente comporten la adquisición, enajenación, gravamen o constitución de derechos reales sobre los bienes, derechos o activos de la fundación cuando su valor sea superior a una determinada cuantía y, en todo caso, la aprobación de aquellos actos y negocios que impliquen adquisición, enajenación, gravamen o constitución de derechos reales sobre bienes inmuebles o valores mobiliarios, o gravamen sobre cualquier bien, derecho o activo de la fundación, así como desembolsos o aportaciones dinerarios o en especie, cualquiera que sea su importe.

v) La aceptación de herencias, donaciones y legados en favor de la fundación.

w) La determinación de una relación general de bienes y derechos de la fundación.

x) El ejercicio de acciones judiciales y administrativas en defensa de los derechos e intereses de la fundación en las materias de su competencia.

y) Y en general, entiendo, cualesquiera otras funciones y competencias que se le reconozcan por las leyes, los estatutos de la fundación y normas de gobierno interno o códigos de conducta.

## **7. Estructura y órganos del patronato**

En primer lugar, conviene señalar que el número de patronos debe ser razonable y ponderado conforme a los fines y acciones de la fundación. Fijar, como regla general de buen gobierno, un número máximo no nos parece adecuado. Pero sí que los estatutos o normas de gobierno deben procurar que la fundación tenga el músculo y la flexibilidad necesarios en su máximo órgano de administración.

La figura del presidente del patronato es otra figura clave en la buena gobernanza de una fundación. El cargo debería ser ejercido al estilo de ese *non-executive chairman* anglosajón importado de las sociedades británicas, con una clara función moderadora e impulsora del debate dentro del seno del patronato. Personalidad fomentadora de la participación ante el resto de

miembros del patronato o consejo y, especialmente, una figura como un árbitro para cumplir escrupulosamente la hoja de ruta del orden del día.

Entiendo que correspondería al presidente, además de las funciones y facultades que tiene atribuidas por disposición de la ley y de los estatutos de la fundación, las siguientes:

- a) Ostentar la representación del patronato, siempre que este no la hubiere otorgado expresamente a otro de sus miembros para actos concretos y específicos.
- b) Acordar la convocatoria de las sesiones ordinarias y extraordinarias, así como el establecimiento del orden del día teniendo en cuenta, en su caso, las peticiones de los demás miembros, formuladas con la suficiente antelación.
- c) Presidir las sesiones, dirigir y moderar el desarrollo de los debates conforme al orden del día y horario establecidos, así como suspenderlos por causas justificadas, sometiendo a votación los acuerdos y proclamando el resultado de las votaciones.
- d) Dirimir con su voto los empates, a efectos de adoptar acuerdos.
- e) Velar por la correcta ejecución y cumplimiento de los acuerdos adoptados por el patronato.
- f) Asegurar el cumplimiento de las leyes y de las normas estatutarias y de gobierno interno de la fundación.
- g) Visar las actas y certificaciones de los acuerdos del patronato.
- h) Ejercer cualesquiera otras funciones que legal o estatutariamente le sean atribuidas o que sean inherentes a su condición de presidente del patronato.

En caso de vacante, ausencia, incapacidad o enfermedad del presidente, sus funciones serían asumidas por el vicepresidente y, en su defecto, por el miembro del patronato de mayor antigüedad y, en caso de haber varios de la misma antigüedad, por el de mayor edad.

Aparte de esta delimitación de las funciones presidenciales, sería deseable la creación dentro del seno del patronato y de su estructura y órganos, de comités o comisiones delegadas del propio órgano de gobierno, como pueden ser:

- Comité ejecutivo: órgano más reducido, para que entre sesiones del patronato realice una supervisión y seguimiento estrecho de la misión y planes de la entidad, en colaboración con su director ejecutivo y *staff*.

- Comisión de auditoría y control interno sobre aspectos contables, financieros, riesgos, etc. Formado por mayoría de patronos con conocimiento financiero y en control de riesgos.

- Comisión de nombramientos, retribuciones y buen gobierno de la entidad: selección y nombramiento de patronos, alta dirección, política de RRHH, remuneración de directivos, resolución de conflictos de interés, operaciones vinculadas, prevención de la responsabilidad penal y marco ético e incidencias.

En cuanto a su organización, las reuniones del patronato deberían ser necesariamente periódicas, considerando como un buen número el de cuatro al año, una por trimestre como mínimo.

En la última reunión del patronato que sirva de cierre del ejercicio, debería aprobarse el calendario de reuniones del pleno y de las respectivas comisiones (si las hubiera).

## **8. *Derechos y facultades de los patronos***

Dentro de un buen modelo de gobierno de la fundación, correspondería a los miembros del patronato los siguientes derechos y facultades:

a) Que le sea remitida, con una antelación mínima de siete días, la convocatoria, conteniendo el orden del día de las reuniones. La información sobre los temas que figuren en el orden del día estará a disposición de los miembros del patronato y, en su caso, deberá enviarse, con la misma antelación. El anterior plazo podrá reducirse a cinco días, siempre que hayan transcurrido menos de dos meses desde la celebración de la anterior sesión.

b) Participar en los debates de las sesiones, ajustándose al orden del día y horario previstos.

c) Ejercer su derecho de voto y expresar el sentido de su voto y los motivos que lo justifican. Asimismo, siempre que vote en contra y así lo anuncie en el mismo acto de la sesión, los miembros del patronato podrán formular voto particular.

d) Formular ruegos y preguntas.

e) Obtener la información precisa para cumplir las funciones asignadas.

f) Cuantas otras funciones sean inherentes a su condición.

g) Los miembros del patronato se hallarán investidos de la facultad para informarse sobre cualquier aspecto de la gestión de la fundación, para examinar sus libros, registros, documentos y demás antecedentes de su actividad.

El ejercicio de las facultades de información podría canalizarse a través del presidente del patronato o, en su caso, en la sesión del patronato.

h) No remuneración

Todos los cargos del patronato, desempeñados por patronos, serán gratuitos. Los patronos tendrán, no obstante, derecho a los gastos que hubiesen de efectuar para asistir a las reuniones del patronato de la fundación y a aquellos otros que se les ocasionen en el cumplimiento de cualquier misión concreta que se les confiera por el patronato, en nombre o en interés de la fundación.

### **9. *Deberes de los miembros del patronato***

La función de los miembros de un patronato es concurrir a la función general de gobierno y administración de la fundación, así como de supervisión y control de la gestión de sus órganos directivos.

En el desempeño de estas funciones, los miembros del patronato deberán obrar con la diligencia de un representante leal.

Esa lealtad con la fundación hace quedar al patrono especialmente obligado a:

- Informarse y preparar adecuadamente las reuniones del patronato y de los órganos delegados a los que pertenezca.
- Asistir a las reuniones de los órganos de que forme parte y participar activamente en las deliberaciones a fin de que su criterio contribuya efectivamente en la toma de decisiones.

En el caso de que, por causa justificada, no pueda asistir a las sesiones a las que ha sido convocado, deberá en su caso instruir al patrono que haya de representarlo.

- Interesar la asistencia a las sesiones del patronato de cualquier miembro del equipo de dirección o del personal de la fundación, así como recabar la presencia y el asesoramiento de técnicos, asesores, auditores o de cualesquiera otros profesionales independientes.
- Realizar cualquier cometido específico que le encomiende el patronato y se halle razonablemente comprendido en su compromiso de dedicación.

El patrono deberá guardar secreto de las deliberaciones del patronato y de los órganos delegados de que forma parte, y se abstendrá de revelar informaciones o poner en conocimiento de terceros informaciones o documentos a los que haya tenido acceso por razón de su cargo.

La obligación de confidencialidad subsistirá aun cuando haya cesado en el cargo.

Respecto a la prohibición de desempeñar determinados cargos, los patronos electivos no deberían desempeñar cargos que nombre directamente, por su propia iniciativa, el patronato, o estén sujetos a su control inmediato, salvo aquello que por su carácter institucional, representativo y gratuito sean compatibles, de conformidad con lo previsto en las normas que resulten de aplicación.

En el caso de que los patronos ejerzan en la fundación actividades profesionales compatibles con su condición, lo harían en los términos contractuales previstos con carácter general para el supuesto de naturaleza y categoría que en cada caso les corresponde, y siempre previa declaración de posibles conflictos de interés ante el patronato.

#### **10. Especial referencia a los conflictos de interés<sup>11</sup>**

Se considera que existe conflicto de interés en aquellas situaciones en las que entren en colisión, de manera directa o indirecta, el interés personal del patrono y los intereses de la fundación. Existirá interés personal del patrono cuando el asunto afecta directamente al patrono o a una persona a él vinculada.

Tendrán la consideración de «personas vinculadas» al patrono las siguientes:

- a) El cónyuge del patrono o la persona con análoga relación de afectividad.
- b) Los ascendientes, descendientes y hermanos del patrono o del cónyuge (o persona con análoga relación de afectividad) del patrono.
- c) Los cónyuges (o personas con análoga relación de afectividad) de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del patrono.
- d) Las entidades en las que el patrono o sus respectivas personas vinculadas, por sí o por persona interpuesta, se encuentren en alguna de las situaciones de control establecidas en la ley.
- e) Las sociedades o entidades en las que el patrono o cualquiera de sus personas vinculadas, por sí o por persona interpuestas, ejerza un cargo de

---

<sup>11</sup> Para una mayor aproximación, ver mi trabajo LÓPEZ-GALIACHO PERONA, J., «Los conflictos de interés dentro del patronato», en *Buen gobierno de las fundaciones*, SANCHEZ GALÁN/MARTINEZ GARRIDO (coords.), La Ley, 2015, pp. 273-302.

administración o dirección o de las que perciba emolumentos por cualquier causa, siempre que, además, el patrono ejerza, directa o indirectamente, una influencia significativa en las decisiones financieras y operativas de dichas sociedades o entidades.

En relación con los posibles conflictos de interés, los patronos observarían las siguientes reglas de actuación:

- a) Comunicación al patronato, a través de su presidente o del secretario, de cualquier situación de conflicto de interés en que se encuentre.
- b) El patrono debería ausentarse de la reunión durante la deliberación y votación de aquellos asuntos en los que se halle incurso en conflicto de interés, descontándose del número de miembros asistentes a efectos del cómputo de *quorum* y de las correspondientes mayorías.

En la anterior comunicación, el patrono deberá indicar:

- Si el conflicto de interés le afecta personalmente o a través de una persona a él vinculada, identificándola en su caso.
- La situación que da lugar al conflicto de interés, detallando, en su caso, el objeto y las principales condiciones de la operación o decisión proyectada.
- El importe o evaluación económica aproximada.

Los patronos de la fundación no podrían dar ni aceptar regalos u obsequios, en el ejercicio de su cargo, de tal relevancia que sean susceptibles de constituir un conflicto de interés por afectar a la libertad e independencia con la que deben ejercer su cargo. Esta prohibición no sería de aplicación cuando los obsequios o regalos bien sean de escaso valor económico; bien respondan a signos de cortesía habituales; o bien no estén prohibidos por la ley o las prácticas generalmente aceptadas en entidades de análoga naturaleza.

El patrono, entiendo, no podrá aprovechar, en beneficio propio o de personas vinculadas, una oportunidad de negocio de la fundación, a no ser que la inversión u operación hubiera sido ofrecida previamente a la fundación, que esta hubiera desistido de explotarla sin mediar influencia del patrono y que el aprovechamiento de la operación por el patrono sea autorizado por el patronato.

El patrono no podrá utilizar el nombre de la fundación ni invocar su cargo en la misma para realizar operaciones por cuenta propia o de personas vinculadas.

En todo caso, los patronos deberían abstenerse en los términos señalados en el apartado anterior cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

- a) Cuando se establezca una relación contractual entre la fundación y el patrono, personas vinculadas a él, o sociedades en las que los anteriores desempeñen un puesto directivo o tengan una participación significativa.
- b) Cuando se fije una retribución por los servicios prestados a la fundación, distintos de los que implica el desempeño de las funciones que le corresponden como miembro del patronato.
- c) Cuando se entable acción de responsabilidad contra él.

Estas disposiciones previstas resultarían igualmente de aplicación a los cargos directivos de la fundación. Entendemos que también serán de aplicación al secretario del patronato en todo aquello que resulte adecuado a la naturaleza de su cargo.

### **11. *Sobre la evaluación del patronato***

Una de las acciones para mejorar el buen gobierno de las fundaciones sería proceder, a instancia del presidente y con la ayuda del alto personal directivo, a evaluar al patronato. Esta acción podría hacerse por personal externo o a través de una autoevaluación del patronato.

En general, se trata de analizar en un informe cualitativo o cuantitativo cómo se han cumplido en el período que se evalúe, la misión, los objetivos propuestos, el número de reuniones, la presencia en las reuniones de los patronos, la valoración del primer directivo, etc.

### **12. *La dirección de la fundación***

El director de la fundación es el primer empleado del patronato. El patronato aprueba las políticas y el responsable de ejecutarlas/rendir cuentas es su director. De él, de su diligencia personal y al frente del equipo, dependerá en gran parte el éxito o el fracaso de la misión fundacional.

El patronato debe designar, normalmente a propuesta del presidente, un director general de la fundación, que asumirá la gerencia, dirección y gestión técnica ordinaria de la misma.

El director ejercerá con carácter general la iniciativa sobre los asuntos que deban someterse a consideración del patronato para su deliberación y posterior aprobación o aceptación en su caso, mediante la formulación de las



correspondientes propuestas, salvo que se trate de materias cuya iniciativa corresponda directamente al presidente del patronato o, en su caso, a los patronos.

Las propuestas sobre asuntos que deban someterse a la aprobación o aceptación del patronato deberían acompañarse de una memoria explicativa, de los estudios e informes justificativos sobre la necesidad y oportunidad de la misma y de los documentos acreditativos del proceso seguido para la formación de la voluntad, así como de una memoria o informe económico que contemplara, en su caso, la estimación del coste a que dará lugar y sus consiguientes repercusiones presupuestarias, salvo que por la naturaleza del asunto o de su escasa significación, tales exigencias puedan no resultar necesarias.

Las propuestas que se sometan a la consideración del patronato por el director, deberían ser concretas, claras y precisas, y deberían ser expresamente incluidas en el correspondiente orden del día mediante indicaciones y referencias suficientemente expresivas del asunto de que se trata.

Asimismo, las propuestas relativas a asuntos que se sometan al patronato desde la dirección, deberían figurar redactadas por escrito, e ir acompañadas de la información, los documentos y demás antecedentes necesarios para pronunciarse sobre los mismos y deberá además verificarse que se ha dado cumplimiento a las exigencias de procedimiento anteriormente señaladas.

La información, documentos y antecedentes que acompañen a las propuestas deberían estar a disposición de los miembros del patronato, y en su caso, distribuirse a los mismos, con la antelación mínima que necesariamente debe preverse.

Las propuestas de aprobación o aceptación que versen sobre materias o asuntos que por su especial significación, trascendencia o complejidad requieran de un estudio detenido, no deberían ser aprobadas o aceptadas en la misma sesión en que se formulan, debiendo posponerse la deliberación sobre el particular a una sesión posterior, o comenzarse la deliberación pero difiriendo la eventual toma de decisión a una posterior sesión, a no ser que razones excepcionales de urgencia suficientemente justificadas obliguen a tomar una decisión en la misma sesión.

A estos efectos, y con carácter meramente enunciativo y no exhaustivo, se considerarían asuntos de especial significación o trascendencia la aprobación de los presupuestos, de las cuentas y de los balances, las propuestas de contratos, actos o negocios de administración o disposición del patrimonio o de gasto que superen la cuantía que se fije, así como los nombramientos del propio director general y demás directivos de la fundación.

Cuando las propuestas que se sometan al patronato así lo requieran, este podrá requerir la asistencia a sus sesiones y a prestarle su colaboración y acceso a la información de que disponga, a cualquier miembro del equipo directivo o del personal de la fundación que fuese requerido a tal fin.

También podría requerirse desde el patronato la asistencia a sus sesiones de los auditores de cuentas de la fundación, así como recabar el asesoramiento de letrados y de otros profesionales independientes, cuyo trabajo se rendirá directamente al patronato.

El director de la fundación tendrá las funciones y competencias que se le asignen por el patronato de la fundación con el fin de ejercer las funciones de dirección, gestión, coordinación y ejecución de las actividades de la misma.

En particular, corresponderían a un director general las siguientes funciones mínimas:

- a) La dirección y coordinación de las actividades y servicios de la fundación.
- b) La gestión técnica ordinaria de los servicios propios de la fundación.
- c) La formulación de propuestas sobre acuerdos o decisiones que deban adoptarse por el patronato de la fundación en las materias de su competencia, sin perjuicio de las facultades que en este orden corresponden al presidente, a los patronos o, en su caso, a otros órganos específicos de la fundación.
- d) La propuesta de las políticas, estrategias y planes generales de actuación, cuya aprobación corresponde al patronato, así como su posterior ejecución y desarrollo.
- e) El desarrollo de la gestión económica de acuerdo con el presupuesto aprobado por el patronato, disponer gastos y concertar operaciones de crédito dentro de los límites de su competencia, ordenar pagos y rendir cuentas ante el patronato de la gestión económica de la fundación.
- f) El desarrollo de la política de recursos humanos y de la plantilla de personal aprobada por el patronato, y la aplicación del sistema de retribuciones.
- g) El nombramiento de puestos de gerencia, dirección y gestión que no estén expresamente reservados a la competencia del patronato.
- h) La contratación del personal de la fundación y su separación dentro de los límites de su competencia.
- i) La jefatura del personal de la fundación.

j) La contratación de obras, servicios, suministros o de cualquier otro objeto dentro de los límites de su competencia y poderes.

k) La aprobación de los proyectos de obras, servicios o suministros cuando sea competente para su contratación y estén previstas en el presupuesto.

l) La aprobación de los actos y negocios relativos a la adquisición y enajenación de bienes y derechos dentro de los límites materiales y económicos de su competencia (excluida la de aquellos que se refieran a bienes inmuebles y al gravamen de bienes, derechos o activos de la fundación).

m) El ejercicio de las acciones judiciales y administrativas y la defensa de los derechos e intereses de la fundación en las materias de su competencia, incluso cuando las hubiere delegado en otros órganos y, en caso de urgencia, en materia de la competencia del patronato, en este último supuesto dando cuenta al mismo en la primera sesión que se celebre para su ratificación.

n) El aseguramiento de la ejecución y cumplimiento de los acuerdos adoptados por el patronato de la fundación, sin perjuicio de la competencia del presidente.

o) Las demás que expresamente le atribuyan las leyes, los estatutos y las posibles normas internas de gobierno de la fundación.

p) Cualesquiera otras atribuciones que puedan considerarse dirección, coordinación y gestión técnica de la fundación, siempre que no estén expresamente atribuidas al patronato o a otros órganos de la fundación.

Quedaría prohibida la subdelegación del ejercicio de las competencias por el director en órganos inferiores, salvo autorización o salvedad del patronato.

### **13. *Derecho de los donantes de la fundación***

La figura del donante resulta hoy clave en un sector fundacional tan necesitado de apoyos personales y patrimoniales más allá de la clásica estructura de la subvención administrativa o del sustento por el tradicional filántropo. De ahí que sea necesario en el modelo de buen gobierno fundacional, tener claro que en el caso de los donantes estamos ante un decisivo grupo de interés.

De ahí que el donante o aportador a la fundación deba estar informado de la misión de la entidad, así como conocer cuál es el modelo de buen gobierno de la organización. Sin olvidar no solo ofrecerle garantías de que su aportación será destinada al fin fundacional, sino que también se hace hoy más necesario que nunca, ofrecerle transparencia sobre quiénes forman los

órganos de gobierno, el origen y destino de los fondos, la rendición de la información económico-financiera o el alcance de la auditoría externa.

En esa dirección se hace necesario, dentro de la política de transparencia de la web de la fundación, abrir un apartado especial para los donantes, de tal manera que puedan recibir aquella información referida en el párrafo anterior.

#### **14. *El voluntariado fundacional: qué hacer***

En tiempos de escasez de recursos, ya sea vía donaciones o subvenciones, para las fundaciones, la figura del voluntario y su implicación en las actividades de la fundación resulta clave.

Voluntario es la persona que presta sus servicios en régimen de voluntariado y tiene firmado un «contrato» como voluntario. No percibe ninguna remuneración y los derechos y obligaciones están en la ley de voluntariado de la comunidad autónoma que se trate o en la legislación nacional<sup>12</sup>, así como en los modelos que firman de incorporación a los programas de voluntariado.

Cualquier organización fundacional que se precie debe promover la participación de voluntarios en sus actividades.

Para ello, primeramente, debe fijar cuáles son las actividades que pueden hacerse por voluntarios.

El perfil de búsqueda de voluntarios sería otro punto, así como establecer el plan de formación y aseguramiento de sus actividades por voluntarios.

Serían derechos de los voluntarios<sup>13</sup>:

a) Recibir regularmente durante la prestación de su actividad, información, orientación y apoyo, así como los medios materiales necesarios para el ejercicio de las funciones que se les encomienden.

b) Recibir en todo momento, a cargo de la entidad de voluntariado, y adaptada a sus condiciones personales, la formación necesaria para el correcto desarrollo de las actividades que se les asignen<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Ley 45/2015, de 14 de octubre, de Voluntariado.

<sup>13</sup> [www.fundaciones.org/EPORTAL\\_DOCS/.../Modeloincorporacionvoluntario.doc](http://www.fundaciones.org/EPORTAL_DOCS/.../Modeloincorporacionvoluntario.doc).

<sup>14</sup> Los voluntarios de cooperación para el desarrollo deberán ser informados de los objetivos de su actuación, el marco en el que se produce, los derechos y deberes, el derecho a la acreditación oportuna, así como de la obligación de respetar las leyes del país de destino.

Además tendrán derecho a las exenciones fiscales, inmunidades y privilegios que se deriven de los acuerdos internacionales sobre la materia, suscritos por España.

c) Ser tratado en condiciones de igualdad, sin discriminación, respetando su libertad, identidad, dignidad y los demás derechos fundamentales reconocidos en los convenios, tratados internacionales y en la Constitución.

d) Participar activamente en la organización en que se inserten, colaborando en la elaboración, diseño, ejecución y evaluación de los programas o proyectos, de acuerdo con sus estatutos o normas de aplicación y, en la medida que estas lo permitan, en el gobierno y administración de la entidad de voluntariado.

e) Estar cubiertos, a cargo de la entidad de voluntariado, de los riesgos de accidente y enfermedad derivados directamente del ejercicio de la acción voluntaria y de responsabilidad civil en los casos en los que la legislación sectorial lo exija, a través de un seguro u otra garantía financiera.

f) Ser reembolsado por la entidad de voluntariado de los gastos realizados en el desempeño de sus actividades, de acuerdo con lo previsto en el acuerdo de incorporación y teniendo en cuenta el ámbito de actuación de voluntariado que desarrollen.

g) Disponer de una acreditación identificativa de su condición de voluntarios en la que conste, además, la entidad de voluntariado en la que participan.

h) Realizar su actividad de acuerdo con el principio de accesibilidad universal adaptado a la actividad que desarrollen.

i) Obtener reconocimiento de la entidad de voluntariado, por el valor social de su contribución y por las competencias, aptitudes y destrezas adquiridas como consecuencia del ejercicio de su labor de voluntariado.

j) Que sus datos de carácter personal sean tratados y protegidos de acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

k) Cesar en la realización de sus actividades como voluntarios en los términos establecidos en el acuerdo de incorporación.

Por su parte, los voluntarios estarían obligados a<sup>15</sup>:

a) Cumplir los compromisos adquiridos con las entidades de voluntariado en las que se integren, reflejados en el acuerdo de incorporación, respetando los fines y estatutos de las mismas.

b) Guardar la debida confidencialidad de la información recibida y conocida en el desarrollo de su acción voluntaria.

---

<sup>15</sup> [www.fundaciones.org/EPORTAL\\_DOCS/.../ModeloIncorporacionVoluntario.doc](http://www.fundaciones.org/EPORTAL_DOCS/.../ModeloIncorporacionVoluntario.doc).

- c) Rechazar cualquier contraprestación material o económica que pudieran recibir bien de las personas destinatarias de la acción voluntaria, bien de otras personas relacionadas con su acción voluntaria.
- d) Respetar los derechos de las personas destinatarias de la acción voluntaria.
- e) Actuar con la diligencia debida y de forma solidaria.
- f) Participar en las tareas formativas previstas por la entidad de voluntariado para las actividades y funciones confiadas, así como en las que con carácter permanente se precisen para mantener la calidad de los servicios que presten.
- g) Seguir las instrucciones de la entidad de voluntariado que tengan relación con el desarrollo de las actividades encomendadas.
- h) Utilizar debidamente la acreditación personal y los distintivos de la entidad de voluntariado.
- i) Respetar y cuidar los recursos materiales que ponga a su disposición la entidad de voluntariado.
- j) Cumplir las medidas de seguridad y salud existentes en la entidad de voluntariado.
- k) Observar las normas sobre protección y tratamiento de datos de carácter personal de acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y demás normativa de aplicación.

Por su parte la fundación, como entidad de voluntariado, tendría los siguientes derechos<sup>16</sup>:

- a) Seleccionar a los voluntarios, sin discriminación alguna por razón de sexo, identidad sexual, orientación sexual, nacionalidad, origen racial o étnico, religión, convicciones ideológicas o sindicales, discapacidad, edad, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, de acuerdo con los fines u objetivos de la entidad, la naturaleza y características del cometido a desarrollar y las normas establecidas en su estatuto de funcionamiento interno.
- b) Suspender la actividad de los voluntarios cuando se vea perjudicada gravemente la calidad o los fines de los programas de la entidad por su causa, o infrinjan gravemente el acuerdo de incorporación.
- c) Concurrir a las medidas de fomento de la acción voluntaria establecidas por las administraciones públicas o entidades privadas y recibir las me-

---

<sup>16</sup> [www.fundaciones.org/EPORTAL\\_DOCS/.../Modeloincorporacionvoluntario.doc](http://www.fundaciones.org/EPORTAL_DOCS/.../Modeloincorporacionvoluntario.doc).

didadas de apoyo material y técnico, orientadas al adecuado desarrollo de sus actuaciones.

d) Participar a través de las federaciones, confederaciones o uniones de entidades de voluntariado en el diseño y ejecución de las políticas públicas de la Administración General del Estado.

e) Cualesquiera otros derechos reconocidos por el resto del ordenamiento jurídico referidos a la acción voluntaria.

En todo caso, la fundación estaría obligada a<sup>17</sup>:

a) Elaborar sus propias normas de funcionamiento interno de acuerdo a principios democráticos, participativos y de transparencia.

b) Formalizar el acuerdo de incorporación con los voluntarios y cumplir los compromisos adquiridos.

c) Suscribir una póliza de seguro u otra garantía financiera, adecuada a las características y circunstancias de la actividad desarrollada por los voluntarios, que les cubra de los riesgos de accidente y enfermedad derivados directamente de la actividad voluntaria<sup>18</sup>.

d) Cubrir los gastos derivados de la prestación del servicio y, en su caso, reembolsar a los voluntarios, los gastos que les ocasione el desarrollo de su actividad, en las condiciones acordadas en el acuerdo de incorporación y adaptadas al ámbito de actuación de voluntariado que desarrollen, así como dotarle de los medios materiales necesarios para el cumplimiento de sus cometidos<sup>19</sup>.

e) Establecer sistemas internos de información y orientación adecuados sobre los fines, el régimen de funcionamiento de la entidad de acción voluntaria, la realización de las tareas que sean encomendadas a los voluntarios y la delimitación de dichas tareas con las funciones propias de los profesionales de las entidades.

f) Proporcionar a los voluntarios, de manera regular y de acuerdo con sus condiciones personales, la formación necesaria, tanto básica como específica, para el correcto desarrollo de sus actividades.

---

<sup>17</sup> [www.fundaciones.org/EPORTAL\\_DOCS/.../Modeloincorporacionvoluntario.doc](http://www.fundaciones.org/EPORTAL_DOCS/.../Modeloincorporacionvoluntario.doc).

<sup>18</sup> En el caso de voluntarios de cooperación para el desarrollo, el seguro deberá realizarse también a favor de los familiares directos que se desplacen con el voluntario.

<sup>19</sup> En el caso de voluntarios de cooperación para el desarrollo, este acuerdo deberá contemplar los recursos necesarios para hacer frente a las necesidades de subsistencia en el país de destino.

g) Facilitar la participación de los voluntarios en la elaboración, diseño, ejecución y evaluación de los programas en que intervengan y, en la medida que lo permita la normativa de aplicación, en los procesos de gestión y toma de decisiones de la entidad de voluntariado.

h) Efectuar el seguimiento y evaluación de las actividades programadas, garantizando la consecución de los objetivos previstos conforme a los principios de eficacia y rentabilidad social.

i) Facilitar a los voluntarios una acreditación que les habilite e identifique para el desarrollo de su actividad, donde conste la entidad de voluntariado en la que realiza la acción voluntaria.

j) Exigir el consentimiento o en su caso la autorización expresa y por escrito de los progenitores, tutores o representantes legales de los voluntarios menores de edad<sup>20</sup>.

k) Expedir a los voluntarios un certificado indicando la duración y las actividades efectuadas en los programas en los que han participado.

l) Cumplir la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y demás normativa de aplicación respecto al tratamiento y protección de datos de carácter personal de los voluntarios o de las personas destinatarias de las actividades de voluntariado.

La fundación llevará un registro de altas y bajas del personal voluntario.

La fundación responderá frente a terceros por los daños y perjuicios causados por los voluntarios que participen en sus programas, como consecuencia de la realización de actuaciones de voluntariado, de acuerdo con lo establecido en el Código Civil y demás normativa de aplicación, pudiendo suscribir a tal efecto una póliza de seguro u otra garantía financiera que cubra la responsabilidad civil, lo que será obligatorio cuando la normativa sectorial lo exija.

Los conflictos que surjan entre los voluntarios y las entidades de voluntariado en el ejercicio de las actividades propias de voluntariado se dirimirán

---

<sup>20</sup> Los menores de edad podrán tener la condición de voluntarios siempre que se respete su interés superior de acuerdo con lo previsto en la legislación de aplicación y cumplan los siguientes requisitos:

a) Los mayores de 16 y menores de 18 años deberán contar con el consentimiento de sus progenitores, tutores o representantes legales.

b) Los menores de 16 años y mayores de 12 podrán llevar a cabo acciones de voluntariado si cuentan con la autorización expresa de sus progenitores, tutores o representantes legales en la que se valorará si aquellas perjudican o no su desarrollo y formación integral.



por vía arbitral de conformidad con lo dispuesto en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, si así se ha pactado en el acuerdo de incorporación y, en defecto de pacto, por la jurisdicción competente, de acuerdo con lo establecido en las normas procesales.

En todo caso la relación entre el voluntario y la fundación quedará sujeta a lo dispuesto en la citada Ley 45/2015, o normativa autonómica en su caso, y a las disposiciones reglamentarias de desarrollo que en su momento se aprobaran.

### **15. *El papel de la comunicación transparente***

Otro elemento clave en el modelo de buen gobierno fundacional es poseer una correcta y moderna política de comunicación. Durante mucho tiempo, ha sido inexistente u opaca. Esto debe cambiar radicalmente, pues en muchos casos las fundaciones siguen siendo, no sólo en España, unas perfectas desconocidas<sup>21</sup>.

No hace mucho, la asociación que presido tuvo que ponerse en contacto con una fundación que posee uno de los teatros más bellos y antiguos de Madrid, espacio escénico hoy arrendado, pero de titularidad de esta fundación que tiene además un conocido y exitoso colegio en Madrid.

Nos resultó imposible conocer sus fines, su gobierno, patronos, dirección, *staff* si lo hubiera, domicilio, etc. Ni rastro. Era, siguiendo el símil del teatro, como un telón corta fuegos. Brillaba por su ausencia. Una fundación que recibía un trato fiscal favorable por la sociedad y vivía completamente de espaldas a ella.

El teatro ya no es suyo. Pero es un ejemplo de una política nula en comunicación. Y eso debe cambiar.

Las fundaciones deben compartir su modelo de gobierno, quienes las gobiernan, su naturaleza, la visión, la misión, los valores o principios, cumplimiento de formalidades legales, rendición de cuentas financieras, políticas de responsabilidad social, canales de información y respuesta, e incluso el grado de alcance de su múltiple o escasa actividad.

Si así lo hacen pueden lograr un ambiente y ámbito favorable para captar recursos públicos e influir en la toma de decisiones de los sectores o grupos de interés de la fundación.

---

<sup>21</sup> Ver la tesis doctoral presentada por CORRAL LAGE, J., *La transparencia en la emisión de información de las entidades sin fines de lucro*, Universidad País Vasco, Bilbao, 2014.

De ahí que toda fundación debería tener una web accesible, redes sociales y otros canales de diálogo con grupos de interés. Y anualmente publicar un informe homologado como el que primueve la Global Reporting Initiative (GRI) para empresas socialmente responsables<sup>22</sup>.

## 16. *La estrategia en responsabilidad social de la fundación*

Toda fundación que se precie debe presentar, dentro de su modelo de buen gobierno, un proyecto que sienta las bases para el diseño y desarrollo de un modelo de responsabilidad social corporativa (RSC) específico, que debe estar alineado con su misión, visión, ideario y estrategia anual. No solo las empresas deben estar alineadas con la RSC, sino que también es una responsabilidad extensible al tejido fundacional.

Los objetivos principales de una estrategia de RSC podrían ser:

- Coordinar y adoptar un modelo de gestión que incluya la medición y seguimiento de las iniciativas actuales y de futuro de la fundación vinculadas a la RSC.
- Convertir la RSC de la fundación en una palanca más que acompañe y facilite la implantación de los actuales y futuros objetivos de la institución.
- Generar iniciativas reconocibles por todas las personas que trabajan en la fundación y por sus grupos de interés que incrementen el orgullo de pertenencia y fortalezcan el rol de la fundación como agente social del cambio.
- Fomentar las conversaciones con todos los grupos de interés de la fundación para orientar las futuras acciones de RSC y así dar respuestas adecuadas a sus demandas.
- Comunicar y dar a conocer externamente la política de RSC de la fundación.

La planificación podría ser la siguiente:

- Análisis del contexto: tanto interno, en el sentido de repasar la misión e ideario de la fundación y las actividades que hasta el momento está desarrollando; como externo, es decir que revise las tendencias en materia de RSC y haga un *benchmarking* del sector fundacional de que se trate y las prácticas que otras fundaciones realicen en materia socialmente responsable.

- Definición del plan de RSC: en cuanto a áreas y a líneas estratégicas.

---

<sup>22</sup> <http://www.globalreporting.org/ReportingFramework/ReportingFrameworkDownloads>.

- Aprobación del plan por la dirección y el patronato.
- Plan de comunicación interna y externa para su diseminación.
- Proceso de implantación, priorizando las líneas estratégicas y los planes de acción, planificando el desarrollo de cada línea estratégica.
- Seguimiento y comunicación: informe de sostenibilidad de la fundación y medición de indicadores de RSC conforme al GRI.

Como líneas estratégicas del plan pueden establecerse:

- Creación de valor.
- Diálogos con grupos de interés.
- Acción social.
- Buen gobierno y transparencia + ética.
- Cadena de valor.
- Medioambiente.
- Movilidad.
- Conciliación.
- Accesibilidad.
- Voluntariado.
- Innovación.

El plan debería ser gobernado a través de un comité transversal llamado de sostenibilidad o de RSC, del que formen parte las áreas de la fundación afectadas en su buen cumplimiento, bajo la supervisión, y siempre que estuviera creada en el seno del patronato, de la comisión de buen gobierno, nombramientos y retribuciones, y, de no existir, por el pleno de aquel.

#### **17. *Cumplimiento para fundaciones de los requisitos de la Ley 19/2013 de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno***

El artículo 3 de esta Ley 19/2013 establece la aplicación del contenido de esta norma a las entidades privadas, entre ellas las fundaciones, que perciban durante el período de un año ayudas o subvenciones públicas en una cuantía superior a 100.000 euros o cuando al menos el 40% del total de sus ingresos anuales tengan carácter de ayuda o subvención pública, siempre que alcancen como mínimo la cantidad de 5.000 euros.

Por su parte el artículo 2.1, h) extiende también el ámbito de aplicación a las fundaciones del sector público.

El artículo 8.2 señala, por su parte, la obligación para la fundación de hacer público los contratos o convenios celebrados con una Administración Pública. Asimismo, las fundaciones afectadas habrán de publicar las subvenciones que reciban cuando el órgano concedente sea también una Administración Pública.

Se propone, como regla de buen gobierno, ir más allá y no solo publicar la información contenida en el artículo 8.2, sino incluir en la web de la fundación un nuevo apartado: «Transparencia». Se propone que la entidad no lucrativa tenga un papel ejemplarizante, eficaz y eficiente en materia de transparencia haciendo pública, además, la siguiente información:

- El procedimiento de contratación y compras donde se recogerán, entre otros, los criterios de selección y evaluación de proveedores.
- Los procedimientos de selección y contratación de personal laboral docente y no docente.
  - La memoria de la fundación.
  - La memoria económica donde se informe de dónde se obtienen los medios económicos, cómo se utilizan y para qué fines. Estos datos se deben ofrecer con el máximo rigor y claridad posibles.
- Cuentas anuales: es importante señalar que la Asociación Española de Fundaciones exige a las entidades que formen parte de su Junta Directiva la publicación de sus cuentas anuales en su web o en la de propia Asociación.
- El Código de buen gobierno o ético de la entidad, así como los canales de denuncias respectivos.

#### **IV. La responsabilidad por el mal gobierno de la fundación**

##### **1. *La responsabilidad de patronos frente a la fundación y acción en interés fundacional***

El artículo 17 de la Ley de Fundaciones 50/2002 se refiere lacónicamente a la responsabilidad en que pueden incurrir los patronos frente a la fundación<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> Artículo 17. Responsabilidad de los patronos.

«1. Los patronos deberán desempeñar el cargo con la diligencia de un representante leal.

Los patronos deben desempeñar su cargo, no remunerado, con la diligencia de un «representante leal», respondiendo solidariamente frente a la fundación de los daños y perjuicios que causen por actos contrarios a la propia ley o a los estatutos, o por no haber obrado con la diligencia debida a su cargo<sup>24</sup>.

Esta clase de responsabilidad se circunscribe al ámbito civil, respondiendo de los daños y perjuicios causados, como si fuera la propia de una obligación contractual (art. 1101 CC). La responsabilidad de los patronos es de tipo contractual frente a la fundación desde el momento en el que el patrono acepta voluntariamente el cargo.

La legislación estatal actual en materia de fundaciones, frente a la derogada Ley 30/1994, ha elevado el listón de la responsabilidad del patrono disidente, pues ahora no basta con ausentarse, sino que para exonerar su responsabilidad se necesita la oposición expresa del patrono, y desde el mismo momento que toma noticia de la adopción del acto dañoso para la fundación con el que no está de acuerdo.

Es importante referirse en este punto a la llamada acción fundacional de responsabilidad o acción en interés de la fundación por responsabilidad de los patronos frente a la fundación. Esta se dirige contra los patronos que

---

2. *Los patronos responderán solidariamente frente a la fundación de los daños y perjuicios que causen por actos contrarios a la Ley o a los Estatutos, o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo. Quedarán exentos de responsabilidad quienes hayan votado en contra del acuerdo, y quienes prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél.*

3. *La acción de responsabilidad se entablará, ante la autoridad judicial y en nombre de la fundación:*

a) *Por el propio órgano de gobierno de la fundación, previo acuerdo motivado del mismo, en cuya adopción no participará el patrono afectado.*

b) *Por el Protectorado, en los términos establecidos en el artículo 35.2.*

c) *Por los patronos disidentes o ausentes, en los términos del apartado 2 de este artículo, así como por el fundador cuando no fuere Patrono».*

<sup>24</sup> La normativa autonómica de Andalucía, Canarias, Castilla y León y Galicia contiene previsiones sustancialmente idénticas (arts. 25 Ley 10/2005, 16 Ley 2/1998, 16 Ley 13/2002 y 22 Ley 12/2006, respectivamente).

La normativa del País Vasco, en esta dirección, establece que el patrono está obligado a administrar los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación y mantener plenamente la productividad de los mismos, según los criterios económico financieros de un «buen gestor» y servir el cargo con la diligencia de un «representante leal». La normativa catalana, por su parte, establece que los patronos deben ejercer sus funciones con la diligencia de un «buen administrador», de acuerdo con la ley y los estatutos, y servir al cargo con lealtad a la fundación, actuando siempre en interés de esta (art. 332-8 CCC).

hayan causado un daño al patrimonio de la fundación. Está recogida en el artículo 17.3 de la Ley 50/2002 y se entablará frente a la autoridad judicial, por el propio patronato, el protectorado, los patronos disidentes, o el propio fundador cuando no sea patrono.

Su finalidad persigue que se repare íntegramente el daño causado. En este sentido, nos recuerda a la llamada acción social de responsabilidad del mundo societario<sup>25</sup>.

## **2. La llamada responsabilidad penal de la fundación: prevención y control**

La fundación, como persona jurídica que es, también ha quedado afectada por la nueva regulación que en 2015 se ha dado a nuestro Código Penal, al introducir en su artículo 31 bis la llamada responsabilidad penal de la persona jurídica. A fin de cuentas qué es una fundación sino una persona de esta naturaleza.

El objetivo de la reforma del Código Penal es establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas para que en este caso las fundaciones colaboren en la prevención y el descubrimiento de los delitos señalados por el Código Penal que dan lugar a la responsabilidad penal, instaurando mecanismos internos que impidan que las mismas respondan penalmente.

El desempeño de la actividad de vigilancia y seguridad conlleva la obligación de cumplir con la normativa reguladora que sea aplicable. El desarrollo normativo de los últimos tiempos ha ido incorporando al ámbito de la responsabilidad de la persona jurídica una serie de obligaciones que conllevan la necesidad de establecer medidas de control interno para asegurar el cumplimiento de su personal, de concretas obligaciones (riesgos laborales, ley de seguridad privada, protección de datos, etc.).

El artículo 31.1 bis del Código Penal incorpora la responsabilidad de las personas jurídicas por la comisión de determinados delitos en los siguientes supuestos:

- Los delitos cometidos, en nombre o por cuenta de la persona jurídica, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la

---

<sup>25</sup> Recogida en el artículo 238 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

- Los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las personas jurídicas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar hechos punibles por haberse incumplido gravemente por aquéllos, los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad, atendidas las concretas circunstancias del caso.

La persona jurídica responderá penalmente en ambos escenarios, siendo necesario recalcar que los delitos de los que surge la responsabilidad penal para la persona jurídica, deben haber sido cometidos en beneficio directo o indirecto de la misma y a consecuencia de no haberse ejercido el debido control.

La responsabilidad penal de la persona jurídica será exigible siempre que se constate la comisión de un delito por quien ostente los cargos o funciones aludidas en los supuestos anteriores, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella.

Se incorpora, de este modo, al ordenamiento penal la obligación de las personas jurídicas de ejercer un debido control sobre su actividad y las actuaciones de su personal, para intentar evitar que se puedan llevar a cabo actividades que impliquen riesgo penal.

De esta manera cabe destacar que la propia ley prevé una atenuación de la pena a las personas jurídicas que denuncien los delitos que hayan podido cometerse en su seno o colaboren activamente en su investigación, lo que redundará en un claro perjuicio a los administradores, empleados o colaboradores que hubieran podido cometer el delito y un evidente conflicto de intereses entre la defensa de las personas jurídicas y la de las personas físicas vinculadas a ella (sobre todo los administradores).

Solo se podrá condenar a una persona jurídica en aquellos delitos en los que expresamente se prevea tal posibilidad, no obstante ello, el catálogo de estos posibles delitos es exhaustivo e incluye a casi todos en los que habitualmente participan las personas jurídicas: estafa, fraude fiscal o a la Seguridad Social, cohecho, descubrimiento y revelación de secretos, delitos contra la propiedad intelectual o industrial, alzamiento de bienes, delitos contra el medio ambiente, la ordenación del territorio y el urbanismo, blanqueo de capitales, el nuevo delito de corrupción entre particulares, etc.

Las penas abarcan desde la disolución, suspensión, clausura, imposibilidad de contratar con administraciones públicas, sanciones, etc.

Ante esta situación y desde una perspectiva de responsabilidad corporativa, parece evidente la importancia que adquiere para las personas jurídicas desarrollar un código de conducta que además de reflejar los valores y sus principios, contemple los riesgos potenciales de la organización que pueden estar sujetos a responsabilidad penal.

Se ha de partir de que el cumplimiento adecuado de este código de conducta, vinculante para todo el personal, es el mejor método para que ningún riesgo penal llegue a materializarse, por lo que dicho documento se configura como el pilar fundamental de cualquier manual de prevención del delito dentro de la fundación.

Parece recomendable entonces que un paso previo sea la elaboración por la fundación de un mapa de riesgos (legales, económicos, reputacionales, medioambientales, etc.), que permita identificar sectores, actividades, conductas potencialmente sujetas a riesgo y de esta forma tomar medidas preventivas orientadas a minimizar y a controlar los riesgos.

Tan recomendable es el código de conducta para una fundación como habilitar y garantizar un correcto funcionamiento de los canales de denuncia para posibles incumplimientos, estableciendo además un adecuado protocolo de actuación que dé respuesta en tiempo y forma a las cuestiones denunciadas.

Asimismo cobra mucha importancia garantizar una adecuada información y una formación continua vinculada al código de conducta, complementado con un adecuado control que permita conocer qué empleados han realizado su seguimiento y consecuentemente están en situación de manifestar su conocimiento, adhesión y voluntad de cumplimiento.

De ahí que para diseñar un modelo de prevención que atenúe o exima de responsabilidad penal a la fundación, deba tener en cuenta los siguientes pasos:

- 1) Elaboración de un código de conducta de la fundación.
- 2) Diseño del mapa de riesgos y establecimiento de un protocolo de control de los mismos dentro de la fundación.
- 3) Puesta en marcha de un canal de denuncias soportado por una reglamentación del mismo.
- 4) Creación dentro del seno de la organización de un órgano de control y de respuesta.



## V. Conclusión

Este trabajo ha pretendido reflexionar sobre algunas directrices para adoptar un modelo de buen gobierno en las entidades no lucrativas, especialmente en el sector fundacional.

En estos años se ha producido un gran avance en el buen gobierno de sociedades o empresas, especialmente en la gran empresa o la cotizada.

A ello ayudó la serie de grandes escándalos corporativos producidos a finales del siglo pasado y comienzos del presente, que obligó a Estados y a organismos reguladores a intervenir a través de normas o de códigos de buen gobierno con recomendaciones.

Ha sido el caso de España que ha aprobado desde 2006 dos códigos de buen gobierno de sociedades cotizadas, el último es de 2015. También se han dictado normativas en el seno de la Unión Europea e incluso en nuestro país con la reforma en diciembre de 2014 de la Ley de sociedades de capital para la mejora del gobierno corporativo.

Frente a este impulso, llama la atención el escaso avance en materia de buen gobierno que se ha producido en el sector fundacional, regulado por una normativa estatal que se ha quedado corta a la hora de prever y regular varios ámbitos de lo que debería ser un correcto gobierno de las fundaciones.

Recorrido corto el de la ley que debe ser objeto de previa reflexión para su posterior mejora. No solo porque también se han dado algunos casos de mal gobierno que han afectado a la reputación del sector, sino también por los muchos huecos que ha dejado sin tapar la Ley 50/2002 estatal en materia de buen gobierno de las fundaciones y que las leyes autonómicas, salvo en algún punto la catalana, no han reparado.

Ante este silencio del legislador, al que no se le ve un deseo de arreglar ni esta Ley ni la de mecenazgo, es el momento de los códigos de buen gobierno o normas internas de gobierno de las fundaciones para que llenen esta carencia que presenta un sector por el que está interesado toda la sociedad y al que se le ofrece, precisamente por esa finalidad social, un trato favorable.

De ahí que este trabajo haya pretendido ir repasando los ámbitos que deberían estar regulados más allá de lo que dice la ley, a la vez que ha ido analizando nuevas formas de gestionar las fundaciones desde la transparencia en la comunicación, los derechos de donantes y voluntarios, la política de responsabilidad social, los requisitos de la nueva Ley de transparencia, o el control de la llamada responsabilidad penal de la fundación.

Será difícil algún día ver en España un código general de buen gobierno de fundaciones, al estilo de las sociedades cotizadas, dada la heterogeneidad de las más de nueve mil entidades de este tipo activas en España. Y también por la resistencia de un sector como el fundacional, muy definido por la voluntad absoluta del fundador que es reacio a que desde fuera se le ordene lo que hay que hacer.

Ello no ha sido óbice para que fundaciones empresariales españolas hayan impulsado en los últimos años códigos de buen gobierno que merecen nuestro aplauso, como también el que diversas entidades hayan señalado orientaciones o directrices para diseñarlos, o que centros de formación, como el de la AEF, hayan incluido asignaturas o contenidos sobre la materia.

Mientras el movimiento pro buen gobierno en fundaciones avanza, hemos querido aportar nuestra visión sobre diferentes aspectos o ámbitos que tienen que estar necesariamente presentes para asegurar un buen gobierno de la fundación.

Consideramos, finalmente, que esa adaptación de la gobernanza del estamento fundacional al mercantil, respetando las especificidades del sector, es necesaria para hacerlo más efectivo, más plural y más transparente, y pensando además que si el tercer sector no lo hace por su propia iniciativa, más tarde que temprano, creemos que se lo impondrá quien legisle.

## Bibliografía

- ALLI TURRILLAS, Juan-Cruz, *La fundación ¿una casa sin dueño?: (Gobierno, responsabilidad y control público de fundaciones en Inglaterra, EE.UU., Alemania y Francia)*, prólogo de James J. Fishman, Iustel, Madrid, 2012.
- CASTILLA CUBILLAS, Manuel, *Gobierno de las fundaciones bancarias y estabilidad del sistema financiero*, Comares, Granada, 2015.
- CORRAL LAGE, Javier, *La transparencia en la emisión de información de las entidades sin fines de lucro*, Universidad País Vasco, Bilbao, 2014.
- EMBED IRUJO, José Miguel, *El gobierno y la gestión de las entidades no lucrativas público-privadas*, Alberto EMPARANZA SOBEJANO (codirector), Marcial Pons, Madrid, 2012.
- LEIÑENA MENDIZÁBAL, Elena, «La transposición jurídica de los criterios de buen gobierno relativos a la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los consejos de administración de las sociedades cotizadas a los patronatos de las fundaciones de sociedad», en *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 301 (julio-septiembre 2016), p. 253-299.

- LÓPEZ-GALIACHO PERONA, Javier, «Hacer el bien sí, pero haciéndolo muy bien», en *Revista Consejeros: la revista del buen gobierno y la responsabilidad corporativa*, n.º 64 (septiembre), 2011, p. 62-63.
- LÓPEZ-GALIACHO PERONA, Javier, «Los conflictos de interés dentro del patronato», en *Buen gobierno de las fundaciones*, Ignacio S. GALÁN y Santiago MARTÍNEZ GARRIDO (coords.), La ley, 2015, p. 273-302.
- MARTÍNEZ BALMASEDA, Arantza, «Transparencia en la gestión de las fundaciones, propuestas en torno a los códigos de buen gobierno corporativo en materia de retribución y compensación de gastos», en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial* (38), septiembre-diciembre 2015, p. 217-236.
- SALELLES CLIMENT, José Ramón, «Organización y funcionamiento del patronato en el Código civil de Cataluña y los principios de buen gobierno», en *Estudios sobre Derecho de la empresa en el Código civil de Cataluña*, Javier VALLE ZAYAS, Juan Antonio PÉREZ RIVARÉS y José Ramón SALELLES (dirs.), Bosch, Barcelona, 2013, p. 29-82.
- SEISDEDOS MUIÑO, Ana, «La regulación del órgano de gobierno en la Ley de fundaciones del País Vasco: algunas peculiaridades», en *Derecho privado y constitución* (9), mayo-agosto 1996, p. 275-296.
- SERRANO GARCÍA, Ignacio, «Control y gobierno de las fundaciones a la luz de la Ley 30/1994», en *Revista Jurídica del Notariado* (14), abril-junio 1995, p. 159-197.
- VIÑUELAS SANZ, Margarita, «El buen gobierno de las fundaciones bancarias», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* (139), julio-septiembre 2015, p. 87-143.
- VIÑUELAS SANZ, Margarita, «Informe anual de gobierno corporativo en fundaciones bancarias (orden ECC/2575/2015, de 30 de noviembre de 2015)», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* [S.l.: s.n.], n.º 144 (octubre-diciembre 2016), p. 109-130.
- VIÑUELAS SANZ, Margarita, *Gobierno corporativo en personas jurídicas no mercantiles*, Marcial Pons, Madrid 2015.