

Fundaciones, instituciones, sociedad: el problema de la legitimación

Marco Cammelli

Profesor Ordinario de Derecho Administrativo
Universidad de Bolonia

SUMARIO: I. LOS FUNDAMENTOS.—II. EL CONTEXTO SE COMPLICA.—III. EQUIPARSE PARA LA NAVEGACIÓN: UNA POSIBLE RUTA: 1. *El dato cultural*. 2. *Governance y régimen institucional*. 3. *Relación con los bancos participados*.—IV. CÓMO: LOS INSTRUMENTOS.

I. Los fundamentos

El enfoque del papel y de la legitimación de las Fundaciones, que constituyen el objeto de esta intervención ¹, puede contar con un sólido punto de partida constituido por tres elementos: la historia y las raíces de las Fundaciones en la *sociedad* local de la baja Edad Media y en la sociedad post-unitaria; las leyes de la década de 1990, en particular, el paso de la ley conocida como ley Amato a las disposiciones del Decreto Legislativo 153/1999 («la ley Ciampi»), y sus posteriores modificaciones, que, precisamente reconocen dicha naturaleza, devolviendo a los sistemas locales lo que por muchos aspectos les pertenecía ²; la parte dispositiva y, sobre todo, las motivaciones de las Sentencias 300 y 301/2003 de la *Corte Costituzionale* (Tribunal Constitucional italiano).

De hecho se trata, según el Decreto 153/1999, de «personas jurídicas privadas sin fines de lucro» cuyos objetivos son «de utilidad social y de promoción del desarrollo económico», con una atención predominante al territorio propio y a los sectores «de mayor relevancia social», utilizando «todas las modalidades que su naturaleza jurídica les permite» (arts. 2-3).

¹ Texto de la ponencia expuesta en el seminario de trabajo de las Fundaciones italianas organizado por la *Associazione di Fondazioni e di Casse di Risparmio* (Acri; Asociación de Fundaciones y Cajas de Ahorros italianas) en Roma el 10 de noviembre de 2010. Considerando la naturaleza del encuentro, el texto hace referencia solamente a intervenciones de administradores o a referentes institucionales de las Fundaciones.

² Lo cual también hace que también sea impropia objetivamente la definición convencional de Fundaciones de «origen bancario»: a este respecto, con citas significativas, A. BENASSIA, *Fondazioni di origine bancaria fra etica e politica. Divagazioni in tema di Stakeholder value*, Bolonia, 23 de septiembre de 2010, ahora en *Astrid Rassegna*, 19/2010.

Sus órganos y especialmente el órgano directivo se caracterizan por el carácter de pluralidad equilibrada de la representación y de la calidad, la adecuación y la «terciedad» de cada uno de sus componentes (art. 4). El patrimonio, por último, está totalmente supeditado a los objetivos estatutarios, ha de administrarse con criterios prudentes de riesgo, de tal forma que queden convenientemente equilibradas la conservación del valor y la rentabilidad (art. 5), y (también) por estas razones se excluye de las participaciones de control de otras sociedades (salvo las sociedades instrumentales y las fundaciones de dimensiones más reducidas) y está obligado a la diversificación (arts. 6-7).

Por lo tanto, los rasgos esenciales estaban delineados exhaustivamente. La intervención de la *Corte Costituzionale* en el año 2003, decisiva por otro lado, consistirá en efecto en sustraer dentro de ciertos límites la disponibilidad al legislador mediante la referencia directa a valores constitucionales fundamentales (arts. 2, 18 Cost.) resumidos y precisados, para lo que aquí interesa, del principio de la subsidiariedad introducido (art. 118) con la reforma constitucional del 2001.

De este modo, la legitimación de la labor de las Fundaciones queda confiada principalmente al histórico arraigo territorial y a la eficacia de la propia labor, a la representatividad de quienes componen los propios órganos, a la corrección de la gestión patrimonial y a la plena «reconocibilidad» de la actividad en términos de transparencia y motivación de las principales iniciativas (art. 3.4).

Por lo tanto, en un principio, esta es la misión. Todo lo demás pertenece al modo de realizarla.

II. El contexto se complica

Las dinámicas económico-financieras e institucionales que se han desarrollado en los últimos años y, en particular, desde el 2007 en adelante han arremetido de frente contra el cuadro que se ha reconstruido, sometiéndolo a unas torsiones cuya intensidad ha aflorado solo recientemente en su verdadero alcance. Todo ello acentuado por una «visibilidad» mediática de las Fundaciones desconocida hasta hace pocos años.

Entre los elementos más destacados, sobre los que es necesario reflexionar, parece que debemos subrayar particularmente los dos siguientes:

— El primero, y más discutido actualmente, lo constituye la *proximidad con los bancos* y el papel que juegan las Fundaciones en lo referente a los altos cargos y a la estructura de las entidades de crédito. Un tema que debe afrontarse

con mucho cuidado, como haremos de inmediato, no sin llevarlo a sus dimensiones reales³ y recordando la peculiaridad de los llamados «bancos locales», en los que la interrelación entre infraestructuración social y desarrollo económico rigió sobre el binomio fundación-entidad de crédito local y también está legitimado por la derogación expresa a su favor dispuesta por la ley Ciampi (art. 25.3-bis) respecto a la prohibición general de las participaciones de control (art. 6).

El problema, por lo tanto, en sí mismo y por la visibilidad asumida, se plantea sobre todo en las relaciones entre Fundaciones y entidades de grandes dimensiones. Las razones de esta proximidad persistente son múltiples y bien conocidas: se trata de *razones objetivas* (la importancia de las participaciones y, a partir de cierto momento en adelante, la imposibilidad de abandonar unos valores de mercado razonables; la inestabilidad del mercado financiero y el riesgo de dejar espacio a inversores exclusivamente especulativos; las invitaciones reiteradas, y las consiguientes apreciaciones, de la Autoridad de vigilancia, a seguir desempeñando un papel de «estabilización» en el accionariado de las entidades bancarias⁴) y *subjetivas* (el caso de los bancos locales absorbidos posteriormente en los procesos de concentración que han generado los grupos mayores y los compromisos y las expectativas maduradas en esa fase; la utilidad de hacer oír la «voz» de los territorios en macroestructuras consideradas no suficientemente sensibles; los efectos de las fases más graves de la crisis y la exigencia, en algunos momentos muy apremiante, de disponer aumentos de capital).

Naturalmente, la vocación de las Fundaciones sigue siendo la inicial: pero es innegable que, en las condiciones actuales, y durante un período ciertamente no breve, tiene que ser acompañada *también* por la vocación de inversores institucionales en los bancos. Lo cual obliga a valorar atentamente las implicaciones que se derivan directa e indirectamente, esforzándose en conciliar de forma equilibrada las potenciales tensiones entre un carácter institucional y didáctico «pensado» en función del aspecto proveedor y de infraestructuración social y las tareas y las exigencias propias del inversor institucional: cabe consi-

³ «A finales de septiembre de 2010, de las 88 Fundaciones de origen bancario, 18 ya no tienen participaciones directas en los respectivos bancos beneficiarios de la aportación; 55 poseen una participación minoritaria; las otras 15 —que, en su conjunto, representan solamente el 4,5% del total de los patrimonios de las Fundaciones— poseen más del 50%», G. GUZZETTI, ponencia de introducción (dactiloescrita), p. 9, *86ma Giornata mondiale del risparmio*, Roma, 28 de octubre de 2010.

⁴ Véase, por último, y de forma muy clara, la intervención del Gobernador Mario Draghi en la misma: «Así como el futuro se anuncia laborioso para los bancos, igual será para sus mayores accionistas», p. 10.

derar, entre otras, diversificación *versus* concentración; confidencialidad *versus* transparencia; irrelevancia del reparto patrimonial, siempre que quede garantizada la seguridad y la rentabilidad, *versus* reconocimiento estratégico de la participación en función de las exigencias del territorio y de las categorías económicas de este último ⁵.

En resumen: la *governance*, las inversiones, las relaciones con los bancos y su *management*. Lo cual, en palabras del Gobernador Draghi, es exactamente lo que las Fundaciones están invitadas a afrontar en un futuro próximo.

Otra razón más para considerar decisiva la cuestión, anotando al margen el hecho de que empezar a abordarla es perfectamente realizable con los poderes ordinarios reservados a los órganos de administración de las Fundaciones y que, en general, no es por lo tanto necesaria ninguna modificación legislativa del régimen vigente, con la excepción de aspectos concretos, como, por ejemplo, los beneficios fiscales que se consideraran útiles para facilitar la reducción deseada de las participaciones o la verdadera y auténtica salida.

Naturalmente, todo esto ha de declinarse según las variables que se han recordado varias veces —dimensiones de las fundaciones, casos de las entidades bancarias participadas, situaciones de mercado, historia y carácter de los sistemas locales— y ha de ser profundizado según los casos; especialmente, en lo que se refiere a las relaciones con los bancos denominados «locales».

Con una anotación al margen. Es posible, o más bien probable, que la atención deseada de la *politica-politticenne* respecto a las Fundaciones siga siendo también alta en el futuro y estable, tras el abandono de las participaciones bancarias, por la importancia que las propias Fundaciones seguirán teniendo en los sistemas locales: pero es cierto que, el hecho de permanecer ahí, y de jugar un papel destacado, constituye y constituirá un motivo de atención mucho más cercana.

— Bastante menos visible, a ojos de los medios de comunicación, pero igualmente relevante, es el segundo elemento, referente a la creciente, y en cierto modo objetiva, *proximidad con el sistema público*. Entendiendo por tal no solo la legítima y creciente atención «política» de las administraciones locales a las fundaciones, que a principios de la década apenas se sabía que existían y lo que hacían, sino la rastrera extensión a estas últimas con fines de tutela y de garantía, en sentido amplio, de disposiciones de carácter público que hacen

⁵ Sobre la problemática de estos aspectos véase R. COSTI, intervención, en *Fondazioni e governance delle banche*, Quaderno Carismi, Torino, 2010, pp. 13 y ss.

real el riesgo de una progresiva, e históricamente no inédita, «*atracción desde lo privado a lo público*» de aquellas ⁶.

No es este el lugar para un examen detallado de tales aspectos ⁷. Cabe observar que, de este modo, como ha sucedido a menudo, se crean más problemas de los que se pretendían resolver, que la doctrina y, sobre todo, la jurisprudencia más atentas han intentado corregir estas desviaciones y que este caso demuestra a lo sumo que la cuestión no consiste en aprobar nuevas disposiciones, sino en aplicar los principios existentes y respetar y responsabilizar, como mucho estimulando la iniciativa, los distintos niveles de regulación autónoma.

En cualquier caso, las raíces de esta proximidad, además de un elemento cultural decisivo que retomaremos en breve, son esencialmente dos: una, predominante, de carácter patológico, es decir, la crisis financiera pública con todas las implicaciones que conlleva; la otra, en cambio, fruto de un dato virtuoso: la transformación progresiva de la actividad de las Fundaciones desde un papel de mera actuación previa demanda, al de promotoras de proyectos complejos y de *partnership* con sujetos públicos y privados. Un papel muy positivo, naturalmente, que, sin embargo, comporta la prolongada complicación con plazos, procedimientos y modalidades propias de las administraciones locales

⁶ A. BENASSIA, *Fondazioni di origine bancaria fra etica e politica*, cit., pp. 5-8.

⁷ Se trata de disposiciones derivadas en parte de la ley Amato (no olvidemos que hasta la ley Ciampi las entidades aportantes eran, precisamente, entidades públicas); en parte procedentes del ordenamiento comunitario (véase el caso jurisdiccional y legislativo sobre el organismo de derecho público); en parte de normas *ad hoc*, como el denominado *numerus clausus* de los órganos de las Fundaciones (art. 4 Ciampi), o de las obligaciones «de publicidad en las contrataciones de obras, servicios y suministros» dispuestas para las Fundaciones en virtud del artículo 1, apartado 10 *ter*, de la Ley 201/2008, o la reciente intervención en materia de vigilancia (art. 52 *manovra d'estate* 2010); en parte, por último, de normas de sector que, en algún caso, aunque sea para los fines más nobles, han extendido a las fundaciones (bajo la categoría de entidades sin ánimo de lucro) disposiciones reservadas en origen a las entidades públicas: véase el artículo 10.1 del Código de los bienes culturales italiano, según el cual los bienes muebles e inmuebles de los sujetos privados sin ánimo de lucro (por lo tanto, también las fundaciones) se equiparan al Estado y a las entidades públicas en lo referente a la aplicación cautelar de la disciplina de tutela prevista por el Código hasta que se haya comprobado el interés artístico, histórico, arqueológico, etc.

Por no hablar, naturalmente, de las disposiciones sobre los patrocinios (código de los contratos públicos italiano, art. 62.2 Decreto Legislativo 153/2006, y código de bienes culturales art. 120) y de la coordinación a través de convenios entre el Ministerio de Bienes Culturales y las Fundaciones, artículo 121, etc.

Sobre la importancia del régimen positivo de la actividad y de la organización de las Fundaciones, no menos importante que la calificación jurídica de su naturaleza, G. SALA, «Gli occhiali del giurista e la difficoltà di definire una realtà cangiante: le fondazioni bancarie tra pubblico e privato», en *Diritto e società*, 1/2005, pp. 13 y ss.

que acaban por incidir de forma significativa, y no siempre positivamente, sobre la operatividad de los proyectos y de las Fundaciones.

Las consecuencias, reales o potenciales, de todo esto son una fuerte y creciente presión del sistema público en el ámbito de las intervenciones y, en algún caso, también en el de las elecciones de inversión y una aguda atención a la *governance* de las Fundaciones que, en cambio, en el momento de los nombramientos de 2000-1 y de las renovaciones de 2005-6, se había quedado bastante más contenido.

En conclusión, a pesar de la claridad del marco institucional de base al que nos hemos referido antes, a finales de la década muchas Fundaciones se encuentran comprometidas en varios frentes heterogéneos: son claramente expresión de las libertades sociales y de su autonomía, pero, al mismo tiempo, constituyen referencias significativas, en algunos casos decididamente relevantes, tanto para Ayuntamientos y Provincias como para las entidades bancarias participadas.

Es cierto que la primera función es y seguirá siendo la misión estratégica, mientras que la particular «proximidad» registrada en los restantes casos y el énfasis que se ha registrado deberían atenuarse gradualmente con la superación de la fase más grave de las crisis financieras locales y el saneamiento del sistema bancario, especialmente de los grupos principales. Pero queda el hecho de que el marco normativo y la *governance* a disposición de las fundaciones están pensados en función del papel de infraestructuración social, que su legitimación está fundada sobre la rendición de cuentas por su labor y no precisamente en la extensión a su régimen de límites y garantías para-públicos, que, por otra parte, no son muchos (no mucho más de la vigilancia y de las incompatibilidades), y que la situación económica y financiera traza perspectivas en las que el compromiso de las Fundaciones en distintos frentes está destinado con total seguridad a prolongarse en el tiempo.

Con consecuencias inevitables sobre la estructura institucional y sobre la legitimación.

III. Equiparse para la navegación: una posible ruta

Si las cosas están así, la cuestión que hay que plantearse es entonces la siguiente: ¿qué significan y cómo se declinan hoy «autonomía» y «responsabilidad» a la luz de las tareas concretamente desarrolladas por las Fundaciones y del contexto en el que actúan?

1. *El dato cultural*

El tema tiene repercusiones muy concretas, como es evidente, pero *la primera variable* que hay que considerar para darle una respuesta está representada por el *dato cultural* que condiciona buena parte del resto. Y, a pesar de todo lo que se ha hecho en estos años, individualmente y también como Acri, si queremos equiparnos para afrontar los problemas que hemos visto, precisamente se debe (re)comenzar desde aquí.

La variable cultural es de hecho decisiva porque, si no se supera el arquetipo del esquemático y anticuado dualismo basado en el binomio público/intérprete exclusivo de los intereses generales y privado/portador de intereses irremediablemente particulares y egoístas, es evidente que entre uno y otro quedará solo un inmenso espacio vacío⁸. Con dos precios considerables.

El primero es que actuando de este modo se obstaculiza la comprensión, y aún más la percepción, de que tanto lo público como lo privado están cambiando rápidamente, con profundas y recíprocas contaminaciones. Lo público porque sabe que está destinado a menos gestión y más regulación y tiene una necesidad creciente de asociarse, de recursos financieros y de conocimientos técnicos, de formas más eficientes de intervención. Lo «privado» porque se articula en realidades cada vez más complejas: individuales y asociadas; con o sin fines de lucro; cívicas y empresariales, laicas y confesionales o de tendencia.

Cabe hacer hincapié que sin todos estos elementos resulta indescifrable la mayor parte de lo que está sucediendo o sucederá en breve a nuestro alrededor: desde las nuevas formas de Welfare (del «Estado del welfare» a la «Sociedad del welfare») a los servicios públicos locales hasta las resoluciones en materia de federalismo, empezando por el fiscal y estatal, cuyo impacto ya relevante será devastador si no se sitúa, y se lee, en este contexto.

En segundo lugar, insistir en el dualismo abriría una extensa tierra de nadie en la que, antes o después, están destinadas a entrar en crisis todas las realidades intermedias y entre estas, además de las otras expresiones asociativas y sin ánimo de lucro, las Fundaciones.

Si así fuera, la suerte de las Fundaciones se reduciría a una alternativa categórica, ya sea porque quien opera en este espacio acaba reestructurado hacia lo «particular» de los fines y a la irrelevancia del papel y, entonces, es inevitable que sus estatutos estén comprendidos en esa acepción más limitada de «priva-

⁸ F. A. ROVERSI MONACO y A. MALTONI, *Fondazioni e interessi generali in Italia*, ponencia en el XVIII Congreso italo-español de profesores de derecho administrativo *Forme private e interessi generali: quale ruolo per le Fondazioni*, Bolonia, 27-29 de mayo de 2010.

do» de la que se quería distanciar, ya sea porque, por el contrario, la entidad de los recursos utilizados y la importancia general de las tareas desempeñadas confirma su importancia y entonces se caerá en el lado opuesto: el de la atracción al régimen para-público (la llamada «administrativización») y a la influencia política del sistema institucional.

Si todo esto tiene algún fundamento, entonces está claro que una parte significativa y quizá decisiva del partido se juega en este terreno y que el arraigo definitivo de las Fundaciones o la amenaza de un grave debilitamiento de estas irá al unísono con la valorización del llamado *segundo Welfare* (véase Maurizio Ferrera) en lugar de la categórica y brutal contracción del primero; con la asociación entre público, privado e inversores institucionales para la realización de grandes infraestructuras en lugar de la drástica reducción de la realización, solo por parte de lo público, de estas últimas; y con el cambio de opinión deseado desde hace tiempo en el plano legislativo del régimen general de las personas jurídicas (libro I, título II, capítulo II, del Código Civil italiano), de la nueva categoría de los «bienes comunes» además de los públicos y privados, del redescubrimiento de las prestaciones privadas en el interés colectivo que acompañaron en otros períodos a derechos colectivos y deberes y prestaciones cívicas y podrían apoyar actualmente declinaciones inéditas, incluso en términos de obligatoriedad jurídicamente apreciable de las relaciones de ciudadanía.

Son aspectos muy distintos entre sí, ciertamente, pero que hunden sus raíces en un terreno común, del que sería oportuno extraer una indicación importante, esto es, que la pluralidad y la profundidad de correlaciones que acabamos de citar sugieren como sede natural de la regulación que concierne a estos sujetos y, por lo tanto, también a las Fundaciones, la ya mencionada normativa general del Código Civil italiano, sin insistir en regímenes especiales que, precisamente por ser tales, dejan abierto constantemente el camino a soluciones en sentido opuesto o, en cualquier caso, ajenas a estas realidades y a estos valores.

2. Governance y régimen institucional

Ahora podemos afrontar de una forma más fácil la *segunda variable determinante*, esto es, la *governance* y la *preparación del régimen de las Fundaciones*. Si los rasgos principales —es decir, la autonomía, la «terciedad» y la persecución del objetivo del desarrollo social de las propias colectividades— ya se han alcanzado, la experiencia demuestra que su declinación más específica requiere esfuerzos adicionales. Sabiendo que su legitimación se plantea sobre ésta, es decir, el reconocimiento de la naturaleza y de la importancia de las tareas asig-

nadas y la capacidad —en términos de credibilidad intrínseca y de operatividad concreta— para desempeñarlas de forma adecuada.

Sobre estos aspectos, basándonos en la experiencia y en los casos recientes en los que se ha concentrado la atención a menudo crítica de la opinión pública, los elementos que hay que considerar especialmente son la *governance*, las formas de acción y la *accountability*. Para cada uno de ellos, como veremos enseguida, es probable que sea útil un marco unitario de posible referencia elaborado en sede nacional de forma conjunta por las Fundaciones, si bien es cierto que no son necesarias intervenciones legislativas específicas.

A) En cuanto al primero, la *governance* y, en particular, en cuanto a la composición de sus órganos, las posibles mejoras pasan sobre todo por sistemas de «filtro» capaces de asegurar, en la formación de los órganos, una valoración más precisa de la calidad personal, cultural y profesional de los candidatos presentados por los diferentes sujetos encargados de designarlos, así como de la correspondiente adecuación (en sentido amplio) a los sectores y a las demás áreas relevantes en las que operan las Fundaciones. Un perfil siempre delicado, pero que lo es especialmente para las Fundaciones de carácter institucional precisamente por el hecho de ser, *enteramente*, expresión de las distintas articulaciones de la sociedad (universidades, diócesis, academias, cámaras de comercio, además de los órganos territoriales), mientras que en las de base asociativa una parte importante de los nombramientos está reservada a la junta correspondiente.

Las soluciones son varias —listas, ternas o grupos entre los que el consejo saliente elige—, en muchos casos ya presentes en los estatutos, a las que habría que añadir la necesidad de un período intermedio (no inferior, por ejemplo, a dos años) entre el cese de cargos políticos electivos (especialmente locales) y la posibilidad de ser designados.

Pero independientemente de cuál sea la modalidad elegida, deben evitarse, en cualquier caso, hipótesis de designaciones «categóricas», efectuadas por cualquiera, para las que no se puedan efectuar las comprobaciones mencionadas conforme a criterios objetivos y predeterminados. Lo cual, naturalmente, exige la puesta a punto de parámetros cuyo cotejo, en términos de calidad (personal, cultural y profesional) y de adecuación (a las áreas de intervención de la Fundación), podría imaginarse asignado a una sede de especial prestigio e independencia con la misión de verificar que se reúnen los requisitos exigidos para las candidaturas.

De esta forma, sería más fácil plantear también la cuestión de los nombramientos en las entidades participadas, bien sea porque concretamente la cali-

dad de los administradores de las Fundaciones es la premisa para la de sus representantes en los bancos, o bien porque conceptualmente sería singular para las Fundaciones no aplicar a las candidaturas en los órganos ajenos lo que se exige para las candidaturas destinadas a sus propios consejos.

Se trata, naturalmente, de elementos sobre los que deberíamos profundizar considerando el objetivo principal, es decir, la mayor *representatividad* posible del órgano directivo de las Fundaciones, lo que, por un lado, excluye formas y lógicas típicas de la representación, tal y como ya dispone la ley, y, por otro, puede legitimar el recurrir eventualmente a cooptaciones con las que asegurar la expresión de realidades significativas y, de lo contrario, ausentes.

Habría que verificar, además, si la experiencia, no siempre unívoca, de las juntas en las fundaciones con base asociativa también puede ofrecer indicaciones interesantes para las denominadas «institucionales», en términos de disponibilidad de experiencias culturales y profesionales. Esta hipótesis puede igualmente merecer ser valorada, considerando, sin embargo, que la verdadera y auténtica réplica por vía estatutaria de dicha solución y la previsión de una cuota de designaciones para el consejo directivo y para las Fundaciones no asociativas probablemente encontraría, aparte de resistencias previsibles por parte de las entidades encargadas actualmente de las designaciones, dificultades nada desdeñables desde el punto de vista estrictamente jurídico ⁹.

Por último, existe otro aspecto que cabe destacar, el de la oportunidad de asegurar, en el momento de la renovación de los órganos de las Fundaciones, modalidades de renovación idóneas para asegurar un cambio gradual sin el riesgo de discontinuidades imprevistas y cambios repentinos.

Es oportuno aclarar, en aras de evitar cualquier equívoco que siempre puede surgir al abordar estos terrenos, que no pretendemos debatir la prohibición, totalmente comprensible, de superar los dos mandatos consecutivos. La cuestión es otra, y se refiere al caso bastante frecuente de vencimiento (y, por lo tanto, de renovación) contextual de *todos* los órganos de la Fundación (consejo directivo, consejo de administración, presidencia), con la posibilidad, no solo teórica, del cambio total de los componentes.

Las implicaciones que se desprenden de las direcciones generales de las Fundaciones en distintos frentes, concretamente, en las sociedades participadas

⁹ La interpretación predominante del artículo 4.1 del Decreto Legislativo 153/1999, según la cual el gobierno corporativo de las Fundaciones ha de considerarse limitado solamente al Consejo Directivo, al Consejo de Administración y al Presidente, se sustenta precisamente en el hecho de que respecto al esquema «cerrado» de la letra a) del mismo apartado el mantenimiento de la junta está previsto como mera facultad adicional solo para las Fundaciones asociativas (letra d).

y en los proyectos más complejos destinados a los territorios y la objetiva utilidad de asegurar a los recién llegados una socialización adecuada a los distintos aspectos de la realidad de las Fundaciones, sugieren valorar atentamente algunas modalidades, como el «desfase» de la renovación entre los distintos órganos, el cambio parcial interno (por ejemplo, 1/3 de los componentes) o la participación preferente en un órgano (por ejemplo, el consejo directivo) al preparar la composición de otro (por ejemplo, la presidencia o el consejo de administración), que podrían facilitar el cambio evitando discontinuidades desafortunadas. Todo ello, conviene ratificarlo, respetando el vínculo de los dos mandatos.

B) El marco de las *modalidades de acción*, es decir, del segundo de los elementos en los que hay que concentrarse con una atención especial, también es muy complicado.

Por una parte, y en particular para todo lo que concierne a las actividades previa demanda, hoy ya podemos contar con una amplia experiencia y en vías de completarse, salvo las especificaciones que mencionaremos: formas de publicidad, anuncios, tramitaciones, procesos de selección, comprobaciones durante la obra y controles *ex post* del proceso y del producto, balances de misión, etc., son ya prácticas adquiridas y ejercidas concretamente, si bien aún es posible más de una mejora ¹⁰.

Por lo tanto, en estos aspectos, las exigencias de «dar cuenta» de la propia labor parecen en gran parte satisfechas o cerca de serlo, aunque se queden todavía en la etapa preliminar las evaluaciones de eficacia y de resultado, bastante más complejas y, en cualquier caso, vinculadas a la recogida de datos y puesta a punto de métodos que solamente pueden alcanzar un grado de solidez utilizable en el tiempo.

En otros aspectos, en cambio, considerando el conjunto de las Fundaciones, los pasos que hay que seguir parecen todavía consistentes.

Nos referimos a la delicada, y decisiva, fase de lectura de las realidades territoriales para reconstruir sus necesidades: especialmente, aquellas tan profundas y débiles (ambos conceptos a menudo están relacionados) que no pueden

¹⁰ Es el caso de las modalidades de transparencia y de las formas de publicidad que, por algunos aspectos, véase por ejemplo la elección de empresas para la realización de obras o el suministro de servicios, tendría también que extenderse contractualmente al destinatario privado de la concesión, para evitar la paradoja de la máxima «iluminación» sobre la labor *directa* de la Fundación (por otro lado, claramente minoritaria) que acaba ahí donde comienza la acción *indirecta*, esto es, la de aquellos que, aunque actúan con el apoyo a menudo determinante de esta última, no satisfacen ninguna exigencia de transparencia.

ni siquiera representarse en términos de «petición». También es un aspecto conceptualmente clave y lo es más todavía en el momento en que las Fundaciones, pasando del papel de simples proveedores al de «proponentes» activos de proyectos, incluidos proyectos complejos, reivindican legítimamente su propia capacidad autónoma de interpretar la realidad circundante, poniendo en tela de juicio la exclusividad en materia de instituciones públicas. No obstante, es igualmente evidente que reivindicar este papel también significa dar cuenta del motivo y de la forma en que se ha puesto la atención en algunos aspectos en lugar de en otros. Es un tema que las Fundaciones están planteándose cada vez más y que las principales ya están afrontando, concretamente, de distintos modos. Sin embargo, se trata de procesos institucionalmente delicados, técnicamente difíciles y también arduos en términos de costes, lo cual explica por qué en gran parte se está todavía en el estado embrionario.

Estrechamente relacionada con dicho perfil está la cuestión de las formas de «coordinación en base a la autonomía» que han de desarrollarse tanto dentro de la realidad de las Fundaciones, como de la cooperación horizontal, o en dimensiones más amplias (véanse las consultas regionales), como de enlace con las entidades locales territoriales. Se trata de un terreno particularmente delicado y no se ha dejado de señalar (véase anteriormente) los precios que pueden derivarse de ello sobre todo en relación con las administraciones públicas.

Pero se trata de un paso obligado: en términos sustanciales, porque es la inevitable implicación del papel pro-activo asumido por las Fundaciones con la adopción de programas propios de intervención y proyectos complejos que, precisamente, por ser tales y por las dimensiones contenidas de los territorios, están fácilmente destinados a cruzarse con las políticas públicas locales con implicaciones significativas; en términos formales, porque tanto el Decreto Legislativo 153/1999 como las sentencias de la *Corte Costituzionale* exigen que, en su actividad, las Fundaciones «aseguren, individualmente y en su conjunto, el empleo equilibrado de los recursos» (art. 2.2). Lo cual, si las Fundaciones no lo cumplen espontáneamente y de forma autónoma, podría legitimar para estos fines las formas de intervención pública.

Una solución de este tipo es ampliamente evitable y el camino para hacerlo está representado por las formas convencionales de colaboración en autonomía y en un plano paritario que se han emprendido en los últimos años [véanse los acuerdos triangulares, sobre una base regional, entre el *Ministero per i Beni e le Attività Culturali* (Mibac; Ministerio de Bienes y Actividades Culturales) —Región— y la asociación de las Fundaciones de principios de 2010], que no solo satisfacen estas exigencias garantizando la autonomía de cada una

de las fundaciones, subordinando la ejecutividad de los proyectos operativos a la suscripción de la fundación de referencia territorial, sino que también permiten, por esta vía, significativas concentraciones de recursos. Del mismo modo, y más concretamente concordando la utilización conjunta por parte de varias Fundaciones de acreditadas realidades científicas y profesionales necesarias en cada momento, podrán satisfacerse con costes más contenidos y, por lo tanto, practicables esas exigencias de análisis territorial, de identificación de necesidades o de peritaje sobre proyectos mencionados anteriormente.

Lo cual demuestra cómo también en este terreno el mejor modo de defender la autonomía es el de practicar la cooperación con las otras fundaciones y la confrontación, con estas premisas más fácilmente paritarias, con las entidades del gobierno local.

3. *Relación con los bancos participados*

El tercer aspecto que es necesario recalcar es el de la relación con los bancos participados: un elemento, como hemos visto, que ha de considerarse fisiológico en el caso de los bancos locales y abstractamente «eventual», pero concretamente «obligado» por un período de tiempo no breve, en los demás casos y, sobre todo, para las participaciones en los grandes grupos. Por estas razones, lo que indicaremos en esta parte puede aplicarse a *todas* las participaciones bancarias.

Los términos macro de la cuestión —que prácticamente no es necesario recordar— los constituyen los elementos y los principios que conciernen más en general a la gestión patrimonial de las Fundaciones (véase Mario Nuzzo) a la que nos remitimos.

Sin embargo, el debate de estas semanas ha planteado cuestiones específicas que afectan al papel de las Fundaciones y a su correspondiente legitimación y que van desde un mínimo —el tema habitual de los nombramientos o de los conflictos de intereses— a un máximo —la admisibilidad misma para las Fundaciones de participar en las entidades bancarias o la posibilidad de permanecer allí solamente a condición de esterilizar su calidad de accionistas—.

Por lo tanto, aquí nos limitaremos a enumerar las distintas hipótesis, advirtiendo que la indicación de los problemas, a menudo susceptible de ser compartida, ha ido acompañada frecuentemente en estas semanas de propuestas todavía muy genéricas y, en algún caso, ciertamente perjudiciales.

Respecto a los nombramientos en las entidades participadas, en principio no hay mucho que añadir a lo que ya se ha establecido, con pleno cumpli-

miento, en el ordenamiento vigente (requisitos de moralidad, etc.) ni a lo que antes se ha destacado respecto a los requisitos personales y profesionales de las designaciones *en las* Fundaciones, que también debe extenderse por las mismas razones a las designaciones realizadas *por las* mismas. Conviene reiterar que sería verdaderamente singular que las Fundaciones se abstuvieran de aplicar a las designaciones que estas llevan a cabo externamente, los criterios y las modalidades que exigen para las designaciones para sus propios órganos.

Dicho esto, es innegable que hay que ampliar y profundizar en el tema, baste pensar en la mayor intensidad que debe reconocerse al requisito de la adecuación o a la atención especial que ha de reservarse al tema del conflicto de intereses. La cuestión está en *cómo* hacerlo, porque esto condiciona en buena parte *qué es* lo que merece la pena hacerse.

Como subrayó enérgicamente el Presidente Guzzetti el pasado 28 de octubre, la intervención legislativa también se muestra en este caso o inútil o contraproducente. Inútil, porque las normas de la Autoridad de vigilancia ya afrontan el tema del empresario o del exponente empresarial titular de las relaciones con la Entidad bancaria y, sobre todo, porque la incompatibilidad que establece el Decreto Legislativo italiano 153/1999 entre la administración de las Fundaciones y la administración de las entidades participadas (art. 4, apartados 2-bis y 3) excluye de raíz la posibilidad de conflictos *directos*, es decir, con el mismo sujeto, mientras que descarta todas las demás hipótesis. Contraproducente, porque ampliar legislativamente el número de casos de incompatibilidad se traduciría fácilmente en la imprecisión de las previsiones, aumentando incertidumbres y contenciosos.

Más practicable y eficaz y, por lo tanto, decididamente preferible, resulta en cambio la elección de establecer en forma de autorregulación una serie de principios generales confiando su comprobación a una sede autónoma y con autoridad. Además, sería posible por esta vía introducir criterios e indicaciones idóneas para precisar y también ampliar eventualmente los requisitos para los nombramientos.

Para los nombramientos, por ejemplo, se podría pedir, en el momento de la candidatura para el nombramiento, que se suscribiera un compromiso contra la acumulación de mandatos: en sentido cuantitativo, para limitar su número, y cualitativo, para eliminar su contradictoriedad recíproca ¹¹.

¹¹ Este punto ha sido abordado por una normativa reciente de la Banca d'Italia. Por otra parte, con ocasión de la reciente *Giornata mondiale del risparmio* (Roma, 28 de octubre de 2010), el Gobernador de la Banca d'Italia, Mario Draghi, ha hecho también una posterior referencia, afirmando: «Las delicadas y específicas responsabilidades de los administradores y de los

Pero intentemos mirar más adelante. Si, como hemos dicho, la misión de las Fundaciones es de «utilidad social», no sería impropio pedir a sus representantes que, al cumplir sus obligaciones de administradores en las entidades bancarias, consideren *también* los valores de los cuales las Fundaciones son la expresión y, en cualquier caso, que se distancien de las decisiones que los perjudiquen inequívocamente.

Nadie pretende menospreciar el carácter delicado del problema, que va desde los límites establecidos por el derecho societario a las obligaciones del accionista hasta el terreno no siempre sólido ni compartido de la ética en la economía o de la responsabilidad social de la empresa, pero la cuestión no se puede pasar por alto. Baste pensar, por limitarnos a un aspecto específico y a una dimensión familiar para más de una Fundación, en el recurso extendido en los pasados años a prácticas comerciales y financieras particularmente agresivas con sus clientes, privados y públicos, que ha provocado en los territorios situaciones difíciles no pocas veces referidas, a doble título también a las propias Fundaciones, a veces reprochándoles el desconocimiento y que actúen como accionistas desatentos, y otras lo contrario, es decir, el compartirlo y que actúen como accionistas (demasiado) interesados.

La prohibición de participar en la gestión, que claramente está reservada a otros, no excluye que, en los momentos y en las ocasiones destinadas a ello, las Fundaciones expresen sus propias sensibilidades hacia valores que, para entidades dedicadas a la utilidad social y al desarrollo de su propio territorio, pueden considerarse ciertamente como una parte (tampoco desdeñable) del diviendo.

Por lo demás, el debate de las pasadas semanas, prescindiendo de algún curioso furor ideológico de algunos académicos y columnistas, resulta todavía abstracto y las soluciones sugeridas son, a veces, peores que el mal señalado.

Se ha hablado, por ejemplo, de «esterilizar» los poderes que corresponderían a las fundaciones en su papel de accionistas o convirtiéndolos simplemente en «no ejercibles» o confiando el ejercicio de los mismos a un tercero intermediario. La primera solución no es en absoluto sencilla y probablemente se resolvería en un potente empuje a la financiación de la gestión patrimonial de los bancos; la segunda es íntima e irremediabilmente contradictoria, porque o bien el intermediario no ejerce ningún poder, y no se ve cómo puede cumplir ese cometido de «estabilizador» que las distintas Autoridades reconocen y pi-

componentes de los órganos de control de los bancos requieren un tiempo y una dedicación adecuados. Con este fin, es oportuno considerar la posibilidad de normas que limiten la multiplicación de cargos» (intervención, p. 10).

den a las participaciones de las Fundaciones, o bien los ejerce, y sería interesante saber en el interés de quién o en vista de qué, porque si este quién o este qué fuera la fundación sería un duplicado inútil; si se tratara de otros, sería legítimo saberlo...

Pero no vale la pena buscar todas las hipótesis planteadas en estos últimos tiempos, incluida la de la «salida forzosa», hasta que no se asocien a alguna articulación más y a algún *pathos* menos. A día de hoy, el camino más razonable, por ser al mismo tiempo eficaz y transitable, parece ser el que hemos esbozado aquí.

IV. Cómo: los instrumentos

Algunas indicaciones, para concluir, sobre cómo empezar a abordar todo esto. Ya se ha visto, en repetidas ocasiones, que no es necesario, e incluso parece desaconsejable, recurrir a la ley. Y esto no por presunción de autosuficiencia, sino por valoración específica de los problemas que se plantean y del contexto en el que se sitúan.

Es cierto que hay un argumento de base al que hay que referirse y que es que el profundo arraigo a valores constitucionales primarios realizado por la *Corte Costituzionale* en el 2003 y, especialmente, el hecho de resaltar el papel de la autonomía como garantía de las libertades sociales de las que las Fundaciones son expresión directa, requiere una cautela particular en la obra del legislador cuya intervención en estos casos cabe relacionarla con el presupuesto de la *necesidad*, es decir, con la tutela de otros intereses de igual o mayor relevancia no realizable de otra forma, y con la *proporcionalidad*, es decir, con limitaciones de la autonomía solamente si y en cuanto sean adecuadas y funcionales para la consecución del resultado.

En cualquier caso, aquí la intervención legislativa es desaconsejable también por motivos específicos, porque las innovaciones que han de introducirse, si son generales y para todo el sistema de las Fundaciones, pueden ser asumidas voluntariamente también a través de una reglamentación suscrita por todas las Fundaciones y, por lo tanto, destinada a ser válida a escala nacional: si, en cambio, como sucede casi siempre, exigen una amplia articulación y diferenciación para tener en cuenta unos factores recordados varias veces (naturaleza, dimensiones, contexto territorial, etc.), el instrumento legislativo se muestra, por su necesaria generalidad, completamente impracticable.

En este estado de cosas, la vía principal para abordar la mayor parte de los temas a los que nos hemos referido es, precisamente, la de la auto-regulación, cuya *ratio* es la de responder *en autonomía* a exigencias reconocidas como reales

anticipando en *self-restraint* lo que, en caso contrario, sería objeto de intervenciones externas que la experiencia demuestra que se hallan expuestas a riesgos de diversa naturaleza.

Una autorregulación «cuadro» y, por lo tanto, a escala nacional, con la suscripción libre de orientaciones y criterios de contenido general cuyo conjunto constituiría algo parecido a una «carta de las Fundaciones» dedicada a los principios generales en materia de *accountability* (ya de hecho ampliamente aceptados), de cooperación en autonomía y de las demás modalidades de acción que se han mencionado, así como de *governance* (criterios y parámetros para la valoración de las candidaturas en las fundaciones y en las entidades participadas; incompatibilidades, criterios de comportamiento, valores «éticos», etc.) incluida la activación de un organismo que goce de autoridad al que confiar la comprobación del cumplimiento de todo lo previsto.

Una regulación «marco» que, en cambio, para todo lo demás, empezando por la implantación concreta de los principios y de las indicaciones generales que hemos mencionado, ha de reservarse completamente a las formas de autorregulación de cada una de las fundaciones (estatutos, reglamentos), a los acuerdos entre estas últimas (invocando la capacidad de entidades científicas o estructuras técnicas a los que se recurre para tramitaciones, *expertise*, valoraciones técnicas), a acuerdos de sector con administraciones públicas y/u otros sujetos privados y, por último, a la puntual regulación convencional de obligaciones (de transparencia, de imparcialidad, etc.) trasladadas a los destinatarios de las financiaciones de las Fundaciones.

En conclusión, ni siquiera cabe destacar cuán indispensable es, al recorrer este camino, la firmeza de la dirección de la marcha y la flexibilidad de las opciones que se vayan adoptando en cada momento, que, naturalmente, habrán de comprobarse y preparar en función de la experiencia. Y, a estos efectos, las sedes asociativas son una referencia indispensable.

Con el convencimiento de que, frente a problemas de este alcance, está la autonomía de todos: pero el espacio para soluciones individuales, en realidad, es reducido; muy reducido.