

Fundacions i transparència

Quan em van oferir participar en aquesta jornada, de seguida se'm va acudir que, davant la recent aprovació de la reforma del llibre tercer del Codi civil de Catalunya, aquest fòrum resultava molt adient per parlar de la relació entre fundacions i transparència, i més concretament del principi de transparència com a instrument al servei de l'augment de la confiança de la societat en el sector fundacional.

Com vostès saben, correspon al Departament de Justícia l'exercici de les funcions de protectorat de fundacions que li encomana el llibre tercer del Codi civil de Catalunya, amb la finalitat de vetllar perquè es compleixin les finalitats fundacionals i les disposicions legals i estatutàries, i perquè, en definitiva, es respecti la voluntat fundacional. I en aquest context, el Protectorat desenvolupa una activitat de naturalesa publicoadministrativa que té com a objectiu primordial garantir el recte exercici del dret de fundació.

Amb aquesta finalitat, la llei dota el Protectorat d'un conjunt d'eines i instruments per fer efectives les funcions de vetlla i supervisió que li encomana, de les qual tractaré més endavant.

En tot cas ja avanço que, a grans trets, consisteixen a assessorar, fomentar i verificar el compliment, per part de les fundacions, de les finalitats d'interès general, d'acord amb l'article 34 de la Constitució espanyola. Tot plegat, en consonància amb les pautes establertes a la llei i d'acord amb la mateixa voluntat fundacional d'aquests agents socials emergents que són les fundacions. I sempre, partint de la premissa que aquestes funcions són conformes i adequades a la naturalesa privada d'aquestes entitats, i que, per tant, respecten l'autonomia de gestió i funcionament que com a tals els correspon.

Això no obstant, hi ha elements que legitimen l'acció de supervisió del Protectorat vers les fundacions, precisament quan es dona el fet que les activitats que desenvolupen són d'interès general i es duen a terme sense ànim de lucre. A tall d'exemple, pel caràcter social de les activitats, per l'origen públic dels béns que utilitzen, per la procedència de campanyes de captació pública, o pels incentius fiscals als quals s'acullen en el desenvolupament de l'activitat.

Per tant, podem afirmar que el Protectorat és l'òrgan que actua com a garant del desenvolupament correcte del dret de fundació.

Naturalment, entre les funcions que abasta l'acció protectora, cal destacar la de vetllar perquè les fundacions actuïn amb criteris d'imparcialitat i no-discriminació en la determinació dels seus beneficiaris, i amb transparència, de manera que les persones beneficiàries i destinatàries dels projectes fundacionals disposin d'informació clara i fiable sobre com es gestionen els recursos i a què es destinen.

No es pot oblidar que el món fundacional ha experimentat en els darrers anys un notable increment del seu volum d'activitat, així com de la seva presència en la vida econòmica del país.

Les estructures d'aquestes entitats jurídiques s'han professionalitzat fortament i desenvolupen activitats de gran impacte econòmic i social, cosa que provoca que la informació que mouen sigui cada vegada més complexa.

Alhora, tant per raons d'ordre social com per la innegable rellevància que han adquirit com a productores de béns i serveis, i a la vegada en reconeixement del seu potencial per coadjuvar a resoldre determinats desequilibris i altres reptes que suscita l'actual crisi econòmica, el Departament de Justícia ha endegat aquesta legislatura les accions oportunes —via modificació del llibre tercer i via esmenes a la Proposició de Llei del Protectorat— per emprendre polítiques de foment de la seva constitució.

El context actual provoca alguns desequilibris socials que les administracions no poden pal·liar en la mateixa mesura en què ho havien fet fins ara. Doncs bé, gràcies als moviments de les entitats no lucratives, que responen a una motivació de reequilibrar aquestes situacions, és possible proporcionar als ciutadans una sèrie de prestacions que d'altra forma no estarien prou ateses.

En aquest sentit, cal remarcar que diversos estudis han fet palès que la producció de béns i serveis és la funció d'intervenció econòmica més característica adoptada per les fundacions, de la qual depenen de manera decisiva el creixement i la competitivitat de les altres branques d'activitat.

És per això que, en el marc de la reforma de la legislació de fundacions impulsada pel Govern, s'han incorporat mesures de simplificació administrativa. Així, per a la majoria de supòsits relatius a operacions de tipus econòmic i contractació de

patrons amb la fundació, se substitueix el règim d'autorització per la figura de la declaració responsable, alhora que es facilita la constitució de noves fundacions.

Nogensmenys, aquests canvis no impliquen, com es veurà, una disminució dels necessaris mecanismes de control que han de ser a l'abast del Protectorat amb vista a verificar que el dret de fundació s'exerceix correctament.

Aquesta línia d'actuació explicita el reconeixement de l'Administració respecte del pes i la importància d'aquestes entitats en la societat, tant des de la perspectiva de les activitats d'interès general que desenvolupen, com pel que fa a l'obertura de nous canals de participació social. D'aquí que se'n faciliti la creació i l'autonomia de gestió, sense renunciar, però, al necessari control per part del Protectorat.

Ens trobem en un moment en què el fenomen fundacional experimenta un increment rellevant quant al volum d'activitat i complexitat.

A Catalunya, a hores d'ara, consten inscrites unes 2.500 fundacions.

Aquest volum d'activitat es tradueix en un pes de l'anomenat tercer sector en l'economia de l'Estat que no és irrellevant i que, en termes percentuals, se situa al voltant del 4 % del PIB, concepte que també inclou les cooperatives i les mutualitats.

Per tant, cal donar suport al món fundacional per tal que pugui complir la tasca de reequilibri que porta a terme a través dels seus programes d'activitats.

Ara bé, a fi que el suport pugui ser incondicional i sense recels, és imprescindible la transparència.

Fomentar aquesta cultura de transparència és un rol del Protectorat, i verificar l'actuació fundacional per tal d'oferir garanties als beneficiaris, també.

A partir d'aquí hauria de ser fàcil assolir el que la societat ens demana, és a dir:

- El compromís públic per bastir un context legal que doni suport al sector fundacional.
- Uns patrons amb capacitat de gestió eficient que aportin el capital fundacional necessari per liderar adequadament els projectes.

- Un ambient social de cooperació perquè la transparència els atorgui confiança.

La pregunta que escau fer a continuació és: com es pot adquirir i incrementar la transparència de les entitats del tercer sector?

A criteri meu, en aquesta partida hi hem de jugar tots els actors:

- Hi hem de jugar les institucions públiques que aportem fons a les fundacions.
- Hi hem de jugar els òrgans públics encarregats de la seva verificació i supervisió.
- Hi han de jugar els patrons i directius de les fundacions productores dels béns i els serveis.
- I hi ha de jugar un paper clau la ciutadania, que normalment hi col·labora a través de les campanyes de captació pública i que és la receptora final dels seus serveis.

Per tant, un cop identificats els agents, cal determinar com s'ha de fer efectiva la mesura.

En aquest sentit considero que caldria emprendre un seguit de mesures adreçades, principalment, a tres eixos: a les institucions públiques, a les mateixes fundacions i a la societat civil.

El primer eix, com deia, afecta les institucions públiques. Caldria dur a terme, en primer lloc, una homogeneïtzació de la normativa comptable i financera de totes les comunitats autònomes.

En segon lloc, caldria implementar les mesures i els mecanismes adients per fer un accés públic més fàcil i ràpid a totes les dades economicofinanceres que les fundacions dipositen als registres dels protectorats, i interconnectar aquests registres amb els registres mercantils mitjançant mesures d'informatització que permetessin una anàlisi de ràtios i, en definitiva, una anàlisi comptable de les dades esmentades.

En tercer lloc, i per a una major garantia sobre la fiabilitat de la informació econòmica subministrada, caldria fer un ús més intensiu de l'auditoria, amb l'adopció prèvia de les mesures normatives que ho fessin possible.

En darrer lloc, però no menys important, caldria implementar mecanismes de col·laboració entre administracions i corporacions de dret públic que permetessin el creuament de dades relatives a operacions econòmiques i d'accés a fons públics.

El segon eix d'actuació afecta el mateix món fundacional i consisteix en el següent:

-Impulsar la transparència dels patronats i del retiment de comptes de la seva gestió fent accessible al públic el seu balanç social i publicant els noms, professions i currículums dels seus patrons.

-Implementar òrgans de control intern en el si de les fundacions, amb sistemes formalment definits de control i seguiment de l'activitat i dels seus beneficiaris.

-Aprovar guies de bones pràctiques i codis de bon govern, com a mecanismes d'autoregulació de la transparència.

-Fer públics els seus projectes per tal que es faci visible el seu compromís amb l'entorn i el país.

-Plantejar campanyes de publicitat, de captació de fons i d'informació pública, de manera que reflecteixin fidelment els objectius i la realitat de l'organització sense induir a error.

-Fer públiques les campanyes de captació de fons públics i privats, així com el seu cost i la xifra de recaptació anual, i donar a conèixer també la seva imputació.

I tot això, per què?

Doncs perquè les fundacions han de deixar-se veure i s'ha de permetre que puguin vigilar i ser vigilades a través de regles clares, de manera que siguin conegudes per tothom i resultin accessibles no només als poder públics, sinó també a la societat civil, la qual es beneficia dels seus serveis però també contribueix al seu finançament mitjançant campanyes públiques de captació.

És a dir, les fundacions, ateses les seves finalitats, han d'esdevenir entitats *confiables*.

Un altre eix d'actuació afectarà la societat civil, que haurà de prestar la cooperació necessària al sector fundacional quan es donin les adequades garanties de

transparència, reconeixent l'esforç de tots els altres actors i, per tant, augmentant-hi la seva confiança.

He d'insistir que un dels principis inherents al funcionament del sistema democràtic que la societat demana més a les organitzacions, ja siguin del sector públic o del privat, és el de la transparència.

Aquest principi, traslladat a l'àmbit de les fundacions, adquireix una virtualitat especial amb les connotacions següents:

La transparència actua com a factor coadjuvant a l'arrelament social de les fundacions.

Si les fundacions tenen dret a uns impostos reduïts i a unes donacions amb avantatges fiscals per a les persones o empreses donants, i també poden rebre diners de les administracions públiques per realitzar activitats o determinats projectes, han de retre comptes no només a les persones i organitzacions que els donen suport, sinó a la societat en general.

El valor de la transparència va lligat al compromís que aquestes entitats han adquirit amb la societat, i és un valor que cada cop adquireix més transcendència per avaluar la credibilitat i legitimitat de les fundacions.

D'altra banda, la transparència és un factor que també possibilita la comparació entre les entitats del tercer sector i fomenta la competitivitat amb vista a la captació de fons.

En efecte, una política comunicativa deficient de l'entitat envers la ciutadania i una manca de transparència, poden generar desconfiança i incidir negativament en la captació de recursos.

En aquest sentit, les noves tecnologies suposen una eina amb molt potencial des del punt de vista de la rendició de comptes de les organitzacions no lucratives i de les fundacions en especial, que es tradueix alhora en una major captació de fons. Concretament, les pàgines web esdevenen un instrument molt útil perquè les fundacions facin públics els seus comptes, el balanç social i la memòria d'activitats.

Igualment, la transparència actua com a element fonamental per aconseguir una major col·laboració entre les administracions públiques i les entitats sense ànim de lucre, entre les empreses i les entitats, i entre les entitats mateixes.

En un moment en què es posa un èmfasi especial en la necessitat que les organitzacions no lucratives col·laborin més entre elles i que s'estableixin col·laboracions reals amb les administracions públiques i les entitats privades, la rendició de comptes adquireix una major importància, ja que la col·laboració exigeix, com a supòsit, la confiança mútua.

Quines manifestacions legals podem trobar del principi de transparència?

L'actual normativa reguladora de les fundacions —parlo del Codi civil català segons la redacció aprovada per la modificació normativa de 15 de juny de 2012— ja conté diverses mesures que coadjuven a la transparència de les fundacions i que atorguen al Protectorat mecanismes de foment per seguir impulsant-la.

Ahora, en aquest moments es troba en fase de discussió parlamentària la Proposició de Llei del Protectorat, que desplega el Codi civil català, en la qual el Departament de Justícia ha col·laborat estretament amb la preparació de treballs tècnics, que, de ben segur, permetran que sentim la futura norma com a nostra, en línia amb les polítiques que impulsa el Departament d'acord amb l'actual Pla de Govern.

Entre els seus objectius inclou impulsar:

- un marc jurídic eficient i estable que estimuli i agiliti la racionalitat administrativa per facilitar l'activitat econòmica;
- una administració més transparent i més propera a la ciutadania, i
- un dret propi i adequat a la realitat social del país, amb la modificació, si cal, de les lleis vigents.

Pel que fa al Codi civil català vigent, aquesta norma ja regula el Registre de Fundacions, en el qual s'han d'inscriure una sèrie d'actes que són públics i accessibles a tota la ciutadania, com ara:

- la identitat del fundador o els fundadors i dels membres del patronat
- els estatuts
- les mesures administratives o judicials d'intervenció

- la impugnació d'acords i actes
- les resolucions judicials

També regula un contingut estatutari mínim, que ja hem dit que és d'accés públic, com és el cas de les regles bàsiques per a l'aplicació dels recursos a les finalitats fundacionals i per a la determinació dels beneficiaris, o les disposicions adreçades a evitar els conflictes d'interessos entre la fundació i els conflictes personals o professionals dels patrons.

Els estatuts també dicten les regles per a la direcció de la gestió ordinària, separant les persones que l'exerceixen dels membres del patronat; fixen els requisits per ser membre de l'òrgan de govern; determinen les regles que s'han d'aplicar en cas de conflicte d'interessos; regulen l'autocontractació, els actes de disposició o el deure de reinversió, i estableixen, així mateix, l'aplicació obligatòria de rendes i ingressos al compliment de les finalitats fundacionals, sempre amb el paper garant del Protectorat.

Finalment, la norma disposa la publicitat dels comptes.

Però el retiment de comptes va més enllà dels aspectes purament econòmics i financers. Les entitats del tercer sector —i les fundacions en particular— haurien de tenir el convenciment ferm que aquest retiment és degut al Protectorat per aplicació legal, però també i sobretot pel compromís personal dels òrgans de govern i de les persones individuals que els integren davant els diferents grups d'interès i la societat en general.

El retiment de comptes davant la societat hauria de tendir a proporcionar una informació detallada, clara i actualitzada sobre els òrgans de govern i de control, sobre els projectes de desenvolupament i sensibilització, i sobre els informes de gestió i financers.

Per tant, la rendició de comptes és una de les principals manifestacions del principi de transparència:

- Aquests comptes són públics.
- Hi ha l'obligació de presentar comptes consolidats si la fundació és l'entitat dominant d'un grup.

- La informació sobre la declaració responsable ha de formar part dels comptes anuals.
- S'amplien els supòsits en què cal sotmetre els comptes a auditoria externa i es permet que la demanin una tercera part dels patrons o, subsidiàriament, el mateix Protectorat, si està justificat.
- Igualment és obligatori presentar un informe anual sobre el compliment del codi de conducta si s'han fet inversions financeres temporals en el mercat de valors.

Les memòries anuals, que són també públiques, constitueixen un instrument bàsic per conèixer l'evolució de la situació patrimonial i financera de les entitats, i per això es va considerar adient que incloguessin una informació més detallada de la seva activitat, de forma que l'aportació de noves dades permetés al Protectorat exercir la seva funció de garant del desenvolupament correcte del dret de fundació i, alhora, oferís a les persones que s'interessessin pel funcionament de les entitats una visió més completa de les seves activitats; tot plegat, tant en benefici de les mateixes fundacions com de la societat en el seu conjunt.

Però, com a manifestació legal del principi de transparència, també podem esmentar les noves regles derivades de la reforma del llibre tercer, assolides a la darrera reforma:

En primer lloc, trobem el deure del secretari no patró d'advertir sobre la legalitat dels acords que pren el patronat.

Com és sabut, abans de la reforma recentment aprovada s'exigia que el secretari de l'òrgan de govern fos membre del patronat.

Arran de la insistent demanda del sector fundacional sobre la conveniència de suprimir aquesta exigència, es va valorar la possibilitat d'adoptar una opció normativa que donés satisfacció a les necessitats del sector i alhora possibilités un règim de funcionament de l'òrgan de govern de la fundació conduent a garantir la legalitat dels acords presos.

En aquest sentit, la reforma efectuada arriba a una solució normativa que entenc que conjumina ambdós aspectes, ja que, d'una banda, possibilita que el secretari

no sigui membre del patronat i, d'una altra, exigeix que hagi d'advertir sobre la legalitat dels acords que s'adoptin.

Una segona manifestació de transparència la trobem en la gratuïtat del càrrec de patró i la regulació dels conflictes d'interessos.

En el dret català, l'exercici del càrrec de patró en una fundació ha estat sempre gratuït, si bé s'ha reconegut també sempre el dret dels patrons al rescabament de les despeses que se'n deriven.

En aquest sentit, el caràcter no lucratiu de les fundacions es fonamenta en la inexistència de drets privats sobre els *beneficis* que es generen com a conseqüència de l'explotació del patrimoni fundacional o sobre el romanent en cas de liquidació.

Una vegada complerta aquesta doble exigència, la decisió de no retribuir les funcions de govern és una opció de política jurídica que reforça el principi no lucratiu, perquè bloqueja una de les vies per les quals, indirectament, seria possible eludir-lo o desvirtuar-lo; però la no-retribució de l'exercici del càrrec de patró, naturalment, també té els seus inconvenients perquè:

- impedeix la professionalització del govern fundacional i
- rebaixa l'estàndard de diligència exigible als patrons, ja que quan un mandatari actua gratuïtament no se li pot exigir la mateixa diligència que quan és remunerat.

Aquesta consideració sí que té transcendència quant a la percepció de beneficis fiscals, ja que la normativa tributària condiona aquesta percepció al fet que els patrons no percebin retribucions per l'exercici del seu càrrec.

En el marc de les reformes legislatives impulsades en aquesta legislatura pel Govern, i partint de la premissa que l'exercici de la funció de patró continua essent no retribuït, el Departament va considerar convenient rectificar la regulació establerta al llibre tercer del Codi civil que impedia que els patrons de les fundacions que superaven xifres d'una certa dimensió econòmica —em refereixo a les anomenades *fundacions grans*— fossin contractats per l'entitat.

I és que es va poder constatar que aquesta regulació havia originat situacions certament estranyes, com ara que una determinada institució teatral emblemàtica catalana —que opera en el tràfic jurídic amb la figura de fundació— no pogués

contractar com a directora una de les patrones, una actriu de màxim prestigi, i que ni tan sols ho pogués fer amb l'autorització del Protectorat, ja que, en les fundacions de gran dimensió, la prohibició de contractar establerta pel Codi es configurava amb caràcter absolut.

D'altra banda, respecte de les fundacions les dimensions de les quals no arribaven a les magnituds que impediien en termes absoluts la contractació dels patrons, calia l'autorització del Protectorat per tal que els patrons poguessin prestar serveis retribuïts per la fundació.

Ateses les diverses situacions plantejades, i tenint en compte la implementació de les noves tècniques en el nostre ordenament jurídic orientades a la simplificació administrativa, es va explorar la possibilitat de cercar una alternativa al dret vigent que, així mateix, possibilités un funcionament més àgil d'aquestes entitats, sempre preservant les garanties de supervisió respecte del correcte exercici del dret de fundació.

En aquest context es va acudir al mecanisme de la declaració responsable, de manera que per a la contractació de patrons, i també per a la realització de determinades operacions, se substitueix, amb caràcter general —llevat d'algunes excepcions—, la modalitat de supervisió efectuada pel Protectorat mitjançant la tècnica autoritzatòria, pel mecanisme de la declaració responsable del patronat.

La introducció de la declaració responsable comporta no només la translació en aquest àmbit d'una mesura de simplificació administrativa, sinó també un canvi de paradigma, en el sentit que incrementa la responsabilitat dels patrons a l'hora de prendre decisions i de justificar que les operacions que es volen dur a terme convenen a l'interès de la fundació.

Aquesta declaració responsable s'ha d'acordar i presentar complint uns determinats requisits i formalitats establerts a l'article 332-13 del Codi civil català.

Entre aquests requeriments, cal remarcar la necessitat d'adjuntar tots els informes que escaiguin per a contrarestar les objeccions a la contractació que hagi pogut formular qualsevol dels membres del patronat en la mateixa acta o en un escrit separat.

En especial, caldrà un informe emès per un tècnic independent quan es tracti d'actes de disposició i es donin circumstàncies excepcionals que impedeixin complir total o parcialment el deure de reinversió; en aquest supòsit, l'informe haurà d'acreditar la necessitat de l'acte de disposició i les raons que justifiquen la no-reinversió.

També caldrà aportar un informe d'un tècnic independent —que s'afegirà a la declaració responsable i a la resta de documentació a què fa referència l'article 332-13— quan es tracti d'actes d'alienació o gravamen de béns immobles, establiments mercantils, béns mobles amb un valor de mercat superior a 100.000 euros, o del 20 % de l'actiu de la fundació que resulti del darrer balanç aprovat pel patronat.

L'informe subscrit per un tècnic independent s'haurà de pronunciar sobre el fet que l'operació respon efectivament a criteris economicofinancers i de mercat.

Parlem també de la regulació dels conflictes d'interessos.

La regulació establerta en el Codi civil de Catalunya pel que fa als conflictes d'interessos va ser capdavantera en matèria de fundacions.

Inspirada al seu dia en la regulació de la legislació mercantil, avui constatem com la Proposta de reglament del Consell de la Unió Europea pel qual s'aprova l'Estatut de la Fundació Europea conté, a l'article 32, una regulació sobre aquesta matèria.

Els conflictes d'interessos plantegen problemes de tipus ètic o posen en relleu potencials problemes derivats de la relació o les relacions de determinades persones amb la fundació, que poden generar un conflicte d'interessos entre aquesta i aquelles, de manera que aquestes situacions són susceptibles d'afectar el seu criteri en perjudici de la fundació.

El Codi civil català posa l'accent en el fet que la persona afectada per la situació de conflicte és qui l'ha de comunicar al patronat i, abans que l'òrgan adopti l'acord corresponent, ha de facilitar la informació rellevant i s'ha d'abstenir d'intervenir en la deliberació i en la votació.

Mitjançant la reforma efectuada per la Llei 7/2012, s'ha modificat la regulació preexistent, i ara persones físiques i jurídiques resten equiparades pels interessos personals a l'efecte d'apreciar conflicte d'interessos.

Així mateix, la regulació anterior a la reforma efectuada per la Llei 7/2012 establia la necessitat de demanar l'autorització del Protectorat per a tots aquells supòsits en què es produís una situació de conflicte d'interessos entre els propis del patró i persones equiparades i els interessos de la fundació en els supòsits relatius a:

- contractes de prestació de serveis retribuïts i
- contractes de compravenda o arrendament de béns immobles o de béns mobles d'extraordinari valor o de préstec de diners.

La regulació establerta arran de la reforma prescriu, a l'article 332-9 del Codi civil català, que els patrons i les persones que s'hi equiparen només poden realitzar operacions amb la fundació si queden suficientment acreditades la necessitat i la prevalença dels interessos de la fundació sobre els particulars del patró o persona equiparada.

Abans de dur a terme l'operació, el patronat ha d'adoptar una declaració responsable i l'ha de presentar al Protectorat, juntament amb la documentació justificativa pertinent. Així mateix, es preveu que la declaració responsable ha de respectar el que disposen els articles 312-9 i 332-13 (el primer article fa referència al procediment sobre la presa d'acords en els conflictes d'interessos, i el segon, als requisits documentals de la declaració responsable).

Passem ara a comentar també algunes de les mesures de foment de la transparència en la futura Llei del Protectorat.

Com he significat fa uns instants, els treballs tècnics elaborats pel Protectorat de fundacions i associacions d'utilitat pública han permès introduir una sèrie d'esmenes a la proposició de Llei del Protectorat que, a hores d'ara, s'estan substanciant al Parlament i que, si resulten aprovades, de ben segur contribuiran notablement a la transparència i també a un millor funcionament de les entitats i a una millor supervisió per part del Protectorat.

Les principals novetats que s'ha considerat escaient d'introduir són les següents:

- Es manifesta explícitament que les funcions del Protectorat s'exerceixen respectant l'autonomia de funcionament de les entitats.
- S'atorguen al Protectorat funcions de foment adreçades a incentivar que les fundacions adoptin polítiques corporatives per a l'estudi o difusió de l'impacte social de la seva activitat.
- S'atorguen al Protectorat funcions de foment adreçades a promoure la creació d'òrgans de control intern en el si de les fundacions, amb la finalitat que desenvolupin accions de control sobre la gestió i la regularitat dels processos i procediments interns d'actuació.
- S'imposa al Protectorat la funció de mantenir conductes de col·laboració permanent amb les corporacions de notaris i registradors de la propietat i mercantils per assolir la coordinació de les seves respectives competències i l'intercanvi d'informació.
- S'incorpora un nou precepte relatiu a la transparència, la imparcialitat i no-discriminació, que dicta les regles sobre la funció de vetlla del Protectorat respecte als actes i documents que finalment accedeixen al Registre.
- Es canvien les regles del Pla d'inspeccions, que fins ara ha estat elaborat sota criteris d'aleatorietat i que, si s'aprova l'esmena presentada, ho serà sota criteris objectius que es faran públics.
- Igualment es disposa que la planificació de l'activitat inspectora ha de tenir en compte el fet que les entitats es financin mitjançant subvencions o altres ingressos públics.
- En el nou procediment sancionador que establirà la Llei es pren en consideració, en la graduació de les sancions, el fet que la fundació es nodreixi de fons obtinguts en campanyes de captació pública, amb subvencions de l'Administració o altres ingressos públics.
- Igualment es preveu que les sancions imposades, un cop fermes, s'inscriguin en el full registral de la fundació, com a mesura de transparència.
- S'estableix el concepte entitats vinculades i es fixen determinades obligacions informatives envers aquestes entitats, a l'efecte de poder comprovar les operacions realitzades entre les vinculades.

- S'estableix també l'obligació de col·laborar amb el Protectorat per a totes les administracions i institucions públiques amb competències per verificar i fiscalitzar els comptes de les fundacions i per adoptar les mesures pertinents.

Una vegada analitzada la manifestació de la transparència a la normativa, no tan sols *de lege data* sinó també *de lege ferenda*, comentarem ara la verificació, supervisió i fiscalització de les fundacions privades i de les del sector públic, amb les diferències de criteris, mecanismes i finalitats.

A través de la reforma legal s'ha introduït un nou ordre i concert en els cossos legals que determinen i separen els sectors fundacionals públic i privat.

Com vostès saben, fins ara, l'article 331-2.2 del Codi civil català definia el que eren les fundacions del sector públic.

Per tant, una norma de dret privat indicava a la Intervenció General de la Generalitat de Catalunya quines entitats havia de fiscalitzar, ja que ni la Llei de la Intervenció General, ni la Llei de finances públiques no ho regulaven ni ho regulen.

D'altra banda, la Llei de la Sindicatura de Comptes les definia sota paràmetres i criteris diferents als continguts en el Codi civil català.

Per acabar-ho de distorsionar, s'incorporà al Codi civil català, a través de la Llei 16/2008, de 23 de desembre, de mesures fiscals i financeres, la disposició addicional tercera, relativa als efectes del finançament públic de les fundacions, inclusió que va provocar situacions equívokes.

Deuen convenir amb mi que la introducció de les normes relatives a les fundacions del sector públic en el Codi civil és un desencert greu, ja que en aquest cas ens trobem no davant l'exercici del dret de fundació *ex article 34* de la Constitució, sinó davant l'exercici de la potestat organitzativa de l'Administració, i no és funció d'un codi civil acotar les funcions d'exercici de la potestat organitzativa de l'Administració.

Tampoc és funció del Codi determinar quan una fundació té una qualitat legal —en aquest cas la qualitat de fundació de sector públic— que determina unes conseqüències que són alienes al dret comú de les fundacions; i menys encara si,

un cop definides, no els atorga cap règim jurídic diferent al que deriva del mateix Codi, màxim si es té en compte que les normes de dret públic que, si escaigués, haurien de determinar-ho no en diuen res.

Per tant, sembla clar que el Codi civil català, per tal com és una norma de dret privat, no és la seu normativa corresponent per a regular-ho ni tampoc és, de fet, la norma adient per establir els requisits de conformitat amb els quals una fundació ha de ser considerada del sector públic, ja que les conseqüències derivades d'aquesta circumstància es regulen en normes d'aquest àmbit i, per tant, són altres poders públics, i no el Protectorat, els qui exerceixen el control del seu compliment. Parlo del control financer a càrrec de la Intervenció General, de la contractació d'obres i serveis, recursos humans i altres qüestions subjectes a dret públic.

Afortunadament, la modificació del llibre tercer ha posat les coses al seu lloc i ha deixat espai al legislador perquè, si ho considera oportú, reguli aquesta matèria en el cos normatiu corresponent.

Amb aquesta valoració no qüestiono res que no sigui el desencert de la seu normativa, del qual entenc l'origen i les causes.

En efecte, la previsió continguda en l'apartat segon de l'article 331-2 del Codi civil català va suposar, al seu moment, una novetat respecte de l'anterior regulació en matèria de fundacions catalanes, ja que, doctrinalment, la fundació havia estat sempre concebuda com una institució privada de l'àmbit del dret civil.

I, en congruència amb la configuració constitucional del dret de fundació, la llei anterior exclusivament regulava el règim jurídic aplicable a les fundacions privades, sense fer esment de la capacitat de fundar de les persones públiques ni regular cap altra modalitat de fundació diferent de la privada.

Probablement, l'esmentat precepte va respondre a la necessitat de reconèixer legalment una realitat innegable, a contracorrent d'un fet que s'estava produint des de la dècada dels noranta: la creació d'ens instrumentals de l'Administració, sota personificacions jurídiques de naturalesa diversa i diferenciada de la de la mateixa Administració, amb la finalitat de gestionar indirectament serveis públics de forma més àgil i eficaç, ja que aquestes personificacions es regien íntegrament pel dret privat, tant en les relacions *ad intra* com *ad extra*.

Amb el Pacte d'estabilitat i creixement (PEC) acordat pel Consell d'Amsterdam, i especialment amb l'aplicació dels criteris metodològics del Sistema Europeu de Comptes Nacionals i Regionals (SEC 95), es va produir un punt d'inflexió en aquesta fugida del dret administratiu.

Inicialment, per garantir l'estabilitat pressupostària, es van introduir diversos controls públics sobre aquestes entitats, adreçats a supervisar-ne la despesa i l'endeutament. Més endavant es van ampliar a totes les altres vessants en què les entitats públiques s'havien regit tradicionalment per aquest dret: patrimoni, contractació, recursos humans, comptabilitat o règim econòmic financer.

Les referides normes SEC 95, d'obligat compliment i directament aplicables als estats membres, realitzen una delimitació institucional de les entitats que formen part del sector de les administracions públiques atenent a un seguit de criteris que s'emparen en la realitat econòmica dels ens, i no en la forma jurídica que adoptin (societats mercantils, empreses públiques, consorcis, fundacions, etc.), de manera que quan es compleixen els esmentats criteris, els resulta comunament aplicable una normativa bàsica de dret públic, independentment que, per la seva forma de personificació, el seu règim jurídic sigui de naturalesa privada.

En l'àmbit estatal, correspon al Banc d'Espanya i la Intervenció General de l'Estat classificar, cas per cas, les entitats que formen part del subsector Administració pública de la Generalitat de Catalunya, amb l'objectiu d'arbitrar uns mecanismes de control, supervisió i fiscalització públics adreçats a garantir l'equilibri financer d'aquestes entitats i la seva actuació de conformitat amb els principis d'actuació pública (igualtat, mèrit, capacitat i pública concurrència).

Aquests mecanismes de control públics, gens o poc tenen a veure amb els mecanismes de verificació que, d'acord amb l'acció protectora de les fundacions regides pel llibre tercer, corresponen al Protectorat i que aquest exerceix.

I, així, arribem al nucli del que els volia exposar.

En efecte, l'existència de títols jurídics transversals —públics i privats—, com són la Intervenció General, la Sindicatura de Comptes o el Protectorat, dels quals deriven funcions de verificació i/o fiscalització per part de poders públics diferents sobre les fundacions que es regeixen pel llibre tercer, no desvirtua la seva personalitat jurídica privada.

Totes les fundacions són subjectes privats, que en cap cas poden exercir potestats de dret públic i que se sotmeten a l'ordenament jurídic privat, llevat d'aquelles matèries en què, tractant-se d'entitats del sector públic, els sigui d'aplicació la normativa pressupostària, comptable, patrimonial, de personal, de control financer i de contractacions públiques que en cada cas estableixin les corresponents normes de dret públic.

Però a les fundacions que tenen la consideració de sector públic, a més de les normes del llibre tercer, els resulten d'aplicació:

- la Llei de contractes del sector públic
- la Llei general de subvencions
- la Llei de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades
- la Llei de la Sindicatura de Comptes
- la Llei d'estabilitat pressupostària
- la Llei de finances públiques de Catalunya
- la Llei sobre l'estatut de la funció interventora o
- la Llei de l'Oficina Antifrau de Catalunya

En tots els casos, es tracta de normes de dret públic que reconeixen que aquestes fundacions es regeixen pel dret privat, però que, pel fet de formar part del sector públic, les sotmeten a determinats controls i supervisions, emparats en ordenaments jurídics públics, amb criteris de verificació també públics i amb finalitats diferents a les perseguides per les accions de verificació que deriven de títols jurídics privats.

Però al marge del fet que les fundacions del sector públic se subjectin per imperatiu legal al control financer i fiscalització de tots els òrgans abans esmentats i amb les finalitats descrites, hi ha, en paral·lel i de forma concomitant, l'acció protectora del Protectorat, que persegueix unes finalitats diferents i se sustenta en mecanismes també diferents.

La legitimació de la intervenció del Protectorat sobre determinats actes de la vida de les entitats de naturalesa jurídica privada deriva del fet que aquestes, a l'igual de l'Administració pública, persegueixen finalitats d'interès general, actuen sense ànim de lucre, de vegades es financen amb diners públics, i tenen com a beneficiaris dels seus projectes socials els mateixos destinataris que té l'Administració pública, sense perdre de vista, però, que en pot ser fundadora una

administració pública o bé que una administració pública pot participar en el seu òrgan de govern, i que l'origen dels fons que obtenen és mixt (públic-privat).

Des d'aquesta perspectiva, doncs, cal entendre que la funció del Protectorat és la de coadjuvar a les pretensions d'un fundador que en un determinat moment posa un patrimoni, unes idees i un projecte al servei d'una finalitat d'interès general.

Per tant, el Protectorat esdevé el cooperador natural del fundador per garantir amb la seva intervenció que el projecte funcioni i tiri endavant.

En aquest sentit, s'ha de tenir en compte que la intervenció del Protectorat en l'activitat fundacional no es justifica exclusivament en el control correcte dels beneficis fiscals, sinó principalment en la necessitat de garantir que aquestes entitats perseguixin finalitats d'interès general.

El paper que la Constitució atorga a l'Administració —i el Protectorat n'és part— en la defensa i gestió dels poders públics, legitima precisament la seva intervenció, ja que el fet que les fundacions perseguixin finalitats d'interès general suposa un element substancial i diferenciador d'altres entitats privades alienes a l'interès general. Permet, per tant, la implantació d'un règim sancionador per a les fundacions, sense defensar, però, que el dret administratiu sancionador hagi de convertir-se en l'eix principal d'actuació i intervenció del Protectorat.

Què verifica i supervisa, el Protectorat?

1. Supervisa que els patrons que formen part de l'òrgan de govern que té una comesa fixada pel fundador actuïn amb la diligència d'un bon administrador, d'acord amb la llei i els estatuts, i que serveixin el càrrec amb lleialtat a la fundació actuant sempre en interès d'aquesta.
2. Supervisa que els patrons conservin els béns de la fundació i en mantinguin la productivitat, seguint criteris de prudència adequats a les circumstàncies econòmiques i a les activitats que dugui a terme l'entitat.
3. Supervisa la participació efectiva dels patrons en la vida de la fundació, ja que l'operativitat d'aquesta depèn del comportament d'uns patrons que gestionen un patrimoni que els és aliè.
4. I, evidentment, el Protectorat també supervisa que la fundació compleixi els deures comptables.

Com i amb quins mitjans compleix el Protectorat aquestes funcions?

- Fomentant el desenvolupament d'iniciatives orientades a protegir els interessos dels beneficiaris de les fundacions, que són els destinataris de la seva activitat, i, en conseqüència, fomentant que el subjecte actiu del principi i deure de transparència que correspon a les fundacions sigui plenament efectiu.
- Vetllant perquè, a fi de preservar la voluntat del fundador, es destinin un mínim del 70 % de les rendes netes anuals al compliment de les finalitats d'interès general.
- No autoritzant la constitució de fundacions que no tinguin assegurada la seva viabilitat econòmica, com a mesura que connecta amb els principis de transparència i professionalitat, i que contribueix a generar una certa solvència del concepte de projecte fundacional sotmès a inscripció.
- Sotmetent a un règim d'autorització, comunicació o declaració responsable determinats actes o negocis jurídics d'especial rellevància o transcendència com a mecanismes que, via comprovació prèvia o inspecció *a posteriori*, permetin detectar irregularitats i especulacions.
- Verificant els comptes anuals i exercint quan calgui la potestat inspectora i, en un futur proper, la sancionadora.
- Suplint la manca d'actuació dels executors de la voluntat fundacional quan correspongui, i en els supòsits previstos per la llei.
- Vetllant perquè les funcions de direcció de la gestió ordinària de la fundació s'executin d'acord amb el que preveu la llei.
- Sol·licitant l'auditoria extraordinària de comptes quan les circumstàncies ho aconsellin en interès de la fundació.
- Vetllant perquè no es produeixin conflictes d'interessos i l'autocontractació es dugui a terme sota les regles previstes per la llei.
- Exercint l'acció de responsabilitat i sol·licitant la intervenció temporal de la fundació quan correspongui.

- Vetllant pel compliment de les regles relatives als actes de disposició, al deure de reinversió, a les despeses de funcionament i de participació en societats i gestió directa d'exploracions econòmiques.

- Estimulant la disminució de la fragmentació del sector a fi de sumar esforços per a una millor consecució de l'interès general respecte d'aquelles entitats que persegueixen la mateixa finalitat i que per si soles no la poden assolir, ja sigui mitjançant operacions estructurals o a través del foment de la constitució de fons especials.

Quins són els nous reptes?

Per a un sector fundacional fort, estable i que serveixi amb eficàcia com a col·laborador natural de l'Administració en la prestació de béns i serveis d'interès general en favor de la ciutadania, és necessari dissenyar i implementar polítiques públiques per abordar els nous reptes que en aquest context planteja el sector.

D'una banda, cal cercar estratègies que impedeixin la constitució de fundacions que acabaran essent inactives per no ser viables econòmicament; alhora, cal que el Protectorat —que, de moment, té les mateixes estructura i potestats que al principi del segle XX— adquireixi tècniques d'intervenció que la moderna Administració pública ha anat adoptant en les últimes dècades.

Només així podrem fugir d'un Protectorat configurat com un simple registre d'actes jurídics.

Cal posar fi també a la concepció del Protectorat com a òrgan administratiu que ha d'intervenir poc o gens. Cal entendre el seu rol i potenciar-lo per afavorir el desenvolupament d'iniciatives orientades a protegir els interessos dels beneficiaris de les fundacions i, en definitiva, per garantir la continuïtat i bondat del sistema.

S'han d'introduir permanentment millores en l'àmbit de la transparència de l'activitat fundacional per enfortir la funció social d'aquestes entitats. La transparència és fonamental en les organitzacions que gestionen recursos de tercers, siguin dotacions procedents de subvencions que reben de l'Administració, siguin aportacions de la ciutadania i/o d'entitats privades.

Ara bé, aquesta necessitat de transparència com a element generador de confiança social —per tal com possibilita el control per part de la ciutadania— no ha d'impedir

l'existència de protectorats forts per intervenir en els aspectes clau de la vida de les fundacions.

I perquè el Protectorat sigui fort i pugui complir adequadament les funcions que legalment té encomanades, se l'ha de dotar de mecanismes suficients per fer front als incompliments de les fundacions i per dur a terme intervencions imperatives, com l'execució forçosa o la potestat sancionadora.

Cal continuar la tasca, endegada a partir del 2005, de reforçament i intensificació de les funcions de control, i de posar en coneixement del Departament d'Economia i Coneixement i de l'Agència Tributària la comissió de presumptes irregularitats amb implicació fiscal, així com d'instar la dissolució judicial de les fundacions que no compleixin les seves obligacions legals o que estiguin absolutament inactives.

Alguns dels reptes que he apuntat ja s'han dut a terme a través de la modificació del llibre tercer del Codi civil de Catalunya, amb les mesures que he exposat.

D'altres, com el disseny d'un nou règim d'inspecció o la potestat sancionadora, seran una realitat en breu, quan s'aprovi la Proposició de Llei del Protectorat.

Malgrat això, haurem de seguir treballant plegats —en fòrums com aquest—, amb la implicació de les autoritats públiques i la col·laboració del sector i de la societat civil, per tal d'analitzar i estudiar a fons totes aquestes mesures a fi i efecte de trobar-los un encaix òptim en el context actual.

Barcelona, 11 de juliol del 2012

M. Pilar Fernández Bozal
consellera de Justícia