



Generalitat de Catalunya
Departament de Justícia
Centre d'Estudis i Formació



ENTORN A L'ARTICLE 34 DE LA CONSTITUCIÓ ESPANYOLA
DE 1978

Miquel Billoch i Barceló
Director General de Dret i d'Entitats Jurídiques

Novembre, 1987

1988-89 Mil·lenari de Catalunya

INDEX

- I.- EL CONCEPTE QUE ENS DONA EL DRET CIVIL DE LA FUNDACIO PRIVADA.
- II.- LA REGULACIO NORMATIVA DE LA FUNDACIO A ESPANYA.
 - A).- Anterior a la Constitució de 1978
 - B).- Posterior a la Constitució de 1978
 - C).- Altres figures fundacionals
- III.- LA REGULACIO NORMATIVA DE LA FUNDACIO EN DRET COMPARAT.
 - Una distinció:
 - 1.- Règims legals que concedeixen total llibertat per a la creació de fundacions
 - 2.- Règims legals que estableixen un sistema de garantia
 - Una altra distinció
 - 1.- Règims de mínim control i intervenció per part dels poders públics.
 - 2.- Sistemes "de reconeixement"
 - 3.- El sistema britànic
 - 4.- El sistema dels Estats Units
- IV.- L'ATRIBUCIO DE VALOR CONSTITUCIONAL QUE AL DRET A FUNDAR HA FET LA CONTITUCIO ESPANYOLA DE 1978.
 - 1.- L'article 34 de la Constitució
 - 2.- La gènesi de l'article 34
- V.- LES CARACTERISTIQUES O TRETS ESSENCIALS DEL DRET CONSTI-TUCIONAL A FUNDAR, RECONEGUT EN L'ARTICLE 34 DE LA CONSTITUCIO DE 1978.
 - 1.- Es un dret públic subjectiu
 - 2.- Es un dret fonamental (reconegut en el Títol I de la Constitució)
 - 3.- El dret reconegut en l'article 34, ho és només per a fins d'interès general
 - 4.- La reserva de Llei
 - 5.- Es un dret fonamental reconegut en favor de les persones privades

VI.- ELS INSTRUMENTS DE PROTECCIO CONSTITUCIONAL AL DRET FONAMENTAL DE FUNDACIO.

1.- La reserva de Llei

- A).- Es reconeix el dret de fundació "d'acord amb la Llei"
- B).- El reconeixement del dret de fundació "vincula els poders públics"
- C).- La regulació del dret de fundar haurà de fer-se per "Llei ordinària"
- D).- La Llei que reguli el dret de fundació "haurà de respectar el seu contingut essencial"
 - a).- Es un dret concedit en favor de persones privades.
 - b).- Mitjançant l'exercici d'aquest dret es crea una persona jurídica diferenciada i distinta del fundador
 - c).- La fundació ha d'ésser per a finalitats d'interès general
 - d).- La dotació
 - e).- La inscripció en un Registre públic
 - f).- L'organització
 - g).- El control de l'activitat de la fundació-persona jurídica pels Poders públics
 - h).- La destinació dels béns sobrants en cas d'extinció de les fundacions

2.- El control constitucional

3.- El control atorgat en favor de la Jurisdicció Ordinària

VII.- LES FUNDACIONS IL.LICITES

ENTORN DE L'ARTICLE 34 DE LA CONSTITUCIO ESPANYOLA DEL 1978

Les persones que treballem il.lusionadament en el Protectorat sobre les Fundacions privades de la Generalitat de Catalunya, tot sovint per fonamentar una opinió jurídica particular -a més de la inevitable cita del precepte adient de la Llei de 3 de març de 1982 sobre fundacions privades, o del punt aplicable de la Instrucció d'organització i funcionament del Protectorat -acabem fent la nostra particular exegesi de l'article 34 que la Constitució espanyola del 1978 dedica a les fundacions. Si la discussió ens hi porta, acabem donant el nostre parer sobre aquest "dret i llibertat" que la Constitució dedica al dret de fundar en el Capítol Segon del Títol I, i a les diferències que cal desprendre dels diferents drets i llibertats fonamentals, segons que aquests vinguin situats dintre la Secció 1a. ("Dels drets fonamentals i de les llibertats públiques") o de la Secció 2a. ("Dels drets i deures dels ciutadans").

Amb ànim de continuar el nostre debat, em permeto fer unes reflexions sobre el dret de fundar que l'art. 34 de la Constitució espanyola del 1978 consagra com a dret constitucional i com a norma jurídica d'aplicació immediata.

El text de l'article 34 diu així (1):

"Article 34

1. Es reconeix el dret de fundació per a finalitats d'interès general, d'acord amb la llei.

2. Regirà també per a les fundacions el que es disposa en els apartats 2 i 4 de l'article 22."

I.- EL CONCEPTE QUE ENS DONA EL DRET CIVIL DE LA FUNDACIO PRIVADA.

Per copsar millor el que la Constitució espanyola del 1978 ha volgut fer en constitucionalitzar el dret a fundar, crec del tot necessari partir del concepte que el Dret civil ens dóna de la Fundació privada, atès que la Constitució recull essencialment un concepte encunyat per la tradició civilista.

Aquesta és la opinió dels autors civilistes, els quals assenyalen que la Constitució el que ha fet en l'art. 34 ha estat agafar un concepte elaborat, a partir de la tradició, per la civilística actual (2).

Però, com assenyalava GARRIDO FALLA, F.,(3) resulta curiós observar que, malgrat la claredat aparent amb què està redactat l'art. 35 del Codi Civil, la fundació com a persona jurídica constitueix una fórmula polèmica, tant pel que es refereix a la seva existència, com pel que fa a l'àmbit de la seva vigència, com també als mateixos límits de la seva capacitat jurídica.

L'acceptació i delimitació del concepte jurídic és, doncs, la conseqüència de la lluita amb una sèrie de dificultats, tant de caràcter tècnic com polític, que semblen oposar-se a la seva consagració.

GARRIDO FALLA s'ha referit a les dificultats tècnico-jurídiques que varen existir fins a arribar a la formulació de la teoria de la persona jurídica de base fundacional ("universitates bonorum") i a les dificultats de tipus polític, motivada per la lluita històrica contra les "mans mortes" i les vinculacions (4).

Però malgrat totes les dificultats que puguin existir per donar una definició de fundació, si diem que la Constitució el que ha fet és ~~resolir~~ ^{elaborar} un concepte de dret civil, el que no podem deixar de fer és donar el concepte del que s'entén per fundació en Dret Civil.

Per això, i seguint VILASECA i MARCET, J.M.,(5) direm que la fundació és un ens constituït per un patrimoni independent, destinat a la realització d'un fi lícit d'interès general -o sigui en profit de col·lectivitats indeterminades de persones-, degudament organitzat i havent-ne pres nota en el Registre corresponent.

Com observa l'autor, amb tal definició, pot donar-se per acabada la discussió doctrinal sobre si l'essència de la fundació radica en el patrimoni, en el fi o en l'organització, per dir que el negoci jurídic fundacional és complex, i està integrat per la concurrència dels tres elements indicats.

(1) La cita constitucional es fa al text de la Constitució espanyola del 1978, publicada en llengua catalana en el Boletín Oficial del Estado el dia 29 de desembre de 1978. Estimo obligada la cita, especialment per l'últim incís de l'apartat 1r. "d'acord amb la Llei", que tradueix la frase castellana "con arreglo a la Ley".

(2) LACRUZ BERDEJO, J.L., "Las fundaciones en la Constitución española de 1978". A.D.C., octubre-diciembre de 1983; pàg. 1455 i següents.

(3) GARRIDO FALLA, F., "Comentarios a la Constitución". Madrid, 1980, pàg. 433 i següents.

(4) GARRIDO FALLA, F., ob. cit., pàg. 434 i següents. En aquest sentit consulteu MALUQUER DE MOTES, C., "La fundación como persona jurídica en la codificación civil: de vinculación a persona (Estudio de un proceso)". Barcelona, 1983.

(5) VILASECA I MARCET, J.M. "Una ley de fundaciones privadas". R. J. de C., juliol-setembre de 1977; pàg. 565.

II.- LA REGULACIO NORMATIVA DE LA FUNDACIO A ESPANYA.

Com és sabut, l'única referència continguda en el Codi Civil sobre la fundació és donada per la seva conceptualització com a persona jurídica (art. 35 i següents). En esmentar aquesta institució, el Codi ens parla de "fundacions d'interès públic reconegudes per la llei". L'art. 35 no conté cap definició de la fundació, ni cap precisió del que ha d'entendre's per interès públic, ni el requisit d'haver d'ésser reconeguda per la llei.

La Compilació del Dret Civil de Navarra (Llei d'1 de març de 1978) conté majors precisions entorn de la figura de la fundació, en permetre crear fundacions "d'interès social evident" sense necessitat de cap autorització administrativa, fent falta, només, que el "fundador expressi la seva voluntat de conferir personalitat jurídica a la fundació en determinar el seu fi i assignar-li un patrimoni" (Lleis 44 a 47).

Com és sabut, a Espanya -abans de la Constitució- la figura de la fundació ha estat regulada per normes bàsicament administratives que han configurat, com diu MERINO MERCHAN J.L.(6) un dret "format en al.luvió", un dret "basat en normes civils i administratives", un dret "fiscaltitzat en un règim de competències administratives compartides" i "intervingut dins un sistema dual de tutela".

Tradicionalment les fonts jurídiques acostumen a citar-se per les dates de la seva publicació. Per això, en aquest sentit ens hi referirem establint l'enumeració següent:

A).- Anteriors a la Constitució de 1978

a).- Fundacions de beneficència particular.

Estan regulades pel Reial Decret i Instrucció de 14 de març de 1899, disposicions legals que durant molts anys han estat l'única font de Dret.

Aquestes dues disposicions bàsiques cal posar-les en relació amb la resta de normativa dictada sobre la beneficència, i que essencialment són: la "Ley de establecimiento general de beneficencia" de 23 de gener de 1822, la "Ley de organización de la beneficencia" de 20 de juny de 1849, i el Reial Decret de 27 de gener de 1885, pel qual s'aprova la Instrucció per a l'administració i el govern dels establiments de beneficència general.

Aquesta normativa ha estat completada per posterior i nombrosa regulació administrativa de detall (7).

b).- Fundacions d'ensenyament agrícola, pecuari o miner.

Estan regulades pel Reial Decret de 29 de juliol de 1924 i la Instrucció de 20 de juliol de 1926.

c).- Fundacions laborals.

Estan regulades pel Decret 446/1961, de 16 de març, i per l'Ordre de 25 de gener de 1962.

d).- Fundacions docents i culturals.

Estan regulades pel Decret 2930/1972, de 21 de juliol.

Disposicions administratives posteriors han separat els Protectorats, segons que les fundacions tinguin un caire més docent o més cultural.

B).- Posteriors a la Constitució de 1978.

a).- Fundacions privades catalanes.

Són regulades per la Llei 1/1982, de 3 de març, (modificada, en part, per la llei 21/1985, de 8 de novembre). El funcionament del Protectorat és regulat per la Instrucció segons Decret 37/1987, de 29 de gener, (que modifica el Decret 160/1982 de 27 de juliol).

b).- Fundacions d'interès gallec.

Són regulades per la Llei 7/1983, de 22 de juny. El funcionament del Protectorat el regula el Decret 193/1984, de 6 de setembre.

C).- Altres figures fundacionals.

.- Fundacions estrangeres.- Segons la doctrina d'autors (8) la fundació estrangera constituïda segons la seva llei nacional pot, per aquest sol fet, considerar-se existent per gaudir de drets a Espanya.

Les fundacions estrangeres són regulades pel Reglament de Fundacions Culturals Privades de 21 de juliol de 1972, el qual, en els arts. 89 i 90 ordena la seva inscripció en el Registre que crea l'esmentat Reglament.

.- Fundacions canòniques.- El vigent Codi de Dret Canònic, de 25 de gener de 1983, regula les fundacions canòniques en el canó 115 i concordants.

Per consegüent, l'Església Catòlica pot constituir fundacions canòniques que tindran civilment reconeguda la seva personalitat, de conformitat amb l'Acord sobre assumptes jurídics celebrat el 3 de gener de 1979 entre la Santa Seu i el Govern espanyol. (Ratificat per Instrument de 4 de desembre de 1979. BOE de 15 de desembre).

Les fundacions erigides canònicament adquiriran personalitat jurídica civil, mitjançant inscripció en el Registre d'Entitats Religioses, del Ministeri de Justícia, segons el Reial Decret 589/1984, de 8 de febrer.

(6) MERINO MERCHAN, J.L., "Comentarios a la Constitución española de 1978" dirigits per Oscar Alzaga Villaamil, T.III; pàg. 449 i seqüents).

(7) Per conèixer la multiplicitat de disposicions administratives, és de cita obligada l'obra de BADENES GASSET, R., "Las fundaciones de Derecho privado". Barcelona, 1986; 2 toms.

(8) TRIAS Y GIRO, "Personas jurídicas extranjeras de fin no utilitario, según el Derecho español". Revista de Derecho Privado, gener 1915.

III.- LA REGULACIO NORMATIVA DE LA FUNDACIO EN EL DRET COMPARTAT

La creació i funcionament de les fundacions és un fenomen universal i està pràcticament a tots els països del món, amb la sola excepció dels països d'economia d'Estat.

Però la regulació normativa -civil o administrativa- dels diferents països, és força diferent, disparitat atribuïble tant a raons històriques, com a raons pròpies del sistema de l'ordenament jurídic.

Michel POMEY (9) estableix la divisió següent:

1.- Règims legals que concedeixen total llibertat per a la creació de fundacions.

Els països d'una tradició bàsicament liberal, s'inclinen a favor de la llibertat de creació de fundacions, dintre del marc d'una normativa general: Gran Bretanya, Holanda, Suïssa, Escandinàvia i Estats Units.

En els països de llibertat de creació de fundacions els requisits són mínims, com és l'acte de "incorporation" - com a totes les persones jurídiques- en el Registre (cas d'Estats Units), o l'enregistrament de la fundació al Registre de comerç (cas de Suïssa) o al registre central de fundacions (cas de Gran Bretanya) o al registre local de fundacions (cas d'Holanda).

L'acte de fundació i el estatuts estan subjectes a un nombre limitat de requisits.

En algun d'aquests països el funcionament de les fundacions està subjecte a un control de l'Administració (cas de Gran Bretanya); però en d'altres només poden ésser controlades judicialment si s'interposa una demanda davant els jutjats per part legitimada.

2.- Règims legals que estableixen un sistema de garanties.

Per contra, els països d'un fort intervencionisme estatal -com són els de l'Europa continental -, opten pel sistema del règim de garanties: Alemanya, Itàlia, França, etc. En aquests casos cal parlar de països de règim normatiu o de reglamentació. La creació d'una fundació no és lliure. Es necessari un acord especial de l'autoritat competent per constituir-la.

MERINO MERCHAN (10) i des del punt de vista de la intervenció que té l'administració pública al moment de la Constitució de la Fundació, estableix la distinció següent:

1.- Règims de mínim control i intervenció per part dels poders públics.

En algunes legislacions (Bèlgica i Holanda) manca una reglamentació sobre la matèria, la qual cosa no impedeix que la voluntat privada pugui crear fundacions, segons es dedueix de l'exegesi històrica de múltiples normes de dret positiu, per dret consuetudinari, i en virtut dels principis fonamentals que tutel·len el tràfic jurídic, la llibertat i l'activitat lliure de la persona. Precisament els sistemes que no tenen una regulació específica són el més liberals pel que fa al control i intervenció per part dels poders públics.

El sistema escandinau respon al principi absolut de l'autonomia de la voluntat, encara que amb la diferència respecte als països anteriorment citats (Bèlgica i Holanda) que el Dret escandinau reconeix en els seus respectius Còdis Civils la institució que s'examina, i per això, segons LEHER (11) fora de les persones jurídiques que tenen una finalitat econòmica o industrial, és permès de crear sense cap autorització una fundació mentre no hi hagi cap prescripció d'ordre públic.

També el règim suís s'adscriu al sistema de màxima liberalitat, encara que combinat amb un cert control de publicitat registral. En efecte, el Dret suís segueix el sistema de publicitat registral per a totes les societats organitzades corporativament amb excepció de les fundacions

eclesiàstiques i fundacions de família, les quals adquireixen llur personalitat des que elles manifesten en el seus estatuts la voluntat d'ésser organitzades corporativament.

2.- Sistemes "de reconeixement".

En aquests règims s'observa un major control per part dels poders públics. Sota aquesta tendència podríem incloure el règim italià i el portuguès.

El Codi Civil italià de 1942 estableix en l'article 12 que les fundacions i les altres institucions de caràcter privat adquireixen la personalitat jurídica mitjançant el reconeixement concedit per Decret del President de la República. El control es fa extensiu, en el Codi Civil italià, no solament a la vigilància sobre l'administració de la fundació, al nomenament i a la substitució dels administradors o dels representants, quan les disposicions contingudes en l'acte de la fundació fossin inadequades, sinó que fins i tot es poden anul·lar les deliberacions contràries a les normes imperatives, a l'acte de fundació, a l'ordre públic o als bons costums (art. 25). Així mateix, l'adquisició d'immobles i l'acceptació d'herències i donacions no tindran efecte sense l'autorització administrativa corresponent. Per altra part, en el Dret italià es combina el règim d'autorització amb el sistema de publicitat registral amb eficàcia merament declarativa i no constitutiva, encara que en l'article 35 es preveu una sanció penal de naturalesa pecuniària, per als administradors que no sol·licitin la inscripció prevista pels articles 33 i 34 en el termini i la forma prevista en el Codi Civil. El Codi Civil italià dedica a les fundacions els articles 12, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 22, 23, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34 i 35.

També el Codi Civil portuguès del 1967 segueix el sistema del "reconeixement administratiu", preceptuant en l'article 188 que no serà reconeguda la fundació la finalitat de la qual no sigui considerada d'interès social per Organisme competent, o quan els béns adscrits a la fundació siguin insuficients per a la consecució de la finalitat prevista i no hi hagi expectatives de superació de la insuficiència. Denegat el reconeixement, la institució queda sense cap efecte jurídic.

El Codi Civil alemany, en els articles 80 i 88, s'adhereix al sistema "d'aprovació". Per tal que una fundació tingui capacitat jurídica és necessari, a més del negoci fundacional, l'aprovació de l'Estat federat en el territori del qual hagi de tenir la seva seu la fundació, i si no ha de tenir-la en cap Estat federat, és necessària l'aprovació del Consell Federal. El grau de la intervenció administrativa a la República Federal Alemanya és tan ampli que si fos impossible realitzar la finalitat fundacional, o si aquesta perjudica l'interès públic, l'autoritat competent pot assenyalar una altra finalitat o suprimir-la. També aquesta autoritat pot modificar els estatuts d'una fundació en la mesura que ho consideri convenient, escoltant abans la directiva de la fundació.

3.- El sistema britànic.

El sistema britànic, com assenyala BADENES GASSET(12), ens ofereix una complexitat enorme. El sistema jurídic britànic exclou la noció de personalitat moral dels ens fundacionals, per tal com repugna a l'esperit del Dret anglès el concepte de persona ideal, titular de dret i obligacions, atès que aquest Dret es caracteritza per una activitat i una responsabilitat estrictament individuals.

El desenvolupament de les fundacions britàniques s'ha mogut entre la tendència del legislador a restringir la seva creació, en consideració als perills de les mans mortes, i la tendència dels tribunals a admetre àmpliament la validesa de les fundacions, amb el desig d'afavorir els organismes amb fins benèfics.

La moderna legislació sobre fundacions data de 1853, any que, per disposició legal, es recopilaren les disposicions anteriors, introduint-hi importants modificacions. L'anomenat Estatut d'Elisabeth, conté una llarga enumeració de finalitats fundacionals, que és considerada a Gran Bretanya com la definició legal de la fundació, a partir de la qual la jurisprudència ha elaborat la seva doctrina (13).

Les finalitats pròpies de les fundacions, atesa la manca de reconeixement de personalitat jurídica, s'aconsegueix a Gran Bretanya mitjançant l'ús de la institució del "trust".

El "trust" és una institució jurídica de dret privat i de caràcter essencialment fiduciari que permet a una primera persona ("settler" o "founder") transferir a una segona persona anomenada "trustee" (home de confiança) en profit d'una tercera persona ("beneficiary"). Si el "trust" s'institueix amb una finalitat d'interès privat, com pot ésser l'interès familiar, és a dir, si el beneficiari és un particular designat nominalment, s'haurà instituït un "private trust". Si la institució es fa amb una finalitat d'interès general ("public interest, common good"), és a dir, en benefici d'una col·lectivitat indeterminada, s'haurà instituït un "charitable trust", "charitable body", o simplement "a charity".

Una "charitable trust" pot ésser disposada per acte inter vivos ("gift by deed") -en el qual cas estarà subjecta a la "Mortmain et Charitable Uses Act" de 1888-, o per testament ("gift by will") i en aquest supòsit

estarà regulada per la "Mortmain et Charitable Uses" de 1891.

Les fundacions angleses, doncs, són administrades pel procediment jurídic del "trust", en el qual el fiduciari o home de confiança és plenament responsable dels actes com vertader propietari, però amb el deure de complir les obligacions que li foren imposades. El fiduciari pot ésser una persona física ("body of individual trustees") o una corporació.

La vigilància i control de les fundacions es porta a terme mitjançant òrgans de control que són semipúblics o semiprivats, però sempre tenen caràcter administratiu o judicial, i són els següents: "Visitors", "Charity Commission", els Tribunals i els "Official Custodian of Charities".

4.- El Sistema dels Estats Units.

Es als Estats Units on el dret de fundació ha trobat el seu desenvolupament més espectacular, perquè el principi de màxima liberalitat -fonament intrínsec del Dret nord-americà- no s'ha vist obstaculitzat per controls excessius, i perquè el propòsit de les fundacions no ha estat, normalment, la beneficència o posar remei als mals socials -finalitats habituals en les societats del vell continent- sinó prevenir, investigar i trobar solucions per al benestar de la humanitat. La nota característica és la llibertat d'acció de què gaudeixen les fundacions i la concepció activa i dinàmica del seu patrimoni.

Als Estats Units les fundacions gaudeixen de personalitat jurídica i es conceptuen com a "Corporations". Es regulen per disposicions normatives dels respectius Estats federals i estan sotmeses a llurs tribunals.

Per evitar alguns abusos les fundacions estan sotmeses a la "Tax Reform Act de 1969", del Parlament federal.

(9) POMEY, Michel "Traité des fondations d'utilité publique". París, 1980; pàg. 57 i ss.

(10) MERINO MERCHAN, J.L. "Comentarios a la Constitución Española de 1978", dirigits per O. Alzaga Villaamil. Madrid, 1983 . T. III, pàg. 444

(11) LEHER, "Elements de droit escandinave". París, 1901; pàg. 60 i seqüents.

(12) BADENES GASSET, R. "Las fundaciones de derecho privado". Barcelona, 1986; T.I., pàg. 280 i seqüents. També és d'obligada cita aquesta obra, entre altres coses, per a la resta de Dret Comparat: T.I., pàg. 249 i seqüents.

(13) Vegeu BADENES GASSET, ob. cit., T.I., pàg. 283 i seqüents.

IV.- L'ATRIBUCIO DE VALOR CONSTITUCIONAL QUE AL DRET A FUNDAR HA FET LA CONSTITUCIO ESPANYOLA DE 1978.

1.- L'article 34 de la Constitució.

El reconeixement constitucional que s'ha fet per l'article 34 de la Constitució espanyola de 1978, ha estat rebut entre els autors de maneres completament oposades.

Personalment em sembla que els autors "ius publicistes" s'han mostrat més aviat contraris al reconeixement del dret a fundar que fa la Constitució, mentre que els autors "ius privatistes" han mostrat la seva satisfacció i han escrit sobre l'encert del precepte, tot connectant-lo amb el que ells entenen que són els drets fonamentals de la persona.

Entre el "ius publicistes" pot citar-se, per exemple BASILE (14) el qual qualifica la norma de curiosa, d'escàs significat constitucional i que si bé atorga una protecció constitucional al dret de fundar, no es dispensa a aquest dret de fundar una tutela àmplia. En aquest mateix sentit pot citar-se DE ESTEBAN (15) el qual diu que pot considerar-se el dret a fundar com una subespècie del dret de propietat -consistent a reconèixer a les persones físiques o jurídiques la possibilitat d'adjudicar un patrimoni a una finalitat cultural, social, benèfica, etc.- tot manifestant que segons el seu parer ell hagués aconsellat la no constitucionalització d'aquest dret.

Malgrat tot, altres autors especialistes en Dret públic, com és GARRIDO FALLA (16) assenyalen que el fet que la Constitució hagi pres posició sobre el reconeixement d'aquest dret individual (del dret a fundar) té una importància política més gran de la que a simple vista pugui donar-se-li, i afegeix que es tracta d'una qüestió íntimament lligada a les concepcions dominants sobre la funció social de la propietat. Opinió d'un autor administrativista que cal tenir molt en compte, atès que ha estudiat en altres treballs l'acció administrativa sobre la beneficència particular i en especial sobre les fundacions, i té un ampli coneixement sobre el dret de fundació i sobre tota la qüestió de la desamortització i desvinculació a Espanya (17).

Contràriament, els autors "ius privatistes" mostren la seva satisfacció pel fet que la Constitució hagi recollit el dret a fundar.

MERINO MERCHAN (18) diu que la constitucionalització del dret de fundar constitueix una fita sense precedents en la legislació espanyola i en el Dret comparat. Assenyala que el reconeixement constitucional de qualsevol altre dret, per transcendent i important que sigui, no revesteix la singularitat específica que afecta el dret de fundació, atès que en poques institucions del Dret es dóna la circumstància que tenint un origen tan remot hagin tingut un reconeixement tan parcial i tardà, malgrat la seva difusió i haver prestat nobles serveis en favor de la cultura, de les arts i de les ciències. Al mateix temps es congratula que constitucionalment hagi quedat reflectit el concepte de persona jurídica que cal donar en favor de les entitats que tenen com a substrat la universalitat de coses ("universitates bonorum") fent camí així en la teoria de la persona jurídica (19).

En favor de la constitucionalització del dret a fundar es manifesta també LACRUZ BERDEJO (20) el qual posa de relleu, seguint amb el criteri d'autors alemanys i italians (21) que la fundació és pròpia d'una societat políticament pluralista i que les fundacions moren o porten una vida esmorteïda en els règims totalitaris. Li sembla lògic que la Constitució espanyola de 1978 hagi establert els preceptes continguts en el seu article 34, atès que en l'apartat 1 de l'article 1r., estableix com un dels valors superiors de l'ordenament jurídic, a més de la llibertat, el pluralisme polític. Assenyala que la revaluació constitucional del dret de fundació en les democràcies occidentals és particularment visible en les constitucions italiana i alemanya.(22).

LACRUZ, seguint amb el raonament en favor de la protecció constitucional a les persones jurídiques, afirma que la persona jurídica, com a síntesi d'aspiracions individuals i mitjà d'acció col·lectiva, és un fenomen consubstancial amb la vida humana del nostre temps, digne de protecció constitucional.

En aquest sentit abona la tesi de VALERO AGUNDEZ (23) quan manifesta que el caràcter estrictament tècnic-jurídic de la persona jurídica, no pot fer-nos oblidar que l'atorgament de la personalitat per l'Ordenament, no és més que un acte de configuració jurídica a una manifestació de la vida

social, perquè, independentment que l'atorqament de la personalitat jurídica dimani exclusivament del dret positiu, existeixen situacions i activitats en la vida social, en un moment prenORMATIU, a les quals el Dret ha d'acollir adequadament.

Aquesta defensa constitucional del dret de fundar, com a dret fonamental de la persona, enllaça amb la tradició dels autors que han tractat sobre la fundació, com és el cas de LOPEZ JACOISTE (24) el qual assenyala que el dret a crear fûndacions és una projecció concreta dels drets de la personalitat, ja que entre la gamma de llibertats més dignament expressives de l'esperit humà, en la seva consideració més profunda, ha d'incloure's, sens dubte, la de projectar amb eficàcia jurídica la pròpia voluntat, fins i tot després de la mort.

En igual sentit VILASECA i MARCET (25) diu que la realitat és que l'home, tot sol, no arribaria mai a dominar els mitjans necessaris per abastar totes les finalitats que necessita. I tampoc la vida de cada ésser humà no serà moltes vegades suficient per arribar-hi. Per això, el Dret considera, al costat d'uns fins individuals, uns altres fins supraindividuals o col·lectius. Així, els homes s'uneixen entre ells perquè sumant l'esforç de molts ~~ningú~~ aconseguir allò que cadascú per separat no podria. I el Dret ha de protegir aquestes agrupacions i reconèixer-los drets i deures, es a dir, constituir-los en persones jurídiques. D'una manera semblant, ha de personalitzar, ha d'atorgar la qualitat de persona a un patrimoni que s'adscriu a la realització dilatada d'una finalitat, amb independèn
cia de la durada de la vida humana i dels canvis de voluntat del fundador.

MERINO MERCHAN enllaça el dret constitucional de fundar amb altres preceptes constitucionals, volent extreure'n unes conseqüències límits. Així diu (26) que la consagració d'aquest dret fonamental al servei dels interessos generals de la comunitat, acaba de donar sentit a altres preceptes constitucionals, com són els relatius a l'accés a la cultura (art. 46), a la participació en el desenvolupament cultural (art. 48) i al reconeixement de la propietat privada i a l'herència (art. 33), i tot això sense comptar amb l'efecte benèfic-social de les fundacions en temes com la tercera edat (art. 50), l'atenció als disminuïts físics (art.49), la protecció a la salut i el

foment de l'esport (art. 39) i, en fi, a la formació professional (art. 40). Per això -diu l'autor citat- que en última instància el dret fonamental de fundar cal enquadrar-lo dintre dels principis de llibertat d'empresa (art. 38) i de subsidiarietat com un instrument al servei dels interessos públics generals en el món de la cultura, de l'art i de la ciència, en una economia de mercat.

2.- La gènesi de l'article 34

En l'Avantprojecte de Constitució, el dret de fundació apareixia com a dret fonamental en l'article 22, junt amb el dret d'associació.

Més tard, en l'Informe de la ponència, i en els textos de la Comissió i del Ple del Congrés de Diputats es donà un tractament autònom al dret de fundació, separant-lo del dret d'associació, en un apartat a l'article 22 dels respectius Dictàmens, sempre dins de la Secció Primera del Capítol II del Títol I, amb la qual cosa el dret a fundar era dels especialment protegits pel procediment de preferència i sumarietat davant dels Tribunals ordinaris, i a través del recurs d'empara davant del Tribunal Constitucional (els recursos previstos en l'art. 53 de la Constitució).

Passat el text al Senat, per part del Dictamen de la Comissió Constitucional i del Ple del Senat es produeix una doble modificació. D'una banda, es trasllada el dret de fundació a un nou precepte -el vigent art. 34 de la Constitució- pel qual es reconeix el dret de fundació, però tot ubicant-lo en la Secció segona del mateix Capítol ("Dels drets i deures dels ciutadans"), rúbrica sota la qual es recullen aquells drets i llibertats que gaudint de la garantia de la reserva de llei, no estan sota la protecció jurisdiccional del dret d'empara i del procediment de preferència i sumarietat. D'altra banda, en els Dictàmens del Senat s'afegeix al dret de fundar una especificació concreta: " per a fins d'interés general". Aquesta última qualificació cal estimar-la totalment encertada.

Les modificacions introduïdes pel Senat són acceptades íntegrament per la Comissió mixta Congrés-Senat i el text definitiu de l'article 34 és aprovat per les Corts Plenàries del Congrés i del Senat celebrades el 31 d'octubre de 1978, text definitiu de la Constitució espanyola del 1978. (27).

L'examen del "iter legislatiu" de l'article 34 no és balder, ja que ens il·lustra sobre els trets essencials del dret constitucional de fundar, tal com ha quedat recollit en la Constitució espanyola de 1978.

(14) BASILE, Silvio a l'obra d'A. PREDIERE, E.G. DE ENTERRIA i d'altres, "La Constitución española de 1978". Madrid, 1981; pàg. 315.

(15) DE ESTEBAN, J, a l'obra de Jorge DE ESTEBAN i Luís LOPEZ GUERRA, amb la col·laboració de Joaquín GARCIA MORRILLO i Pablo PEREZ TREMPs, "El Régimen Constitucional Español". Barcelona, 1980. T. I., pàg. 196.

(16) GARRIDO FALLA, Fernando i d'altres, "Comentarios a la Constitución". Madrid, 1980; pàg. 433 i seqüents.

(17) La legislació bàsica sobre la desamortització a Espanya es pot trobar reunida, amb una introducció de Teodoro Martín al llibre "La Desamortización, Textos político-jurídicos". Madrid, 1973 (Narcea S. A. de Ediciones). Vegeu també, l'obra de TOMAS y VALIENTE, F, "El marco político de la desamortización en España". Barcelona, ed. Ariel, 1983.

(18) MERINO MERCHAN ob. cit., pàg. 435

(19) En relació amb la teoria de la persona jurídica, és cita obligada: FERRARA, F., "Teoria delle persone giuridiche". Napoli, 1923 (traducció castellana. Madrid, 1929); GIERKE, "Deutsches Privatrecht". Leipzig 1815-1917; OERTMANN, "Introducción al Derecho Civil (traducció castellana. Barcelona 1933); GALGANO, F, "Delle persone giuridiche" Art. 11-35. "Comentario al Codice Civile a cura de Scialoja-Branca. Bologna-Roma, 1969; i CASTRO Y BRAVO, F. DE, "Formación y deformación del concepto de persona jurídica. Notas preliminares para el estudio de la persona jurídica", i "La persona jurídica". Ambdós treballs apareixen reunits al llibre "La persona jurídica". Madrid, 1981.

Una bibliografia més detallada fou publicada al llibre "Fundacions Privades Catalanes". Barcelona, Generalitat de Catalunya, 1984.

(20) LACRUZ BERDEJO, J.L., "Las fundaciones en la Constitución española de 1978", a A.D.C., octubre-desembre 1983; pàg 1455.

(21) DUDEN I RESGIGNO. Vegeu el treball citat del professor LACRUZ BERDEJO.

(22).L'article 2 de la Constitució de la República Italiana diu: "La República reconeix i garanteix els drets inviolables de l'home, ja sigui físicament, ja sigui en les formacions socials en les quals es desenvolupa la seva personalitat, i reclama el compliment dels deures inderogables de solidaritat política, econòmica i social".

I la Llei Fonamental de la República Federal d'Alemanya, estableix en l'art. 10 (Restricció dels drets fonamentals):

"1.- Quan d'acord amb la present Llei Fonamental un dret fonamental pugui ser restringit per llei o en virtut d'una llei, aquesta haurà de tenir caràcter general i no ésser limitada a un cas concret . A més, haurà de citar el dret fonamental indicant l'article corresponent.

2.- En cap cas un dret fonamental no podrà ésser afectat en la seva essència.

3.- Els drets fonamentals regeixen també per a les persones jurídiques nacionals en tant que per la seva naturalesa els siguin aplicables.

4.- Tota persona els drets de la qual siguin vulnerats pel poder públic, podrà recórrer a la via judicial. Si no hi haqués cap altra jurisdicció competent per conèixer

del recurs, la via serà la dels tribunals ordinaris. Es vigent el que disposa l'article 10, incís 2, frase 2a."

(23) VALERO AGUNDEZ, "La fundación como forma de empresa". Valladolid, 1969; pàg. 12.

(24) LOPEZ JACOISTE "El derecho de fundaciones en España", V Coloquio sobre entidades sin fin lucrativo. Centro de Fundaciones, Madrid, 1978, pàg. 14.

(25) VILASECA I MARCET, J.M., "La fundació com a persona jurídica", en el llibre "Fundacions Privades Catalanes". Barcelona, 1984. Vegeu també els nombrosos treballs de l'autor a l'entorn de les fundacions en la bibliografia citada en aquest llibre.

(26) MERINO MERCHAN, ob. cit., pàg 460

(27) Sobre l'iter legislatiu de la Constitució de 1978 és de consulta obligada el llibre "Constitución Española. Trabajos parlamentarios". Cortes Generales, Servicio de Estudios y Publicaciones, edició preparada pel Lletrat FERNANDO SAIZ MORENO, Madrid, 4 toms.

Qualsevol dels Comentaris a la Constitució de 1978 dóna una referència de l'elaboració de l'article; per exemple GARRIDO FALLA, ob. cit.; pàg. 433. També els articles monogràfics sobre les fundacions acostumen a fer-ho: per exemple, LACRUZ BERDEJO, ob. cit.; pàg. 1458.

Resulta també interessant llegir les opinions que en tenen les persones que participaren en els debats; per exemple O. ALZAGA VILLAAMIL a "Comentario sistemático a la Constitución española de 1978". Madrid, 1978; pàg. 293 i Lorenzo MARTÍN RETORTILLO, "Materiales para una Constitución". Madrid, 1984; pàg. 183.

V.- LES CARACTERISTIQUES O TRETES ESSENCIALS DEL DRET CONSTITUCIONAL A FUNDAR, RECONEGUT EN L'ARTICLE 34 DE LA CONSTITUCIO DE 1978

1.- Es un dret públic subjectiu.

El que la Constitució espanyola de 1978 reconeix en l'art. 34 és el dret inalienable de tota persona a crear fundacions, sempre que aquestes serveixin els interessos generals de la comunitat, excloent, per tant, les de caràcter particular o familiar -que ja no estaven permeses, segons l'opinió civilista més acceptada (28) o aquelles altres que siguin il·lícites, per la remissió que el mateix art. 34 fa a l'apartat 2 de l'art. 22 de la Constitució-.

Aquest dret de fundació és un dret públic subjectiu, en el sentit que el Dret públic dóna a les relacions jurídiques existents entre l'Estat i els seus súbdits (29).

GARRIDO FALLA diu que la característica de l'Estat de Dret consisteix essencialment en una especial consideració de valor polític dels súbdits en tant que són portadors d'una sèrie de drets, l'existència dels quals postula en últim terme, necessàriament, una determinada forma d'organització estatal per protegir-los (30).

La constitucionalització del dret de fundar ha fet que aquest dret subjectiu passi a tenir a Espanya el rang de dret públic subjectiu, l'existència dels quals estimava JELLINEK que era el pressupost essencial del Dret públic modern, i per això, lligats indissolublement a la mateixa essència de l'Estat de Dret (31).

Es en aquest marc on cal situar el dret de fundació reconegut en la Constitució de 1978, dret que suposa un límit a l'actuació que tradicionalment tenia l'Administració Pública espanyola de reconèixer o no (i de classificar o no) les fundacions, actes que portaven a les fundacions a la inscripció en un Registre; però amb efectes jurídics no sempre constitutius de la personalitat jurídica de les fundacions (32).

2.- Es un dret fonamental (reconegut en el Títol I de la Constitució).

L'article 34 és una disposició que declara un dret constitucional fonamental, és a dir, una norma que protegeix la persona enfront del Poder de l'Estat i que és font immediata de drets, i no només garantia d'un àmbit de llibertat de l'individu. Com a dret fonamental es manifesta en el pla jurídic-polític com un valor superior al de la llei i oposable, en conseqüència, al legislador, sense oblidar el caràcter vinculant que té per als poders públics (33).

A més de "dret fonamental" cal considerar-lo també en la seva faceta dinàmica, que és el de "llibertat pública", que comportarà a més de protegir el dret a fundar (com el dret d'associació o el de reunió), el de la protecció de l'efecte aconseguit mitjançant l'acció de l'exercici del dret: la fundació creada. La fundació, com a resultat de l'exercici d'un dret fonamental, serà igualment protegida per la Constitució.

En l'aspecte material, la protecció constitucional de les associacions i de les fundacions no pareix tenir significat distint. Es tutela el dret d'associar-se i l'associació; es tutela igualment el dret a fundar i la fundació. Per a unes i altres valen igualment la reserva de llei i la necessitat de resolució judicial (no administrativa) per dissoldre-les o suspendre-les.

L'article 34 no simplement reconeix el "dret a fundar", sinó que reconeix com un valor jurídicament protegit les fundacions: les ja existents i les que en el futur es creïn, ja que no hi ha cap motiu per què l'eficàcia del precepte no hagi d'estendre's, a partir de la seva vigència, a totes les fundacions, actuals, pretèrites i futures (34).

3.- El dret reconegut en l'article 34, ho és només per a fins d'interès general.

Es obvi que el dret a fundar ha d'ésser només per a finalitats d'interès general.

Aquesta exigència constitucional significa, així mateix, la culminació d'un procés històric que acabà amb la vinculació de béns per interessos particulars; i que dóna lloc a la legislació desvinculadora i desamortitzadora (35).

Aquesta concreció que la Constitució fa per a les fundacions en l'article 34, arrenclera el text constitucional en el mateix sentit que ho féu en el seu moment el Codi Civil, en exigir en l'art. 35 "l'interès públic" com un dels requisits de la persona jurídica fundacional (36).

Per descomptat l'article 34, en parlar de fundacions, es refereix a les que ho són en el sentit tradicional de la paraula: l'acceptat pels arts. 35 i següents del Codi Civil. No es refereix a les anomenades fundacions públiques o de Dret públic, les quals més endavant esmentaré.

La Constitució va entendre tutelar la tradicional institució de Dret privat, com a corollari de la tutela constitucional de la personalitat, la individualitat, l'autonomia, i, en l'aspecte econòmic, la llibertat d'iniciativa privada de la persona i en cert sentit de la propietat. Tots ells són valors que la Constitució obliga a respectar encara que en distinta mesura uns i altres i amb distintes possibilitats d'intromissió del poder públic i de defensa del particular (37).

Per consegüent, la condició que la fundació sigui per a fins d'interès general, no és una tal condició, ni un "quid novum" afegit per la Constitució, sinó, segons la doctrina dominant, un element essencial a tota fundació. L'expressió "interès general" és molt àmplia i representa una especificació o aclariment de "l'interès públic" a què es refereix l'article 35 del Codi Civil. Serà interès general tot aquell que no és individual o de grup de persones determinades.

No són d'interès general les finalitats delictives o simplement immorals o contràries als bons costums (remissió de l'art. 34 de la C. a l'art. 22, referència que es fa per tal de posar de manifest un denominador comú entre associacions i fundacions).

Però cal subratllar o remarcar que la Constitució deixa una més gran llibertat al dret d'associar-se. L'associació no ha de perseguir un interès general. Les persones poden associar-se per a fins particulars, mentre no vulnerin l'apartat 2n. o la prohibició de l'apartat 5è. de l'art. 22 de la Constitució. Una associació pot tenir un objectiu indiferent, trivial, insignificant o absurd: l'ús de barba partida o vestit negre, per exemple, com assenyala LACRUZ.

La Constitució per a les fundacions exigeix quelcom més: la seva finalitat ha de representar un benefici (de qualsevol classe) per a la comunitat, per al col·lectiu dels seus ciutadans (38).

4.- La reserva de Llei.

L'article 34 de la Constitució estableix també en el primer apartat que el dret a fundar es portarà a terme "d'acord amb la llei".

Això no vol dir que mentre no s'hagi legislat pels Parlaments sobre aquest dret fonamental, aquest dret no és immediatament exercitable. L'ordenament constitucional és font directa de drets i obligacions i obliga els poders públics.

Tant la doctrina d'autors, com les repetides sentències del Tribunal Constitucional no deixen lloc per a dubtes. La Constitució és directament aplicable. (39)

Aquesta reserva de llei és un instrument de protecció constitucional establerta enfront de l'Administració pública. Tornaré sobre aquest aspecte en referir-me més endavant a la protecció constitucional dels drets i deures fonamentals.

5.- Es un dret fonamental reconegut en favor de les persones privades.

La ubicació de l'article 34 en el Títol I ("Dels drets i deures fonamentals") de la Constitució, demostra que és un dret i llibertat fonamental aplicable a les persones físiques o jurídiques- privades.

L'Estat i els ens públics poden afectar béns a fins d'interès general, però això no suposa de cap manera, pel seu règim jurídic, que aquestes "caixes especials" passin a ésser persones de Dret privat, subjectes al control administratiu del Protectorat, que és el que

caracteritza essencialment les fundacions en Dret espanyol.

Tornaré a referir-me a aquesta qüestió en parlar del contingut essencial del dret de fundar.

(28) CASTRO I BRAVO, F. de, "Sobre la pretendida validez de las fundaciones familiares". A.D.C., 1953, III; pàg. 623.

(29) GARRIDO FALLA, "Las tres crisis del Derecho público subjetivo", a "Estudios dedicados al profesor García Oviedo". Sevilla, 1954. Vol. 5, pàg. 176 i seqüents.

(30) GARRIDO FALLA, "Tratado de Derecho Administrativo", Madrid, 1980. Vol. I, pàg. 403.

(31) JELLINECK, "Sistema dei diritti subbietivi", traducció italiana, 1912; pàg. 11 i seqüents.

(32) Els efectes de la inscripció de les fundacions en un Registre públic en la legislació espanyola vigent abans de la Constitució de 1978, eren diferents segons el tipus de fundació, i la normativa legal per la qual hagués de registrar-se.

De manera molt sintètica cal assenyalar que en uns casos era una inscripció constitutiva, i en altres casos la no inscripció no era obstacle perquè la fundació neixés com a persona jurídica, malgrat que aquesta no inscripció la privava de gaudir dels beneficis processals i fiscals.

Així, cal manifestar:

a).- Que en el cas de les fundacions culturals privades, subjectes al Decret 2930/1972, de 21 de juliol, la inscripció en el Registre era requisit constitutiu de la personalitat jurídica (inscripció que no es podia portar a terme sense el "reconeixement" i "classificació" per Ordre del titular del Ministeri corresponent), tal com ho palesa sense cap dubte l'art. 83 del referit Reial Decret de 21 de juliol de 1972.

b).- Que en el cas de les altres fundacions privades, subjectes a les altres disposicions legals, el fet de la no inscripció a cap Registre, i el fet del no "reconeixement" i "classificació" no té efectes constitutius, ni priva la fundació d'adquirir personalitat jurídica. La fundació existirà per al món del Dret des del moment de la seva constitució. Com a màxim podrà mantenir-se que aquestes fundacions no gaudeixen de beneficis processals o fiscals (els beneficis fiscals, per no complir el requisit de "classificació" que expressament exigeixen les diferents Disposicions fiscals reguladores dels diferents impostos).

No existeix cap norma en què s'estableixi el valor constitutiu de la personalitat jurídica en favor de la fundació, derivat de l'acte administratiu de "reconeixement" i "classificació" ni en el Reial Decret i la Instrucció de 14 de març de 1899 (fundacions benèfiques), ni en el Reial Decret de 29 de juliol de 1924 (fundacions d'ensenyament agrícola, pecuari o miner), ni en el Decret 446/1961, de 16 de març (fundacions laborals).

Per contra, en primer lloc, la qüestió està resolta en Disposicions legals administratives dictades sobre fundacions. Així el Reial Decret de 17 de setembre de 1912 disposa en l'art. 9è. que les fundacions benèfico-docents constitueixen una personalitat jurídica "des del moment de la seva constitució", i afegeix, en l'article 10, que s'entendran constituïdes "des del moment de la seva constitució"; i afegeix, en l'article 10, que s'entendran constituïdes "des que per qualsevol mode s'acrediti la seva existència."

En segon lloc, la jurisprudència del Tribunal Suprem ha establert, en les sentències de 7 d'abril de 1920, i de 9 de febrer de 1948, la doctrina que cap article del Codi Civil no exigeix l'aprovació per l'Estat per a l'existència d'una fundació, requerint-se només una finalitat lícita i sense que tampoc faci falta l'autorització prèvia.

Vegeu en aquest sentit GARRIDO FALLA, F., "Comentarios a la Constitución"; pàg. 444; i "La acción administrativa sobre la beneficencia privada y en especial sobre las fundaciones de este carácter". Centenario de la ley del Notariado, Madrid, 1973. Sección 3a, Vol. IV, pàg. 372; BADENES GASSET, R., ob. cit. Barcelona, 1986; vol. I, pàg. 110; MADRUGA MENDEZ, J. "Consideraciones en torno a las fundaciones privadas de interés público" A.D.C., 1968; pàg. 413 i següents; GOMEZ FERRER MORENT, R., "Aspectos de la nueva regulación de las Fundaciones Culturales Privadas". R.A.P., 1973; pàg. 377 i següents; i MERINO MERCHAN, J.L., ob. cit. T III, pàg. 451.

(33) MERINO MERCHAN, ob. cit. T III, pàg. 460 i RUBIO LLORENTE, F., "La Constitución como fuente del Derecho" a l'obra "La Constitución española y las Fuentes del Derecho". I.E.F., Madrid, 1979. T.I., pàg. 64.

(34) LACRUZ BERDEJO, J.L., ob. cit.; pàg. 1460 i següents.

(35) GARRIDO FALLA, F., "Comentarios a la Constitución"; pàg. 441 i següents.

(36) GARRIDO FALLA, F., ob. cit. en darrer terme; pàg. 444.

(37) LACRUZ BERDEJO, J.L., ob. cit.; pàg. 1459.

(38) LACRUZ BERDEJO, J.L., ob. cit.; pàg. 1461 i següents.

(39) GARCIA DE ENTERRIA, E., "La Constitución como norma", a ADC, 1979; i en el seu llibre "La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional". Madrid, 3a. ed, 1985.

VI.- ELS INSTRUMENTS DE PROTECCIO CONSTITUCIONAL AL DRET FONAMENTAL DE FUNDACIO

1.- La reserva de Llei.

A.- Es reconeix el dret de fundació "d'acord amb la Llei".

Nò hi ha cap dubte que la frase "d'acord amb la Llei" l'única interpretació que admet és que la Constitució formula una reserva de Llei. Ja hem dit abans que la Constitució és una norma jurídica -la norma suprema- directament aplicable, i que per consegüent, seria totalment errat pensar que el dret fonamental a fundar no es pot exercitar mentre una llei ordinària no reguli l'exercici d'aquest dret i la persona jurídica de la fundació que es crearà. El dret constitucional a fundar és un dret immediatament exercitable, des de l'aprovació de la Constitució, i cal extreure'n les conseqüències següents:

a).- No es tracta d'un dret o principi programàtic buit de contingut o merament informador de la legislació o de la pràctica judicial.

b).- No necessita cap llei de desplegament per ésser invocat davant qualsevol instància civil o administrativa.

c).- Pot formar part de la doctrina legal de qualsevol sentència judicial o administrativa (40).

Tots els drets fonamentals regulats dintre el Capítol segon (del Títol I de la Constitució) estan afectes al principi de reserva de Llei establert en l'article 53 de la Constitució. I aquesta reserva de llei és imposada tant per als regulats en la Secció 1a. ("Dels drets fonamentals i de les llibertats públiques"), com per als regulats en la Secció 2a. ("Dels drets i deures dels ciutadans").

El que succeeix, com és sabut, és que els drets i les llibertats regulats en la Secció 1a., tenen una especial protecció tant pel que fa a la seva concreció normativa, com pel que fa a la seva defensa: la Constitució, d'una part,

teòricament reforça la reserva de Llei establint que la Llei haurà d'ésser orgànica -art. 81 de la Constitució- i d'altra part els tutela jurisdiccionalment pel "procediment basat en els principis de preferència i sumarietat" davant dels Tribunals ordinaris, i a través del "recurs d'empara" davant del Tribunal Constitucional -art. 53.2 de la Constitució.(41).

Ja hem vist anteriorment, en examinar l'iter legislatiu, que inicialment, en el text que es va debatre al Congrés dels Diputats, el dret a fundar estava situat en la Secció la., i que va ésser en la discussió en el Senat on el dret a fundar es configurà en el vigent art. 34, que va quedar ubicat en la Secció 2a.

Sembla clar, doncs, que el principi de reserva de Llei en el desplegament normatiu dels drets constitucionals, el que pretén és garantir els drets precisament enfront de l'administració i del legislador ordinari. En últim extrem enfront dels poders públics: prohibint al Poder Executiu que (en ús de les seves facultats de regulació administrativa) pugui ordenar els drets fonamentals, i manant al Poder legislatiu que ho faci.

B.- El reconeixement del dret de fundació "vincula els poders públics".

El títol de l'epígraf pot semblar una obvietat. Però al que vull referir-me és a un aspecte que enllaça amb l'apartat anterior i amb el que més endavant diré.

Si examinem novament l'apartat 1 de l'article 34 de la Constitució veurem que el reconeixement del dret a fundar, ho és "d'acord amb la Llei". Ja hem vist anteriorment, que aquesta expressió no pot tenir altre significat que el d'establir una reserva de Llei. Es del tot evident que els drets i llibertats del Capítol II (del Títol I) de la Constitució no són preceptes programàtics que esperin lleis de desplegament. Són invocables directament davant dels Tribunals de Justícia (de qualsevol ordre) i en la seva lletra i esperit pot fonamentar-se tant el "petitum" d'una demanda com la "ratio decidendi" d'una sentència judicial.

Doncs, podria argumentar-se dient que la frase "d'acord amb la llei" és sobrera i que podria haver-se

estalviat, atès el mandat establert en l'article 53.1 de la Constitució, pel qual tots els drets i llibertats regulats en el Capítol II només poden regular-se per Llei. O sigui, que podria dir-se que no té massa sentit la reserva de Llei establerta en l'art. 34.1 de la Constitució, si ja hi ha establerta una reserva de Llei amb caràcter general per als drets i llibertats en l'article 53.1.

La qüestió cau dintre la lògica, però a mi el que em sembla és que l'últim incís "d'acord amb la Llei" de l'article 34.1 de la C., el que vol és reforçar la vinculació que tenen els poders públics de garantir els drets i llibertats del Capítol II. En efecte, l'article 53.1 estableix que "els drets i llibertats reconeguts en el Capítol segon del present Títol vinculen tots els poders públics (42). Doncs, al meu entendre, l'incís "d'acord amb la Llei" de l'art. 34.1 de la Constitució és una doble remissió als dos preceptes essencials continguts en l'art. 53.1 de la Constitució: a).- El principi de reserva de Llei, i b).- El principi de vinculació dels poders públics pel que fa al dret fonamental de fundar.

Aquesta interpretació enllaçaria amb la remissió que l'apartat 2n. de l'art. 34 fa a l'art. 22 de la C.: supòsits d'il·legalitat de les fundacions.

Tal vegada caldria expressar-ho millor dient que a partir de la Constitució el dret fonamental a fundar és matèria jurídica reglada.

Penso que aquesta interpretació no és gens agosarada, si pensem que a Espanya -amb independència que puguin existir com a persones jurídiques fundacions no reconegudes, classificades o inscrites - el dret a constituir una fundació era considerat tradicionalment com una matèria administrativament discrecional.

En un país on la discrecionalitat administrativa era tan gran, tant en el moment del seu naixement com en la seva vida posterior (possibilitats administratives de dissolució, suspensió, fusió, etc.), voler establir que aquesta matèria passava a ésser reglada, era una declaració bàsica, essencial.

A partir de la Constitució ha d'entendre's que és matèria reqlada la constitució de la fundació (per l'apartat 1 de l'article 34), i que l'Administració ha perdut tota possibilitat d'atemptar contra la vida de la fundació (per la remissió que l'apartat 2 fa a l'article 22, en virtut del qual la suspensió i dissolució de les fundacions només podrà acordar-les la Jurisdicció ordinària).(43).

C.- La regulació del dret de fundar haurà de fer-se per "Llei ordinària".

Es un punt que no mereix major explicació. Tindrà totes les garanties de la reserva de Llei. Però en figurar l'art. 34 dintre la Secció 2a., del Capítol Segon, del Títol I, al dret de fundar no li és d'aplicació l'article 81 (que es refereix a les lleis orgàniques).

D.- La llei que reguli el dret de fundació "haurà de respectar el seu contingut essencial".

El precepte resulta de l'incís segon de l'apartat 1 de l'art. 53 de la Constitució, i ens situa davant aspectes interessants:

Si posem de costat l'article 22 i l'article 34 de la Constitució, veurem que en regular el dret d'associació la Constitució no hi afegeix l'incís " d'acord amb la Llei". D'això, cal desprendre'n unes conseqüències.

En primer lloc, si examinem novament l'incís " d'acord amb la Llei" de l'art. 34.1 de la C., es podria dir que una interpretació correcta del precepte ens ha de portar a dir que els poders públics (en aquest cas el Poder Legislatiu) tenen un camp més ampli per modalitzar les condicions dins les quals és lògic que s'exerciti el dret a fundar; circumstàncies especials condicionants que no es donen en la regulació del dret d'associació o d'altres drets i llibertats fonamentals (44).

Però, en segon lloc, aquest camp d'acció més extens del Poder legislatiu tindrà com a límit "el contingut essencial" del dret de fundar.

Quin és el contingut essencial del dret de fundar? Doncs el contingut que resulta de la tradició històrica i legislació espanyola relativa a les fundacions, i jo diria - fins i tot - el contingut que el Dret comparat ens mostra. Aquest contingut essencial, però, ha de tenir una base eminentment de dret civil, extreta a partir de la teoria de la persona jurídica, i de la classe de les d'universitat de béns.

Segons les opinions que crec més autoritzades, "el contingut essencial" del dret a fundar ha de recollir els aspectes següents:

a).- Es un dret concedit en favor de persones privades

Només les persones privades, físiques o jurídiques gaudeixen del dret de fundar.

El dret a fundar, per la seva col·locació dintre el Títol I de la Constitució, que es refereix als drets i deures fonamentals, és un dret fonamental aplicable només a persones privades, siguin físiques o jurídiques.

L'opinió dominant entre els autors es decanta per aquesta interpretació (45).

Creiem que aquest aspecte no és gens secundari, si es tenen en compte recents intents de persones regulades pel Dret públic de voler fundar, fins i tot amb flagrant infracció de l'article 1r. de la Llei 1/1982, de 3 de març, sobre fundacions privades catalanes.

b).-Mitjançant l'exercici d'aquest dret es crea una persona jurídica diferenciada i distinta del fundador.

L'enunciat no necessita major explicació. El règim jurídic espanyol atribueix a la fundació la consideració de persona jurídica de manera palesa en l'article 35 del Codi Civil.

L'ordenament jurídic espanyol no preveu, com en el cas italià, la figura de la fundació sense personalitat jurídica. (46).

La disposició legal, amb rang de llei, podrà determinar el moment exacte del naixement de la persona jurídica, i el moment en el qual els béns del seu patrimoni dotacional es desprenen del fundador i donen lloc al naixement de la personalitat jurídica.

c).- La fundació ha d'ésser per a finalitats d'interès general.

No hi ha dubte que aquest requisit forma part del contingut essencial de la fundació.

Ja ens hem referit anteriorment a aquest aspecte, i a la concreció que la Constitució ha fet de "l'interès públic" que establí el Codi Civil en l'art. 35.

Es un requisit absolutament lògic, sobre el qual hi ha acord unànim dels autors.

d).- La dotació

Es l'essència de la fundació, i és el tret diferenciador ("universitates bonorum") de la personalitat jurídica de la fundació enfront de les persones jurídiques de base associativa ("universitates personarum").

Tots els autors hi estan d'acord. Estimo innecessari estendre'm sobre el particular (47).

Em referiré només a una cita de futur d'una persona gran coneixedora de les fundacions i que ha tractat, en diferents estudis, repetides vegades el tema de les fundacions (48).

e).- La inscripció en un Registre públic.

Aquest aspecte pot semblar dubtós.

Malgrat tot, per mi no hi ha dubte que la inscripció en un Registre públic és un element essencial, per raó de la garantia que la inscripció dona, tant en favor de la persona jurídica que s'enregistra, com enfront de tercers. Es un element de seguretat jurídica.

Serà un element de garantia de la fundació. La tònica general del Dret modern és d'exigir l'enregistrament de les persones jurídiques, com a prova de la seva existència, com a garantia per a la pròpia persona i com a mesura de seguretat jurídica per als tercers.

El requisit d'enregistrament no es pot considerar una càrrega afegida a la persona jurídica, de la mateixa manera que no és una càrrega la inscripció del naixement d'una persona física al Registre Civil.

Ara bé, aquesta inscripció no pot ésser de cap manera discrecional, sinó totalment reglada, de manera que el Registre no puga denegar la inscripció si la fundació compleix els requisits essencials que estem examinant i que la Llei ha d'especificar.

Inscripció, doncs, obligatòria, però matèria absolutament reglada.

f).- L'organització.

Tota persona jurídica necessita comptar amb una intel·ligència i voluntat. Aquestes facultats de deliberació i de declaració de la voluntat només poden aconseguir-se a través de l'activitat d'unes persones físiques que constitueixin l'òrgan de presa de decisions i de declaració de voluntat.

Aquesta organització -que en la Fundació pren, tradicionalment, el nom de Patronat- cal conceptuar-la, també, com un dels elements que constitueixen el contingut essencial de la Fundació.

La Llei que reguli el dret constitucional a fundar haurà de regular, doncs, el Patronat, assenyalant la forma i manera de nomenar patrons i substituir-los, concretar les seves facultats i les garanties i controls a què cal sotmetre les decisions d'aquest òrgan.(49).

Encara que aquest punt és un dels més delicats que ha de desplegar la Llei, no hi ha dubte que la Llei ho ha de fer, però amb molta prudència, atès que en l'organització i funcionament de l'ens-fundació és on pot incidir més la voluntat del fundador com a acte essencial del dret de fundar (50).

g).- El control de l'activitat de la fundació-persona jurídica pels Poders públics.

Les fundacions a Espanya han estat objecte de control per part del Protectorat de l'Administració pública. En Dret comparat observem que també són objectes d'un control públic, més o menys accentuat.

Entenem que la Llei de desplegament del dret fonamental de fundar ha de regular aquestes facultats de control, i que aquestes facultats de supervisió dels Poders públics no solament no coarten el dret a fundar, sinó que el reforcen.

Però la facultat administrativa de control -el Protectorat- ha de tenir com a funció essencial garantir el compliment de la voluntat fundacional i, fora d'això, les seves facultats no poden ésser discrecionals sinó totalment reglades.

La llei haurà -per no vulnerar la Constitució- d'establir i diferenciar molt bé les facultats que sobre el compliment de la voluntat fundacional, i la seva suplència, correspondran al Protectorat, de tots els altres supòsits en què les qüestions hauran d'ésser sotmeses a la jurisdicció

ordinària, en especial pel que fa a la dissolució de la fundació o a la suspensió de les seves activitats, aspectes que constitucionalment són de la competència de la jurisdicció ordinària,

per la remissió que fa l'art. 34 al 22 de la Constitució.

h).- La destinació dels béns sobrants en cas d'extinció de les fundacions.

Si bé les fundacions neixen amb el desig de perennitat, la realitat ensenya que amb el transcurs del temps algunes finalitats poden resultar obsoletes, o reduir-se els seus cabals de manera que no es pugui portar a terme cap activitat.

Entenem que forma part del nucli essencial del dret a fundar que si una finalitat ha resultat de compliment impossible o difícil, que el Patronat, amb l'aprovació del Protectorat, pugui determinar altres activitats d'interès general i que si la vida de la fundació resulta impossible, en haver-se esgotat el patrimoni, que el Patronat, amb l'aprovació del Protectorat, pugui decidir l'extinció de la fundació, i que fins i tot el Protectorat ho pugui constatar d'ofici declarant, així, l'extinció de la fundació.

Però una correcta interpretació del dret de fundar ens ha de portar a la conclusió que els béns que formaven part de la dotació de la fundació no poden tornar al patrimoni del fundador o dels seus hereus. No hi pot haver reversió.

Aquests aspectes crec, també, que formen part integrant del contingut essencial del dret a fundar, i que la Llei de desenvolupament ha de regular-los.

2.- El control constitucional

La norma jurídica, amb rang de llei, que desplegui el dret fonamental a fundar, estarà subjecta al control de constitucionalitat dels seus preceptes concrets.

Aquest control podrà efectuar-se pel Tribunal Constitucional -mitjançant el recurs d'inconstitucionalitat o qüestió d'inconstitucionalitat (art. 161,1,a), primer incís i art. 163 de la Constitució)-, o pels Tribunals Ordinaris, mitjançant la declaració d'inconstitucionalitat d'una norma (art. 161,1, a), segon incís).

Fins al moment present no s'ha produït cap dels dos supòsits, des de la promulgació de la Constitució i des del desplegament legislatiu que s'ha portat a terme (Parlament català i Parlament Gallec: Llei 1/1982, de 3 de març, de fundacions privades i Llei 7/1983, de 22 de juny, de fundacions d'interès gallec).(51).

3.- El control atorgat en favor de la Jurisdicció Ordinària.

Finalment cal assenyalar, dins els instruments de protecció constitucional al dret fonamental de fundar, que queden reservats en favor de la jurisdicció ordinària els supòsits de dissolució de les fundacions i la suspensió de les seves activitats.

Fins al moment d'aprovar-se la Constitució, aquests supòsits eren competència de l'Administració, la qual n'havia fet un ús freqüent.

Tingui's en compte que el supòsit de la dissolució pot abraçar un camp ampli: no sola
ment l'extinció pròpiament dita, sinó la fusió, agregació, etc.

L'article 22 de la Constitució, en parlar de la Resolució judicial que disposi la dissolució de la fundació o la suspensió de les seves activitats afegeix que aquesta ha d'ésser "motivada". Creiem que la interpretació és òbvia. La resolució judicial ha d'ésser una sentència. No pot fer-se per qualsevol altra resolució de simple tràmit o de menor categoria.

Només en una sentència queden recollits els antecedents de fet i de Dret sobre la base dels quals el Jutge o Tribunal dicta la seva resolució; aspectes que són garanties per al justiciable i essència de les garanties judicials en un Estat de Dret.

-(40) MERINO MERCHAN, ob. cit.; pàg. 462.

(41) (Vegeu RUBIO LLORENTE, F. "La Constitución como fuente del Derecho", en l'obra citada. T. I., pàg. 47 i següents.

(42) La frase "vinculen tots els poders públics" també ha semblat sobrer, atès el que disposa l'article 9.1 de la Constitució. Penso que no ho és en absolut, seguint el que diu GARRIDO FALLA, F., "Comentarios a la Constitución", pàg. 581.

(43) N'hi ha prou d'examinar les disposicions normatives sobre fundacions anteriors a la Constitució per deduir l'absoluta discrecionalitat que tenia el Protectorat sobre el naixement, resolució, suspensió, etc... de les fundacions. GARRIDO FALLA, en el seus comentaris a la Constitució, es refereix a casos ben sucosos, especialment pàg. 445 i 446.

(44) Vegeu les paraules del Sr. ALZAGA VILLAAMIL al Diari de Sessions de la Comissió del Congrés, extractades per LACRUZ BERDEJO, ob. cit.; pàg. 1465 i citades per copsar el marge dins del qual ha de moure's el Poder Legislatiu en regular per llei el dret de fundar.

(45) En aquest sentit MERINO MERCHAN, J.L., ob. cit., pàg. 454; COSSIO DEL CORRAL, A. de, "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales". Madrid, 1978. T.I., pàg. 838; LACRUZ BERDEJO, J.L., ob. cit.; pàg. 1459 i següents; GARRIDO FALLA, F., ob. cit.; pàg. 434.

(46) ROCA i TRIAS, E., "La constitució de la fundació", a "Fundacions Privades Catalanes", Barcelona, 1984, pàg. 60.

(47) Basti com a única cita l'examen que sobre la transmissió a la fundació dels béns que componen la dotació fundacional i la seva eficàcia en la Llei de 3 de març de 1982, de Fundacions privades", Memòra inèdita per a l'obtenció del Grau de Llicenciatura a la Facultat de Dret, de la Universitat de Barcelona.

(48) Fins i tot algú creu que les fundacions del futur es constituïran sense uns capitals ni una dotació inicial pròpiament dita: per exemple les fundacions d'empresa, les de redistribució."

Cal situar la cita i no treure-la del seu context. Abans l'autor ha parlat a bastament de la necessitat de la dotació.

Vegeu VILASECA i MARCET, J.M., "Entorn de la legislació catalana sobre fundacions privades", a R. J. de C., núm. 1, 1983; pàg. 19.

Vegeu també l'aspecte de la dotació en profunditat a PUIG FERRIOL, L. "El patrimonio fundacional en la Ley de fundaciones catalanas". A.D.C., octubre-desembre 1983; pàg. 1641 i següents.

(49) VILASECA I MARCET, J.M., "Una ley de Fundaciones privadas", a R.J. de C., juliol-setembre 1977; pàg. 583 i següents.

(50) LACRUZ BERDEJO, J.L., ob. cit; pàg 1465.

(51) Pel que fa al Recurs d'inconstitucionalitat, si bé fou interposat contra la Llei catalana de 3 de març de 1982 per part del President del Govern Central, posteriorment se'n desistí; raó per la qual no s'ha produït cap declaració del Tribunal Constitucional, sobre aquesta Llei. I pel que fa a la declaració d'inconstitucionalitat

d'una norma per part de la jurisdicció ordinària, si bé en un recurs s'invocà la conculcació del dret fonamental, el Tribunal Suprem no arribà a considerar aquest dret fonamental, pel fet d'entendre que no s'havia de donar lloc al recurs de cassació interposat, per altres qüestions jurídiques.

Sentència del T. S. de 19 de gener de 1982. Pot trobar-se la sentència en el Boletín de Jurisprudencia Constitucional, núm. 16-17; pàg. 722.

VII.- LES FUNDACIONS IL.LICITES.

Per la referència que l'art. 34 de la Constitució fa a l'art. 22 només son il.legals les fundacions que persegueixin fins o utilitzin mitjans tipificats com a delicte.

Aquest precepte ens ha de fer pensar, una vegada més, que el dret a fundar ha passat a ésser matèria reglada, i que s'ha acabat amb les facultats discrecionals d'apreciació que tenia abans el Protectorat pel que feia al naixement i la vida de les fundacions (52).

D'altra banda, la doctrina ha posat de manifest que les fundacions que persegueixin fins o utilitzin mitjans tipificats com a delicte, més que il.legals, és que obren contra la llei, raó que justifica que es passi tant de culpa a la jurisdicció ordinària, i que aquesta pugui disposar la seva dissolució (53).

Però haurà d'ésser, també, l'autoritat judicial la que judiqui si una fundació està o no incursa en les causes assenyalades en l'apartat 2 de l'article 22 de la Constitució.

(52) GARRIDO FALLA, F., "Comentarios a la Constitución"; pàg. 446

(53) LACRUZ BERDEJO, J.L., ob.cit.; pàg. 1467.



LA REGULACIO NORMATIVA DE
LES FUNDACIONS PRIVADES
A CATALUNYA

PERE GARCIA DE MENDOZA I SENTENA
Cap del Servei de Fundacions
de la Generalitat de Catalunya

INTRODUCCIO

La Llei catalana de Fundacions Privades compleix enguany el cinquè aniversari.

La immensa majoria de juristes han reconegut que la Llei catalana de Fundacions Privades es una bona Llei i així ho han afirmat també moltes fundacions. Per la seva banda, el Protectorat recolza aquesta manifestació en la seva practica administrativa diària.

Es tracta d'una Llei que no s'ha envellit amb el transcurs d'aquests cinc anys i si ha assolit, en canvi, un notable grau de maduresa fins a tal punt que fins i tot ha servit de pauta per a l'elaboració d'altres lleis de fundacions privades, alguna de les quals es avui vigent en el territori de la seva Comunitat Autonòmica.

Després de cinc anys de vigència de la Llei, bo sera aturar-nos un moment a reflexionar, tot mirant enrera i posant l'esguard en el contingut i les característiques del text legal i en els principis informadors que li donen vida, perquè els uns i els altres romanen avui perfectament vàlids i eficaçment aplicables a les necessitats fundacionals de la nostra socie-



tat actual.

Aquest article fou publicat, en versió castellana, en el numero 4 de la Revista "Cuadernos de Acción Social".

A nivell estatal, aquest article només ofereix l'interès indirecte d'una aportació de dret comparat. En canvi, a nivell de Catalunya l'interès esdevé directe en tant que significa l'aplicació en el nostre país d'una normativa vigent i preceptiva. D'aquí la necessitat de la versió catalana.

I.- ANTECEDENTS

Per primera vegada en la història del constitucionalisme mundial, una constitució, la Constitució Espanyol de 1978, reconeix i recull a l'article 34 del seu text el dret a fundar, d'acord amb la llei i per a fins d'interès general. La mateixa Constitució, a l'article 53, estableix que l'efectivitat d'aquest dret només podrà ésser regulat per llei.

Per la seva banda, l'article 9.24 de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya, aprovat per la Llei Orgànica 4/1979, de 18 de desembre, disposa que la Generalitat de Catalunya té competència exclusiva en matèria de fundacions de caràcter docent, cultural, artístic, benèfic-assistencial i similars, que exerceixin principalment llurs funcions a Catalunya. I l'article 25.2 proclama que correspon a la Generalitat, en l'exercici de les seves competències exclusives, la potestat legislativa, la reglamentària i la funció executiva, inclosa la inspecció. A l'empara dels esmentats preceptes constitucionals i estatutaris, el Parlament de Catalunya aprovà la Llei 1/1982, de 3 de març, sobre fundacions privades.

L'aprovació de la Llei fou objecte de recurs d'inconstitucionalitat interposat pel Govern de l'Estat en data 9 de juny de 1982, que va ésser admès a tràmit per Proveïment del Tribunal Constitucional de data 23 de juny de 1982. La tesi sustentada pel recurrent es basava fonamentalment en el fet que la Generalitat de Catalunya no tenia competència, segons la Constitució, per regular aspectes de Dret Civil.



Aquest fet provocà la suspensió de la vigència de la Llei, acordada per Proveïment del mateix Tribunal de data 23 de juny de 1982.

Amb posterioritat, el Govern de l'Estat desistí del seu recurs, la qual cosa va provocar l'aixecament de la suspensió, mitjançant Acte de data 30 de novembre de 1982.

Així, doncs, Catalunya compta amb una Llei catalana de fundacions privades que regula aquesta matèria amb la mateixa eficàcia i major especificitat que el mateix Codi Civil espanyol, amb el qual manté una absoluta independència jeràrquica.

II.- PRINCIPIS INFORMADORS

Com ja assenyala la Llei 1/1982 a l'Exposició de Motius, la regulació de les fundacions privades per la Generalitat "és important, per raó de la gran tradició existent a Catalunya en matèria de fundacions i de la conveniència que, a l'hora d'implantació de l'autonomia catalana, una normativa adequada sigui un estímul suficient per a la dedicació de nous capitals privats a la realització de finalitats d'interès general que coadjuvin amb els poders públics catalans a la satisfacció de les necessitats generals de la comunitat".

I més endavant afegeix que "el concepte de fundació va evolucionant en tot el món, i manca una regulació legal que respongui a la concepció actual d'aquestes entitats d'acord amb les necessitat del moment".

D'aquí es desprenen clarament dues finalitats perseguides per la Llei.

D'una banda, salvar la llacuna legal en la regulació civil de les fundacions privades, que es limita a les genèriques i insuficients disposicions contingudes als articles 35 i 38 del Codi Civil i que, malgrat el mandat exprés, mai no foren desenvolupades a través de lleis especials.

D'altra banda, renovar i posar al dia, segons la concepció actual de les fundacions, la dispersa i fragmentària regulació administrativa en aquesta matèria, que s'evidencia com a



obsoleta i inadequada des del mateix moment que es promulga la Constitució Espanyola.

Els objectius perseguits per la Llei catalana de fundacions privades es canalitzen a través dels principis inspiradors següents:

1.- Principi de privacitat

La Llei atorga a la fundació la naturalesa jurídica d'institució de dret privat que resta sotmesa al control dels Poders Públics únicament en la mesura necessària per garantir l'acompliment de la voluntat fundacional i l'efectiva dedicació del patrimoni a les finalitats d'interès general que constitueixen l'objecte de l'activitat de la fundació.

Per això, el control administratiu del Protectorat es manifesta en forma d'aprovacions d'actes, com correspon a una entitat de dret privat. Les autoritzacions prèvies solament s'estableixen en evitació de qualsevol desviació perillosa en la inversió del patrimoni.

Ratifica aquesta criteri l'anul·lació ~~de la~~ potestat discrecional de l'Administració en l'acte d'inscripció. Per imperatiu legal, la inscripció és obligatòria i el Protectorat no podrà denegar-la si els documents s'ajusten a les disposicions de la Llei. Així, doncs, la inscripció és un acte reglat que no admet la més mínima discrecionalitat per part de l'Administració.

Com a normativa de dret privat, la Llei 1/1982 no necessita cap reglament general d'execució.

Això no obsta, evidentment, a la necessitat de reglamentar l'organització del Protectorat, òrgan de l'Administració sotmès en els seus actes al Dret Administratiu.

2.- Principi de respecte a la voluntat fundacional

Congruentment amb el principi de privacitat, la Llei concedeix una àmplia iniciativa a la voluntat fundacional, que només queda limitada per l'exigència, estrictament jurídica, de l'acompliment d'aquells preceptes que determinen les



característiques essencials de la fundació.

Així, la voluntat fundacional no pot impedir:

- a) Que els béns aportats pels fundadors, com també els procedents d'aportacions successives, se separin del patrimoni dels fundadors i aportants.
- b) Que els esmentats béns siguin dedicats, de forma permanent i exclusiva, a les finalitats d'interès general objecte de l'activitat de la fundació.
- c) Que quedi eliminada absolutament la possibilitat de qualsevol tipus de lucre privat.
- d) Que quedi eliminada absolutament la reversió d'aquells béns al patrimoni privat dels fundadors o aportadors o al dels seus hereus legítims.

3.- Principi d'unitat

El principi d'unitat es manifesta en dos vessants:

- a) Unitat normativa.- La regulació normativa de les fundacions privades és única per a totes elles, sigui quina sigui l'activitat fundacional a desenvolupar.

Amb això, s'abandona el criteri de classificació, que queda substituït pel criteri d'inscripció.

- b) Unitat de Protectorat.- S'estableix un Protectorat únic per a tota mena de fundacions privades, salvant d'aquesta manera, no tant la multiplicitat d'òrgans administratius existents a nivell estatal, sinó per sobre de tot la diversitat de criteris específics a aplicar per cadascun d'aquells òrgans en la seva tasca de protecció i tutela.

4.- Principi de gratuïtat

El principi de gratuïtat no vol dir que el servei per dur a terme l'activitat fundacional d'interès general hagi d'ésser necessàriament gratuït.



Aquest principi es manifesta en la prohibició expressa que els membres de l'òrgan de govern de les fundacions, és a dir, el patrons, percebin qualsevol tipus de retribució per l'exercici del seu càrrec, sens perjudici que puguin ésser reemborsats de les despeses, degudament justificades, que el dit exercici comporti.

El principi de gratuïtat està en perfecta connexió i és conseqüència directa de la naturalesa jurídica de la fundació com a entitat privada sense ànim de lucre.

5.- Principi de submissió a la jurisdicció ordinària

Cal distingir la fundació privada com a institució de dret privat i el Protectorat com a òrgan de l'Administració.

La fundació privada, com a institució, està sotmesa a la jurisdicció ordinària, especialment pel que fa a l'exigència de responsabilitat als òrgans de govern, és a dir, al Patronat i fins i tot en el que concerneix la imposició de mesures cautelars.

Pel que fa a les facultats del Protectorat, com a òrgan de l'Administració sotmès al Dret Administratiu, seran sempre fiscalitzables per la Jurisdicció Contenciosa Administrativa.

III.- CARACTERISTIQUES

A grans trets, les característiques de la regulació catalana de les fundacions privades poden resumir-se així:

1.-Àmbit.-

Per imposició competencial reflectida a l'article 9.24 de l'Estatut d'Autonomia, la Llei 1/1982 estableix un criteri de territorialitat que es manifesta en el lloc on s'exerceixen principalment les funcions, prescindint de la incidència d'altres variables com podrien ésser el domicili o la nacionalitat dels fundadors, la ubicació dels béns o drets que constitueixen el patrimoni, o el domicili dels beneficiaris.



No són, doncs, rellevants altres conceptes que no siguin estrictament el de l'exercici de l'activitat.

D'aquesta forma, la Llei estableix el seu àmbit d'actuació sobre aquelles fundacions privades que exerceixen principalment les seves funcions a Catalunya.

Paral·lelament al que s'ha exposat, la Llei obliga a establir el domicili a Catalunya, ja que seria incongruent un domicili exterior en relació a l'exercici de l'activitat.

2.- Matèria no regulada.-

Per manca de la naturalesa jurídica de fundació privada, queden excloses de la regulació legal les herències i llegats que no impliquin obligacions permanents.

3.- Constitució de les fundacions.-

La Llei atorga la personalitat jurídica a les fundacions en el moment precís que, de conformitat amb la mateixa Llei, hagin quedat vàlidament constituïdes.

El text legal afegeix que la fundació quedarà constituïda amb l'atorgament de la carta fundacional en escriptura pública, sempre que aquella s'inscriui en el Registre de Fundacions.

- a) Carta Fundacional.- Es el document que conté la declaració de voluntat fundacional, tant si el negoci jurídic es constitueix per acte "inter vivos" com per acte "mortis causa". Haurà de contenir, com a mínim, les circumstàncies personals dels fundadors; la voluntat de constituir una fundació privada; els estatuts que regularan el funcionament de la fundació; la dotació inicial de la fundació; i el nom de les persones que han d'integrar el Patronat.

La Llei exigeix la "forma ad solemnitatem", amb elevació a escriptura pública.

- b) Estatuts.- Es l'instrument que canalitza i fa possible



l'actuació del Patronat, dictant les "regles de joc" i establint la infraestructura necessària per al funcionament de la fundació. Els estatuts hauran de contenir, almenys, la denominació; les finalitats fundacionals; el domicili de la fundació; les regles bàsiques per a l'aplicació dels recursos i per a la determinació dels beneficiaris; i la regulació del Patronat.

- c) Dotació. - Es un requisit essencial per a la constitució d'una fundació, ja que aquesta té per objecte, segons l'article 1 de la Llei "l'afectació d'un patrimoni a la realització, sense afany de lucre, de finalitats d'interès general".

Pot consistir en béns i drets de qualsevol tipus i la seva aportació s'ha de fer per cessió gratuïta, si es tracta d'acte "inter vivos" i per successió, si es tracta d'acte "mortis causa".

La dotació inicial pot ésser augmentada posteriorment pels fundadors o per tercers.

Les fundacions poden rebre donatius, però la dotació no pot consistir només en el propòsit de recaptar donatius, salvat que la continuïtat d'aquests sigui plenament garantida.

Els modes i les càrregues que graven els béns aportats no poden absorbir llur valor, ni tampoc significar unes despeses anuals que impedeixin destinar a l'acompliment de la finalitat fundacional almenys el 80 per 100 de les rendes que obtingui la fundació.

- d) Patronat. - Es l'òrgan de govern de la fundació. No necessariament és l'únic, però la seva existència és imprescindible perquè, per imperatiu legal, qualsevol fundació ha de comptar almenys amb un òrgan de govern amb el nom de Patronat, que exerceixi la representació de la fundació.

Es un òrgan col·legiat que ha d'ésser integrat per un mínim de tres membres, sense que s'assenyali cap límit màxim en aquest aspecte. La seva composició i el seu funcionament són regulats pels estatuts.



Els patrons poden ésser persones físiques o jurídiques, si bé, en aquest darrer supòsit, s'hauran de fer representar per una persona física.

Quan la qualitat de patró estigui atribuïda al titular d'un càrrec, podrà actuar en nom seu la persona que reglamentàriament el substitueixi.

L'exercici del càrrec de patró és personalíssim i, per tant, indelegable.

El Patronat pot delegar en un o més patrons algunes de les seves facultats i nomenar apoderats generals o especials. En tot cas són, però, indelegables l'aprovació dels comptes; la formulació del pressupost; l'alienació i el gravamen de béns immobles i dels valors mobiliaris no cotitzables en borsa; així com qualsevol altre acte que necessiti l'autorització o aprovació del Protectorat.

Els patrons entren en funcions després d'haver acceptat expressament el càrrec. L'acceptació es pot fer constar en la mateixa escriptura, en una altra de posterior o en document privat amb legitimació de signatures. Aquells patrons que fossin nomenats en una reunió del Patronat poden acceptar el càrrec en el mateix acte, i en aquest cas bastarà per fer-ho constar un certificat del Secretari.

4.-Rendició de comptes.-

L'exercici econòmic de les fundacions no podrà excedir els dotze mesos i es tancarà el dia que assenyalin els estatuts o, si aquests no ho diuen, el 31 de desembre.

El Patronat estarà obligat a formular en la data de tancament de l'exercici:

- a) Un inventari-balanç que reflecteixi exactament la situació patrimonial de la fundació.
- b) Una memòria de les activitats realitzades durant l'exercici i de la gestió econòmica del patrimoni, que permeti de conèixer i justificar l'acompliment de les finalitats fundacionals i dels preceptes le-



gals.

c) Una liquidació del pressupost d'ingressos i despeses de l'exercici anterior.

d) El pressupost corresponent a l'exercici actual.

Aquesta documentació haurà d'ésser presentada al Protectorat dins els sis mesos següents a la data de tancament de l'exercici econòmic.

5.-Alienació.-

Els béns destinats amb caràcter permanent a l'acompliment de la finalitat fundacional només poden ésser alienats a títol onerós i en les condicions establertes pels fundadors.

Els béns fructífers solament poden ésser alienats per reinvertir el producte obtingut en l'adquisició d'altres béns fructífers, que quedaran subrogats en el lloc dels alienats.

La llei exigeix l'autorització prèvia del Protectorat quan el Patronat consideri que el manteniment del patrimoni implica gravar els béns de la dotació o consumir-ne una part i, també, en el supòsit d'herència repudiada.

6.-Modificació d'estatuts.-

Sempre és possible la modificació d'estatuts, que serà acordada pel Patronat i que requerirà l'aprovació del Protectorat i la inscripció consegüent en el Registre de fundacions, una vegada elevats a escriptura pública.

En aquest cas, la Llei exigeix, però, una justificació de la necessitat o conveniència de la modificació, tenint present la voluntat fundacional expressa o presumible.

Això vol dir que no hi cap modificació d'estatuts quan la dita modificació alteri o desviï la voluntat fundacional expressa o presumible.

L'aprovació de l'acte de modificació d'estatuts situa el Protectorat en una posició de guardià del respecte a



la voluntat fundacional.

Hi cap també la possibilitat que el Protectorat, escoltats els patrons de la fundació, iniciï l'expedient de modificació d'estatuts.

7.-Fusió, agregació i extinció.-

De forma anàloga al que s'ha exposat sobre modificació d'estatuts, la fusió, agregació i extinció de fundacions, podran ésser acordades pel Patronat i aprovades pel Protectorat, o bé promogudes pel mateix Protectorat, una vegada escoltats els patrons de la fundació.

En els supòsits de fusió, agregació i extinció de fundacions també s'exigeix el requisit de la justificació de la necessitat o conveniència d'aitals actes, atesa la voluntat fundacional expressa o presumible.

L'exigència del requisit de la justificació de la necessitat o conveniència sembla induir a la idea de l'establiment d'una graduació de prioritats, que podria jerarquitzar com a norma general la modificació d'estatuts, deixant la fusió o agregació per a aquells supòsits en els quals la voluntat fundacional no pugui acomplir-se a través d'una simple modificació i relegant l'extinció a supòsits extrems en els quals ja no sigui possible l'acompliment de la finalitat fundacional.

L'extinció de les fundacions implica la previsió de la destinació dels béns sobrants. En cap cas, no és possible la reversió dels béns als fundadors o aportants, a llurs legítims hereus, o a qualsevol altra persona privada. Els béns sobrants només podran destinar-se a favor d'altres fundacions o d'entitats públiques o privades, sense ànim de lucre, i que tinguin finalitats anàlogues. Si aquesta destinació no estigues regulada als estatuts, correspondrà al Protectorat la seva determinació, dins el límits assenyalats.

8.-Responsabilitat dels patrons.-

La Llei 1/1982 disposa que els components del Patronat són responsables de l'acompliment de les seves obligacions en el termes fixats per les Lleis.



D'altra banda, estableix que les obligacions dels components del Patronat són:

- a) Fer que s'acompleixin estrictament els fins fundacionals, d'acord amb allò que disposen els estatuts de la fundació.
- b) Conservar els béns i els drets que integren el patrimoni de la fundació i mantenir-ne plenament la productivitat, segons els criteris financers i d'acord amb les circumstàncies econòmiques.
- c) Servir el càrrec amb la diligència d'un administrador lleial.

L'acció de responsabilitat serà exigida davant els Tribunals ordinaris i podrà ésser exercida per la fundació, pel Protectorat o per aquells que estiguin legítimats d'acord amb les lleis.

Del que s'ha dit es desprèn que els actes del Protectorat tendents a exigir responsabilitat dels patrons no són actes administratius "stricto sensu" i no estan subjectes a la fiscalització contenciosa administrativa.

També l'article 15 de la Llei assenyala entre les funcions del Protectorat les de "advertir els òrgans de governs de les fundacions d'allò que han de fer per a accomplir llurs obligacions i, si els advertiments no són atesos, iniciar les accions de responsabilitat que corresponguin davant els Tribunals ordinaris. En aquests casos, el Protectorat podrà suggerir al Tribunal que convé suspendre en tot o en part els patrons i els apoderats en l'exercici del càrrec o prendre altres mesures de cautela adequades".

IV.- EL PROTECTORAT

La Disposició Addicional de la Llei 1/1982 estableix que el Govern de la Generalitat procedirà, en el termini de dos mesos, a aprovar el Reglament d'organització i funcionament del Protectorat de les fundacions.



Com a conseqüència del mandat legal, es promulgà el Decret 160/1982, de 27 de maig, pel qual s'aprova la Instrucció per a l'organització i el funcionament del Protectorat de la Generalitat sobre les fundacions privades de Catalunya. La Instrucció defineix el Protectorat com a òrgan administratiu de la Direcció General per a l'acompliment de les finalitats que li atribueix la Llei, les quals exerceix a través de les Unitats de Registre i de Control.

Aquesta Instrucció ha estat derogada i substituïda per una nova Instrucció aprovada per Decret 37/1987, de 29 de gener.

Segons la nova Instrucció, el Protectorat s'exerceix per un òrgan administratiu del Departament de Justícia, adscrit a la Direcció General d'Entitats Jurídiques i de Dret (avui, Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques), que vetllarà per l'acompliment de les finalitats que li atribueix la Llei.

1.- Organs.-

El Protectorat està integrat per dos tipus d'òrgans:

a) Organs resolutoris

- a.1.- El Conseller de Justícia.- Es competent per resoldre la inscripció de les fundacions, com també les modificacions dels estatuts i la fusió, agregació i extinció d'aquelles.
- a.2.- El Director General.- Té competència per dictar la resta de les resolucions del Protectorat.
- a.3.- El Cap del Servei.- Amb delegació prèvia, pot exercir les competències del Protectorat atribuïdes al Director General.

b) Organs Auxiliars

- b.1.- La Unitat de Registre.- Té a càrrec seu el



Registre de Fundacions de la Generalitat i la tramitació dels expedients previs a la inscripció.

b.2.- La Unitat de Control.- Està encarregada de les funcions de vigilància i seguiment de l'actuació de les fundacions.

2.- Competència dels òrgans auxiliars.-

a) Unitat de Registre.- Li correspon el tràmit dels expedients següents:

- Inscripció de fundacions de nova constitució.
- Adaptació dels Estatuts de fundacions existents a l'entrada en vigor de la Llei.
- Modificació d'Estatuts.
- Fusió, agregació i extinció de fundacions.
- Inscripció de les successives renovacions del Patronat.
- Suplència dels fundadors o de llurs representants i de les funcions del Patronat, en els supòsits assenyalats per la Llei.
- A més a més, té a càrrec seu el Registre de Fundacions.

b) Unitat de Control.- Li corresponen les funcions següents:

- Examinar la documentació anual que han de presentar les fundacions, als efectes de comprovar l'acompliment de les finalitats fundacionals i de les obligacions que es deriven de la Llei, com també exigir la presentació de la documentació en els terminis establerts, quan no es faci voluntàriament.
- Practicar, quan es consideri necessari, la inspecció de llibres, documents i activitats, de les fundacions.
- Advertir el Patronat de com ha d'acomplir les seves obligacions i, si l'advertència no és atesa, iniciar les accions de responsabilitat.
- Tramitar les autoritzacions prèvies del Protectorat.



- Qualsevol altra funció no atribuïda expressament a altres òrgans del Protectorat.

3.- Arxius.-

a) Unitat de Registre.- Té al seu càrrec:

- Arxiu d'estructura jurídica.
- Arxiu de Patronat.
- Fitxers.

b) Unitat de Control.- Té al seu càrrec:

- Arxiu de documentació econòmica.

4.- Publicitat

L'article 10.3 de la Llei estableix que el Registre és públic i que les certificacions que s'expedeixin donaran fe del contingut dels actes registrats.

El punt 19 de la Instrucció de 27 de maig de 1982 afegia que "qualsevol pot conèixer el seu contingut, acomplint les regles de funcionament establertes".

Per Ordre de 17 de juliol de 1984 es determinen les normes de publicitat del Registre de fundacions i s'estableix un règim d'informació diferent segons la personalitat del sol·licitant i el seu interès directe o indirecte en la informació.

La nova Instrucció de 29 de gener de 1987 ha modificat el punt 19 de la Instrucció derogada, introduint-hi el contingut de l'Ordre de 17 de juliol de 1984. D'aquesta manera, les normes de publicitat nascudes amb rang d'ordre han assolit el rang de decret, i són plenament vigents dins l'actual Instrucció.

5.- Recursos Administratius.-

Les resolucions del Protectorat són susceptibles de recurs



administratiu.

Contra les resolucions del Conseller cap la interposició de recurs de reposició previ al contenciós administratiu, de conformitat amb el que estableixen els articles 52 i 54 de la Llei reguladora de la Jurisdicció Contenciosa Administrativa.

Contra les resolucions del Director General i les que pugui dictar, per delegació, el Cap del Servei, hi cap la interposició de recurs d'alçada davant el Conseller, de conformitat amb el que disposa l'article 125 de la Llei de Procediment Administratiu.

NOTA BIBLIOGRAFICA

BADENES GASSET, RAMON: Las fundaciones de derecho privado. Llibreria Bosch. Barcelona, 1986.

BADENES GASSET, RAMON: Crítica del derecho positivo español en relación con las fundaciones. "Hacia un nuevo estatuto de las fundaciones en España". Centro de Fundaciones. Madrid, 1979.

BILLOCH BARCELO, MIQUEL: La fundació privada: evolució històrica i concepte actual. Panoràmica estrangera i espanyola. Fonts jurídiques. Les fundacions catalanes. "Fundacions Privades Catalanes". Escola d'Administració Pública de la Generalitat de Catalunya. Barcelona, 1984.

FAUS ESTEVE, RAMON: La Ley de Fundaciones privadas catalanas. "Temas actuales de fundaciones". Centro de Fundaciones. Madrid, 1982.

FERNANDEZ FERNANDEZ, JOAQUIN: El Protectorado de la Generalidad sobre las fundaciones privadas de Cataluña. "Fundacions Privades Catalanes". Escola



d'Administració Pública de la Generalitat de Catalunya. Barcelona, 1984.

FORNER MATAMALA, JOAN: Situacions especials de les fundacions. "Fundacions Privades Catalanes". Escola d'Administració Pública de la Generalitat de Catalunya. Barcelona, 1984.

GUARDIA CANELA, JOSEP-DELFI: El control i la responsabilitat del Patronat. "Fundacions Privades Catalanes". Escola d'Administració Pública de la Generalitat de Catalunya. Barcelona, 1984.

LACRUZ BERDEJO, JOSE-LUIS: Aportación para una futura Ley de fundaciones. Hacia un nuevo estatuto de las fundaciones en España. Centro de Fundaciones. Madrid, 1979.

LLUCH ANDRES, JORDI: Obligaciones del Patronato en el aspecto económico. "Fundacions Privades Catalanes". Escola d'Administració Pública de la Generalitat de Catalunya. Barcelona, 1984.

ROCA TRIAS, ENCARNA: La constitució de la fundació. "Fundacions Privades Catalanes". Escola d'Administració Pública de la Generalitat de Catalunya. Barcelona, 1984.

VILASECA MARCET, JOSEP MARIA: Entorn de la legislació catalana sobre fundacions privades. Revista Jurídica de Catalunya. N. 1/1983. Barcelona, 1983.

VILASECA MARCET, JOSEP MARIA: La Fundació com a persona jurídica. "Fundacions Privades Catalanes". Escola d'Administració Pública de la Generalitat de Catalunya. Barcelona, 1984.

FORMA I CONSTITUCIO D'UNA FUNDACIO (*)

Jordi Lloret i Magdalena (**)

Introducció

Heu tingut ocasió de sentir, en la primera intervenció a càrrec del Director General de Dret i d'Entitats Jurídiques, el Sr. Miquel Billoch i Barceló, que les fundacions han tingut el seu origen en deixes o donacions d'un marcat caràcter pietós; més endavant, en una segona etapa, en unes altres de caràcter benèfic i en una tercera, que podríem dir que encara continua, en d'altres de caràcter social.

Evidentment aquests caràcters no es manifesten d'una manera unívoca en cada etapa. Així, actualment existeixen tant fundacions de caràcter pietós com benèfic o social, si bé les de caràcter pietós solen estar subjectes al Dret Canònic.

Idea de fundació privada

Tradicionalment s'ha definit la fundació com l'afectació d'un patrimoni organitzat a la consecució d'un fi altruista.

Com que l'anàlisi d'aquests elements s'ha fet o es farà pels meus companys només els recordaré que, tant a Catalunya com a l'Estat, els beneficiaris d'una fundació no poden ser persones determinades.

o o o

(*) Escrit que transcriu les explicacions donades al Centre d'Estudis i Formació del Departament de Justícia de la Generalitat el dia 30 de novembre de 1988.

(**) Funcionari del Cos Superior de l'Administració General de la Generalitat de Catalunya.

Un sector doctrinal (Cárdenas RDP 1952, López Jacoisto RDP 1965), ha intentat justificar la possibilitat de constituir una fundació familiar com, per exemple, es pot fer a Alemanya. Però el professor de Castro en un estudi publicat al A.D.C. (1953) la va rebatre amb arguments molt contundents, basant-se fonamentalment en la legislació desvinculadora del segle passat i la seva interpretació jurisprudencial, STS 30 de juny 1855 i 10 de març de 1820. A Catalunya el legislador ha seguit aquesta mateixa orientació i no és possible legalment constituir una fundació familiar; és a dir, aquella fundació els beneficiaris de la qual són els parents del fundador. Evidentment és possible una fundació de Patronat familiar (Patronat actiu en la legislació desvinculadora), és a dir aquella fundació en què l'òrgan de govern està ocupat totalment o parcial pels parents del fundador i, sembla també possible l'existència d'una fundació podríem dir-ne mixta, és a dir, que no excloqui com a beneficiaris aquells parents que es trobin en les circumstàncies o tinguin els requisits fixats pel fundador. Dit en forma d'exemple, en una fundació que tingui per finalitat assistir uns determinats malalts indigents, si un familiar del fundador pateix la malaltia aquella i es troba en estat d'indigència, sembla lògic entendre que també pot ser-ne beneficiari. Si bé, com sempre passa en les situacions que podríem dir-ne frontereres, pot ser difícil provar que no ens trobem davant d'una fundació familiar.

Prohibides les fundacions familiars o en favor de persones determinades tenim que la manera d'afavorir una persona o persones concretes es fer-ho per via de donació pura i simple o remuneratòria, o submode, si es tracta d'actes entre vius. Per actes mortis causa es pot fer via de llegat, fideïcomís, etc. Sempre tenint en compte en aquest últim cas la limitació legal que els béns fideïcomesos no es poden gravar més enllà del que permet la Compilació del Dret Civil, de Catalunya o el Codi Civil per evitar les vinculacions perpètuas i mans mortes, prohibides en el nostre ordenament.

Tornant a les fundacions, la doctrina s'ha capficat moltes vegades buscant quina n'és la nota essencial. Aquesta nota que fa que una figura sigui una fundació i no pas una altra. Per uns autors, ens recordava el Sr. Billoch, aquesta nota radica en el patrimoni; per uns altres, en l'organització i, per uns tercers, en l'obra. I, com també ens ha recordat el Sr. Billoch, hi ha qui diu que són tots tres elements

conjuntament. Aquesta qüestió, per tant, no ha estat ni està resolta harmònicament. A efectes pràctics el que ha de fer-se és acudir al Dret positiu d'un temps i lloc determinats per intentar esbrinar-ho. Es a dir, per saber què és una fundació.

Centrant-nos en la nostra Llei de fundacions (Llei 1/1982, de 3 de març), (en endavant Llei) resulta que de l'article 1 es desprèn la definició, podríem dir-ne tradicional, de la fundació. Ara bé, la interpretació sistemàtica dels articles 3.3 i 11.1 podria obrir una via d'interpretació més moderna.

Segons l'article 11 "Qualsevol fundació ha de comptar almenys amb un òrgan de govern amb el nom de patronat...". O sigui que és una condició sine qua non l'existència d'un òrgan de govern per parlar de fundacions ("ha de comptar", diu la Llei).

En canvi, quan la Llei parla de la dotació, en l'article 3, breu, si bé amb caràcter excepcional, que la dotació d'una fundació no pot consistir només en el propòsit de recaptar donatius llevat que en fos garantida plenament la continuïtat (de les quotes, subvencions o donatius) en una quantitat suficient per complir les finalitats fundacionals.

Sembla admetre's, almenys teòricament, la possibilitat de constituir una fundació que es financi amb recursos aliens, sempre que en fos plenament garantida la quantitat i la continuïtat per tal de desenvolupar la finalitat pròpia de la fundació.

Comparant les normes sobre organització i dotació de la nostra Llei resulta, doncs, que mentre l'organització és indispensable, la dotació en el sentit estricte (entesa com a capital o patrimoni propi, directament o indirecta vinculat a la finalitat de la fundació) podria ésser, excepcionalment repeteixo, inexistent.

Així, doncs, el legislador català obre la possibilitat de concebre la fundació com "una organització amb personalitat jurídica per a la consecució d'una finalitat d'interès general" sempre que en fos plenament garantida la quantitat i continuïtat de recursos per desenvolupar-la.

Cal deixar clar que, no obstant el que s'ha dit, la dificultat pràctica de crear una fundació basant-se en una

organització és més que evident. I això, per una raó fonamental. Quan es pot considerar plenament garantida la continuïtat i la quantia de la subvenció, donatiu, donació, etc. per tal de subvenir a la finalitat fundacional?

No és aquí el lloc adequat per estudiar la resposta que, com es poden inaginar, no es presenta gens fàcil. Crec, però, que independentment de la resposta concreta el que cal és esgotar les figures que l'ordenament ofereix per atendre projectes privats amb vocació social o d'interès general.

Quines són aquestes figures? Sense ànim exhaustiu es podrien fer tres grans grups: a).- Si només es tenen propòsits la figura més adequada sembla l'associació, ja que aquesta pot constituir-se sense capital. b).- Si, a més de propòsits hi ha uns recursos econòmics modestos, la figura més adequada seria l'anomenada per la doctrina fundació no autònoma, és a dir, aquell patrimoni que a títol de donació o deixa es fa a una fundació existent, amb la càrrega que el destini a la finalitat determinada. c).- A l'últim, si es tenen propòsits i una dotació suficient per realitzar la finalitat fundacional, la figura adequada és la fundació.

Fins aquí, doncs, a grans trets hem intentat donar una idea del que és una fundació i la seva diferenciació respecte d'altres institucions o figures respecte de les quals pot guardar una certa relació o poden servir per satisfer determinats interessos o aspiracions.

Creació d'una fundació

Anem a veure ara com es crea una fundació. Perquè un negoci jurídic existeixi és necessari, encara que no suficient, que hi hagi una declaració de voluntat encaminada a produir-lo. Si hi ha voluntat, però aquesta no s'ha manifestat a l'exterior de l'individu, el negoci jurídic no existeix, no neix en el món del Dret. Per tant, és d'una gran transcendència aquesta manifestació. Ara bé, com s'ha de manifestar aquesta voluntat?

Forma

Aquesta prequnta ens porta a parlar necessàriament de la forma.

La forma es podria definir com la manera de manifestar la voluntat. En principi les maneres de manifestar la voluntat són limitades; així, per exemple, hi ha l'expressió oral, l'escripta, la mímica, etc.

De totes aquestes "maneres" possibles de manifestar la voluntat només unes de determinades es poden considerar per la llei com a instruments idonis per manifestar-la. Aquesta determinació no sempre ha estat la mateixa; com és normal, depèn del temps i de l'espai, és a dir, de l'ordenament jurídic de què es tracti.

Així, en el Dret Romà antic només s'admetien com a instruments per manifestar la voluntat determinats procediments: la "in iure cessio", la "emancipatio" o la "stipulatio". Si no s'utilitzaven aquestes fórmules, la declaració de voluntat era ineficax. Per això es diu que en el Dret Romà no es tenia en compte la voluntat subjectiva de l'individu. N'hi havia prou perquè s'utilitzés una d'aquelles fórmules perquè un quedés obligat. Evidentment per posar remei a situacions abusives es van idear una sèrie d'excepcions com, per exemple, l'"acceptio doli", que pal·liava els efectes d'una declaració de voluntat no volguda.

Una altra característica del Dret Romà des del punt de vista de la forma era que aquelles fórmules no eren res més que elements de prova de l'existència d'una voluntat. Però mai va considerar-se com un element constitutiu del negoci o contracte de què es tractés, com feia el Dret Germànic. Posteriorment es va anar produint una subjectivització de la forma que arribà al grau màxim en l'època de Justinia.

A l'Edat Mitjana, sobretot per la incidència de l'escolàstica franciscana (Duns Escot i Guillem d'Occam, fonamentalment), es produeix l'espiritualització o subjectivització definitiva del dret. Es a dir, el que comptava no era la utilització d'una fórmula predeterminada, sinó l'existència o inexistència de voluntat. Així, en l'ordenament d'Alcalà de 1418 s'estableix que una persona queda obligada pel fet de consentir, qualsevol que fos la forma emprada.

Aquesta manera d'entendre la forma passa a les Recopilacions i, posteriorment, al Codi Civil.

Actualment s'aprecia una certa objectivització de la forma que deroga en certa manera aquell principi de quedar obligat qualsevol que sigui la forma emprada.

En defensa d'aquesta tendència s'al·lega la conveniència d'assegurar l'eficàcia dels negocis a través de la intervenció de professionals del dret, evitant les manifestacions de voluntat poc madures o no volgues, etc... En definitiva es tracta de donar més seguretat jurídica al tràfic negocial.

No obstant això, continua imperant com a principi general el principi subjectiu i l'objectiu és, ara per ara, l'excepció.

Un dels problemes que presenta l'obligatorietat d'utilitzar una determinada forma és el de fixar les conseqüències o efectes que es produeixin pel fet d'utilitzar-ne una altra.

La doctrina aborda la qüestió distingint entre la forma "ad solemnitatem" i la forma "ad probationem". La primera és una manera de manifestar la voluntat considerada necessària per l'ordenament jurídic perquè determinats negocis produeixin els efectes que els són propis. Es a dir que la forma esdevé un element essencial del negoci; es podria dir que la forma té un caràcter constitutiu.

En canvi, la forma "ad probationem" és una forma de manifestar la voluntat que facilita la prova de l'existència del negoci jurídic. A diferència de la forma "ad solemnitatem" aquella no és un requisit essencial perquè el negoci produeixi els seus efectes mentre hi hagi consentiment, objecte i causa, sinó que va encaminada a prova la seva existència. Evidentment, aquesta existència es pot provar per qualsevol altre mitjà de prova admès en Dret.

Cal tenir en compte que en el nostre ordenament jurídic no existeix una norma general que declari la nul·litat del negoci celebrat sense observar la forma establerta per la Llei. El que sí que hi ha és precisament la regla general contrària, és a dir, que els negocis jurídics són eficaces qualsevol que sigui la forma en què s'hagin celebrats (1278 relació amb 1254-1261, tots del C.C.)

Com ja hem dit, el nostre ordenament jurídic civil és eminentment espiritualista.

Per tant, perquè un vici de forma afecti la validesa o eficàcia d'un negoci jurídic hi ha d'haver una norma jurídica que derogui expressament el principi general i declari les conseqüències del vici de forma.

Així, en el cas de les donacions de béns immobles el C.C. exigeix que es faci en escriptura pública (633) (perquè sigui vàlida la donació ha de fer-se en escriptura pública, ens diu el Codi). En el cas de les societats en què s'aportin béns immobles, per a la seva vàlida constitució, el Codi Civil (1567-8) exigeix escriptura pública. No obstant la nul·litat del contracte si no s'observa aquella formalitat, el T.S. ha declarat que aquesta nul·litat no és absoluta. Altres casos són els capítols, la hipoteca, etc.

En el cas de les fundacions catalanes és clar que la manca d'escriptura pública de Carta Fundacional impedeix que aquesta s'inscrigui en el Registre de Fundacions. La fundació ni queda constituïda, ni adquireix personalitat jurídica (art. 6 i 2 de la Llei); per tant, ens trobem davant d'una fundació irregular o de facto, accentada la seva existència pel mateix legislador (art. 7.2). No obstant això, en tot aquest tema de la forma cal valorar, però, el fet que la mateixa Llei, en l'article 15.g) faculta el Protectorat perquè, a través d'una fundació, deixi constituïdes les noves fundacions.

La Llei, quan concedeix aquestes facultats al Protectorat, no distingeix entre fundacions que tinguin causa en negocis inter vivos o mortis causa ni que els uns o els altres hagin estat atorgats sota una forma determinada o estiguin pendents d'inscripció, etc. No és forçat entendre que la Llei ha previst un mecanisme de suplència que, a més d'altres coses, és capaç d'evitar la proliferació i/o permanència de fundacions irregulars o de facto.

La qüestió que es planteja no és solament referent a la forma que adopta un negoci jurídic fundacional sinó més àmplia, concretament es tracta de determinar quan un negoci jurídic és capaç de provocar la suplència del Protectorat per deixar constituïda una nova fundació.

Una resposta seria que, fora que ens trobem davant d'una voluntat fundacional manifestada en testament (art. 6.2), no hi cap la suplència del Protectorat per deixar constituïda

la nova fundació.

Evidentment seria una resposta, però, al meu entendre, un xic simplificadora.

S'ha posat en dubte l'obligatorietat d'inscriure una nova fundació a l'empara de l'article 34.2 de la Constitució i del 10.2 de la Llei.

Tanmateix, si es relaciona l'apartat 1 del mateix article 10 amb el 6.2, ambdós de la Llei, crec que resulta clara l'obligatorietat d'inscriure les fundacions.

L'article 6.2 ens diu que els executors testamentaris hauran de demanar la inscripció de la Carta Fundacional en el Registre, i l'article 10.1 que la Carta Fundacional i modificacions posteriors del contingut dels estatuts... han d'inscriure's en el Registre de Fundacions de la Generalitat. No trindria sentit entendre que l'obligatorietat a què es refereix aquest article 10.1 es refereix únicament a les Cartes Fundacionals que tenen per causa un negoci mortis causa.

Per tant, és fàcil acceptar que l'obligatorietat d'inscriure és tant per als fundadors, executors, testamentaris, etc. com per al Protectorat, el qual, a més a més, no pot denegar la inscripció d'una Carta Fundacional que compleixi tots els requisits legals.

En conseqüència, com deia, aquella resposta és massa simplificada, ja que, almenys en el supòsit que hi hagi una Carta Fundacional amb tots els requisits legals i no estigui inscrita, el Protectorat podrà suplir els òrgans de govern de la nova fundació per deixar-la constituïda (art. 15.g de la Llei i punt 3 de la Instrucció aprovada per Decret 37/87 de gener).

El pas següent que em toca fer és obligat. Què passa si ens trobem davant d'una Carta Fundacional que té tots els requisits que demanen les lleis, menys el d'haver-se atorgat en escriptura pública?

Evidentment aquesta fundació no tindrà personalitat jurídica, perquè no s'ha inscrit en el Registre de Fundacions. Ens trobem davant d'una fundació irregular o de facto que fins i tot pot estar realitzant les activitats

fundacionals que li són pròpies.

Aquesta aparença de fundació, ha de continuar intervenint en el tràfic jurídic o el Protectorat pot suplir els seus òrgans de govern i deixar-la constituïda?

Sincerament, després de tot el que s'ha dit crec que el Protectorat pot no solament suplir els patrons sino que ho ha de fer per tal d'evitar, entre d'altres coses, una problemàtica semblant a la que plantegen les anomenades societats irregulars.

Aquesta solució no està en contradicció amb el fet que s'accepti l'escriptura pública de Carta Fundacional com una forma ad solemnitatem, el que passa és que aquesta forma l'omplirà el Protectorat en ús de la seva facultat de suplència. Amb la qual cosa no es produirà cap suplència de voluntat perquè aquesta per hipòtesi ja existeix.

No és el moment ni el lloc d'estendre's més en els supòsits de suplència del Protectorat per deixar constituïdes noves fundacions (art. 15.g), sobretot si es té en compte el mecanisme de transmissió del domini dels béns aportats a una fundació i l'acompliment de les formalitats exigides per l'ordenament per al negoci jurídic dotacional atenent a la naturalesa dels béns i a la causa lucrativa d'aquest negoci, però el que sí crec que queda clar és que la suplència del protectorat per deixar constituïdes noves fundacions no pot limitar-se als supòsits previstos en l'article 6.2 de la Llei.

Altres formalitats

Fins aquí la forma en la constitució de les fundacions. Tanmateix, s'ha de tenir en compte que existeixen altres formalitats a l'hora de constituir-les. Sens dubte les més significatives i corrents són la inscripció i la classificació.

De la inscripció, ja n'hem fet menció, només els recordo que la inscripció marca la frontera entre la fundació irregular i la regular, la no inscrita i la inscrita, la que té personalitat jurídica i la que no en té.

La inscripció produeix la definitiva separació de patrimonis (fundador-fundació). Amb la inscripció sorgeix un nou centre d'imputació de drets i obligacions, per un costat, i de responsabilitats, per l'altre. Feta la inscripció, la fundació pot gaudir dels beneficis fiscals i processals que li atorga l'Estat, sempre que hi concorrin els requisits necessaris segons la legislació del mateix Estat. (art. 2.3 de la Llei).

Aquests requisits són, bàsicament, estar la fundació classificada, retre comptes al Protectorat i ésser el càrrec de patró gratuït.

En la legislació estatal la classificació podríem dir que ha tingut i té un significat substantiu i un altre d'adjectiu.

Diem que té un significat substantiu perquè amb la classificació es formalitzava la vinculació o tutela de la fundació al Protectorat corresponent.

Des del punt de vista adjectiu la classificació servia i serveix per poder gaudir dels avantatges fiscals i processals.

Les fundacions catalanes queden sotmeses a la protecció o tutela d'un únic Protectorat per raó de l'interès general de les seves finalitats, la vinculació o tutela es produeix en virtut de la mateixa llei (art. 1 i 15) i es formalitza amb l'ordre corresponent del Conseller de Justícia, d'inscripció o d'adaptació a la Llei catalana.

A Catalunya, doncs, la classificació no té cap caràcter substantiu i només en té d'adjectiu.

Per acabar només recordar-los que, a part dels requisits formals a què ens hem referit, la Llei catalana n'exigeix d'altres que són clarament establerts en els articles 8 i 9.

Res més, només em resta agrair-los l'atenció que m'han dispensat i desitjar que aquesta atapeïda exposició els pugui ser d'alguna utilitat, si no ara, un altre dia.

Moltes mercès

VARIACIONS DE LES CARACTERISTIQUES DE LES FUNDACIONS

Montserrat Caballol i Angrill

Novembre 1987

I N D E X

I.- VARIACIONS EN LES CARACTERISTIQUES DE LES FUNDACIONS

- a) Modificació dels estatuts.
- b) Fusió, Agregació i Extinció (especial menció a la destinació de béns.
- c) Actuació del Protectorat davant d'aquestes variacions.
- d) Expedients tramitats davant el Protectorat de Fundacions.

II.- TRAMITACIO DELS EXPEDIENTS DAVANT DEL PROTECTORAT

- a) A instància del Patronat.
- b) A instància del Protectorat

III.- ADAPTACIO DELS ESTATUTS A LA LLEI

- a) Disposicions reguladores.
- b) Actuació del Protectorat davant l'incompliment d'adaptar els estatuts a la Llei.

I.- VARIACIONS EN LES CARACTERISTIQUES DE LES FUNDACIONS

a) Modificació dels estatuts

Es convenient considerar en un apartat separat la modificació d'estatuts, perquè la fusió, agregació i extinció, tot i que produeixen també variacions en les característiques d'una fundació, afecten l'estat civil d'aquesta i tenen una transcendència jurídica que manca en la simple modificació d'estatuts.

Abans de centrar-nos en els preceptes legals a aplicar i els tràmits administratius a seguir per modificar els Estatuts d'una fundació, farem referència a les possibles modificacions dels extrems, que preceptivament haurà de contenir els estatuts de qualsevol fundació, els quals es troben enunciats a l'article 9 de la Llei.

L'article 9.1 a) ens diu que la denominació de la fundació catalana haurà de contenir necessàriament els mots de fundació privada i la referència que resta subjecta a la legislació de la Generalitat de Catalunya. La presència d'aquests dos qualificatius ens emmarca la fundació en una legislació específica, com és la Llei de Fundacions Privades catalanes, atès que l'article 2, punt 4, de la Llei afirma que "cap altre entitat de les subjectes a la legislació de la Generalitat de Catalunya, no podrà utilitzar el nom de fundació privada". Dins d'aquest punt de la Llei es poden produir dues possibles modificacions de diferent rellevància. L'una, respecte a la denominació de la Fundació, i l'altra, respecte als qualificatius d'obligada contemplació. Pel que fa a la modificació de la denominació, com ja s'ha donat en la pràctica, pot sorgir la imperiosa necessitat de fer-ho per un canvi de circumstàncies (Ex: haver-se produït una conversió del que va ésser al seu dia Hospital en una Residència d'Avis), o per raó de les conveniències socials (Ex. incloure-hi la referència a l'activitat fundacional que desenvolupa: assistència social, cultural, docent...). Respecte a la modificació quant als qualificatius de "privada" i "subjecta a la legislació de la Generalitat de Catalunya" serà un acte transcendent que anirà més enllà de la simple modificació, perquè implicarà sostreure la Fundació del Protectorat de la Generalitat de Catalunya i un canvi del

seu veïnatge civil, en haver deixat de desenvolupar les seves funcions principals a Catalunya (art. 9 ap. 24 E.A.C. i art. 1 de la Llei).

Pel que fa al domicili de la Fundació, l'article 9.1 c) de la Llei obliga que resti situat dintre del territori català. Això vol dir que tota modificació de domicili que comporti ubicar-lo fora d'aquest territori portarà com a conseqüència sostreure la Fundació del Protectorat de la Generalitat de Catalunya, en considerar la Llei que les seves activitats principals ja no es portaran a terme en territori català. ¿Per què aquesta afirmació quant a la obligatorietat legal d'ubicar el domicili a Catalunya quan l'Estatut d'Autonomia tan sols obliga que les activitats principals es desenvolupin en territori català?. D'una banda, la llei ha entès que l'exercici de les activitats principals dins de Catalunya porta implícita la ubicació del domicili dins d'aquest territori i, d'altra banda, la seva regulació s'ajusta a les normes estatals que fan referència al domicili de les persones jurídiques (art. 41 del Codi Civil, 5 L.S.A. i 4 L.S.R.L.). Així, doncs, un canvi de domicili pot donar lloc a dos tipus de modificacions de diferent transcendència jurídica. Es produirà una simple modificació d'estatuts si el domicili canviat continua estant en territori català i hi haurà una modificació que ultrapassarà el seu propi contingut i que implicarà un canvi de legislació quan la variació impliqui situar-lo fora d'aquest territori.

La modificació en quant al contingut de l'extrem d) de l'article 9, dependrà de la reglamentació detallada o genèrica que hagi fet el fundador en regular-lo en els estatuts. El dit punt diu textualment "hauran de constar les regles bàsiques per a l'aplicació dels recursos a les finalitats fundacionals i per a la determinació dels beneficiaris". Què haurem d'entendre per regles bàsiques?. En compliment d'allò que disposa l'article 5 de la Llei, regles bàsiques seran aquells principis continguts dins del text estatutari d'on es pugui deduir que la fundació servirà l'interès general i beneficiarà persones no individualment determinades, i que es respectarà l'aplicació dels recursos a les finalitats fundacionals en el sentit que almenys el vuitanta per cent de les rendes que obtingui la fundació i dels altres ingressos que no formin part de la dotació es destinarà a la realització de la finalitat fundacional establerta. Per tant, si el fundador, tot i respectant

aquestes regles bàsiques, inclou altres estrictes i detallades per donar compliment a les finalitats fundacionals pot donar lloc a que qualsevol variació que el Patronat vulgui introduir-hi, perquè ho requereixin les circumstàncies del moment s'hagi de modificar el text estatutari, cas que no es produirà si el fundador dóna llibertat al Patronat perquè, dins de la legalitat, utilitzi els dits termes a la seva discreció.

Respecte al Patronat, òrgan de govern de la Fundació, l'article 9.1 e) preceptua que en els estatuts de la Fundació s'haurà d'expressar la composició, la forma de designació i de renovació dels patrons, les facultats que assumiran i la manera de deliberar i de prendre acords. Aquest és un dels punts que poden donar lloc a més modificacions estatutàries, ja que en configurar l'organització de la fundació i obligar els patrons a dirigir-la en la forma establerta pot resultar que la seva rigidesa o concreció faci que en posar-se en pràctica s'obstaculitzi i sigui no operatiu el seu funcionament. Per tant, si el fundador, amb una visió de futur, regula de forma laxa i flexible el funcionament intern de la fundació donant un marge de llibertat als patrons, evitarà que s'hagin de modificar sovint al llarg de la seva existència.

Cal fer especial menció a l'apartat b) de l'article 9. El dit apartat exigeix que en els estatuts de la Fundació hauran de constar almenys les finalitats fundacionals, finalitats limitades de manera total o principal a Catalunya i que, d'acord amb la remissió que es fa a l'article 5 punt 1 de la Llei, haurà d'ésser lícita, servir l'interès general i beneficiar persones no individualment determinades.

La finalitat fundacional és l'expressió de la voluntat del fundador i la raó bàsica de l'existència de la Institució. És l'element que impulsa la creació d'una fundació i sense ell els altres, que en són conseqüència, no existirien. Això vol dir que el tractament que el Patronat pugui donar a qualsevol modificació estatutària no es farà extensible a la modificació de l'objecte fundacional. No s'hi farà extensible perquè és l'element substancial que recull una voluntat que els patrons com a encarregats de portar-la a terme, han de respectar. amb això vull dir que, si l'objecte

fundacional es pot complir és immodificable i el Patronat l'haurà de portar a terme de la forma que va voler el fundador en atorgar la carta fundacional.

Per tant, el fundador ha d'ésser conscient que, atès que el motiu de la creació de la Fundació és que el fi vagi més ellà de la seva vida i sigui perdurable al llarg del temps, s'hauria d'intentar no concretar l'objecte original, perquè és possible que aquesta concreció faci que, al cap d'uns anys, no es pugui realitzar. Com manifestà al seu dia JOSEP M. VILASECA I MARCET "La major o menor amplitud de les finalitats d'una fundació atorga al Patronat més o menys poders per decidir les activitats concretes a realitzar".

Com que la Llei no delimita de cap manera el fi fundacional, en les fundacions de nova creació seria convenient que es recollissin, dins de l'objecte diverses finalitats que, no allunyades del tipus de fundació a crear (Ex: assistència social, cultural ...), facin que el Patronat pugui actuar, dins dels marges marcats, amb plena llibertat a la vista de les conveniències socials del moment. Així, tenim com a exemples les fundacions americanes de finalitats amplíssimes o, més a la vora les fundacions de promoció previstes al Reglament de 1972, que tenen un objecte sols definit genèricament en els estatuts, i correspon als seus òrgans de govern la concreció i el desenvolupament dels seus programes i activitats (article 2, paràgraf 4t.).

b) **Fusió**, agregació i extinció (especial menció a la destinació de béns)

La fusió, agregació i extinció són actes que impliquen respectivament, la pèrdua de la personalitat jurídica de les fundacions que es fusionen, la pèrdua de la personalitat jurídica de la fundació agregada amb una altra fundació que l'absorbeix i la pèrdua de la personalitat jurídica de la fundació extingida.

La Llei preveu en l'article 14.1 les dues formes de fusió reconegudes pel dret positiu espanyol i per la doctrina. La fusió pròpiament dita, que és la fusió de dues o més fundacions que desapareixen i es fonen en una de nova que

les succeeix i la fusió per absorció denominada per la Llei agregació, que consisteix en l'absorció per una fundació de tot el patrimoni d'un altre que és absorbit. El comú denominador d'ambdós tipus de fusions és que la fundació agregada i les fusionades s'extingeixen com a persones jurídiques i que els patrimonis es transmeten en bloc, de les fundacions dissoltes, a la nova fundació o a l'absorbent que el veurà augmentat.

La raó determinant perquè es produeixi la fusió o agregació és l'impossibilitat de poder continuar el compliment de la finalitat fundacional per insuficiència de mitjans econòmics. No estaran justificats aquests supòsits quan modificant l'objecte fundacional, les fundacions puguin subsistir per elles mateixes. Com assenyala FORNER MATAMALA en la seva intervenció en els Cursets sobre Fundacions Privades celebrat el 23 de desembre de 1983 a l'Il·lustre Col·legi d'Advocats de Barcelona "No estarà justificada la fusió o l'agregació sempre que modificant la fundació aquesta pugui subsistir; i tampoc no estarà justificada la dramàtica extinció "stricto sensu" quan la fusió o l'agregació podrien fer possible el compliment del mateix fi previst en la carta fundacional o algun altre fi semblant.

Aquesta insuficiència de capital, que podria també donar lloc a l'extinció de la fundació "stricto sensu", tot i essent essencial no és del tot suficient perquè els actes de fusió o agregació estiguin plenament justificats; també és necessari que tinguin una finalitat igual o semblant les fundacions que es fusionen o la fundació que absorbeix la fundació agregada. Per tant, els requisits perquè es puguin donar aquesta dos actes seran: la insuficiència de mitjans econòmics i la igualtat o semblança de la finalitat fundacional de les fundacions protagonistes d'aquests actes.

Pel que fa als patronats respectius tot i que no succeeix com en les societats anònimes en què per imposició legal els socis que integraven les societats extingides per la fusió passen a la Societat nova o a l'absorbent, sembla lògic que, en el supòsit de fusió, el Patronat de la nova fundació el componguin membres de les fundacions extingides i, en el d'agregació, es aconsellable s'ampliï el Patronat de l'absorbent a fi d'incorporar algun membre de la fundació

que és objecte d'absorció.

Respecte al patrimoni, tant en els actes de fusió com d'agregació hi ha una transmissió en bloc. Transmissió en bloc que porta com a conseqüència la no liquidació. Això vol dir que els actius i passius de les fundacions que es fusionen passaran a la nova fundació i que, en el supòsit d'agregació, aquests actius i passius passaran a la fundació absorbent, la qual cosa implica que els creditors de les fundacions fusionades o els creditors de la fundació agregada passaran a ser creditors de la nova fundació resultant de la fusió o de la fundació absorbent.

Aquesta assumpció del deute ens obliga a tenir en compte el que disposa l'article 1205 del Codi Civil quan diu: "la novació, que consisteix en la substitució d'un nou deutor en lloc del primitiu, not fer-se sense el consentiment d'aquest, però no pas sense el consentiment del creditor". A la vista d'aquest precepte i a fi de prevenir que els possibles creditors puguin oposar-hi, és convenient que el Patronat de les fundacions fusionades o bé agregada els donin coneixement de les seves intencions perquè puguin manifestar el que creuin convenient respecte a l'assumpció del deute per una altra fundació.

L'últim acte que comporta la pèrdua de la personalitat jurídica d'una fundació és l'acte de l'extinció "stricto sensu"; és a dir, extinció seguida de la liquidació dels béns sobrants. Aquí no es tracta d'una transmissió en bloc del patrimoni sinó de la seva liquidació.

Com tots saben la Fundació neix amb una vocació de perdurar però pot deixar d'existir al llarg del temps. La causa determinant per extingir una fundació, serà aquella que impideixi totalment la realització del fi fundacional. Aquesta causa és la pèrdua total del patrimoni o bé pèrdua parcial, en el sentit que ni tan sols amb aquest minvat patrimoni es pugui arribar a complir d'una forma modesta el fi fundacional. Única causa perquè en el supòsit que desaparegués el Patronat d'una Fundació però hi hagués patrimoni per poder complir la finalitat fundacional, es pot evitar l'extinció perquè la Llei preveu que el Protectorat pugui exercir-lo provissionalment i procedir als nomenaments

que calguin (article 15.2 g) de la Llei i números 27 i 28 de la Instrucció).

En el supòsit que desaparegué el Patronat però hi haqués patrimoni per complir la finalitat fundacional es pot evitar l'extinció perquè la Llei prevue que el Protectorat pugui exercir-lo provisionalment i procedir als nomenaments que calguin (artícles 15.2 g de la Llei; números 27 i 28 de la Instrucció). També crec es podrà evitar l'extinció, en l'improbable supòsit que noe poqués complir un fi anàlec o similar al previst pel fundador o bé que el fundador haqués prohibit la seva modificació. El motiu que impulsa a fer aquesta afirmació es que per sobre de la voluntat del fundador hi ha la Constitució i la Llei de Fundacions Privades, norma fonamental i legal respectivament que garanteixen l'interés general del fi.

Quan la causa que posa en perill la vida de la fundació no és l'absència o insuficiència de patrimoni per complir el fi crec que hi ha remei jurídic perquè la fundació pugui continuar subsistent i complir les finalitats d'interés públic a que està abocada.

Si l'extinció de la fundació obeeix a una pèrdua total del patrimoni no hi haurà liquidació i la persona jurídica fundacional deixarà d'existir un cop el Protectorat n'aprovi l'extinció i s'inscriui al Registre de Fundacions de la Generalitat.

Si l'extinció obeeix a una insuficiència insuperable de mitjans, en el sentit que el patrimoni sigui del tot insuficient per complir, ni que sigui modestament, la finalitat fundacional i, d'altra banda que no ha estat viable la solució de l'agregació o de la fusió amb un altra fundació, un cop el Protectorat aprovi l'extinció de la fundació s'obrirà el període de liquidació. Període de liquidació que consistirà a realitzar l'actiu i, un cop pagats els deutes, destinar els béns sobrants de la forma que la llei estableix, és a dir, a altres fundacions, entitats públiques o privades, sense ànim de lucre i amb finalitats anàloques.

Pel que fa a l'existència de la personalitat jurídica de la fundació en el període comprès entre l'aprovació de la seva extinció i el de la liquidació del seu patrimoni, crec que s'hauria d'aplicar anològicament l'article 154 de la Llei de Societats Anònimes, que diu textualment:

"La societat dissolta conservarà la seva personalitat jurídica mentre la liquidació es realitzi". Per tant, tot i que l'extinció de la Fundació ha estat aprovada pel Protectorat, això no significa que s'ha extingit la seva personalitat. L'estat civil es perdrà un cop s'inscriui al Registre de Fundacions la seva extinció, la qual cosa succeirà quan els patrons de l'extingida fundació comuniquin al Protectorat el compliment dels actes de liquidació i destinació dels béns sobrants de la Institució. (articles 10.1 i 55, paràgraf 2n., de la Instrucció).

Cal fer una menció especial a la destinació dels béns sobrants d'una Fundació extingida, ja que és d'una gran transcendència i el precepte de la llei que ho regula actua des del mateix moment que aquesta va entrar en vigor.

L'article 9.2 de la Llei diu textualment: "La previsió de la destinació dels béns sobrants, en cas d'extinció de la fundació, només podrà fer-se a favor d'altres fundacions, d'entitats públiques o d'entitats privades, sense ànim de lucre i amb finalitats anàlogues". Previsió no obligatòria en manifestar tot seguit que "Si els estatuts no la preveïessin correspondrà al Protectorat de decidir-la dintre dels límits assenyalats". La Disposició Transitòria Primera número 3 diu que "el precepte del punt 2 de l'article 9 entrarà en vigor immediatament. Resten sense efecte des d'ara les disposicions dels estatuts que s'hi oposin". Aquest precepte pretén remarcar la voluntat de la Llei en el sentit que, l'extinció d'una fundació que no ha complert el tràmit legal d'adaptar els seus estatuts, haurà de destinar els béns sobrants de la forma establerta en l'article 9.2, encara que els estatuts el contradiguin. Per tant, en línia amb la doctrina, entén que els béns aportats a una fundació deixen de pertànyer al domini dels particulars per sempre. Així doncs, la Lei de Fundacions Privades Catalanes prohibeix el retorn dels béns sobrants d'una fundació extingida en favor del propi fundador o família o d'altres

personas. Com manifestà al seu dia VILASECA I MARCET "l'adscripció d'un patrimoni a una finalitat general afecta definitivament aquest patrimoni a l'obtenció de fins semblants i no pot tornar mai a una activitat privada".

Cal fer una breu reflexió sobre el fet que la llei prevegi la possibilitat de destinar aquest béns sobrants a entitats privades sense ànim de lucre (extrem no inclòs en el Projecte de llei introduït en virtut d'una esmena aprovada pel Parlament). Aquesta referència legal trenca, en certa manera, l'exigència que els béns de la Fundació no poden tornar a reingressar al domini privat, perquè pot ésser que l'entitat receptora es dissolgui i, tot i perseguir finalitats d'interés públic semblants a les fundacions, es distribueixi entre els membres el patrimoni i torni a propietat privada després de la seva realització; com també pot passar que sigui fundadora una entitat que compleixi els requisits legals per ésser receptora dels béns sobrants de la fundació per ella constituïda.

Entren en el tema, pot sobtar que, d'una banda, la llei sigui respectuosa amb la voluntat fundacional i prevegi l'existència del Protectorat per garantir el seu compliment i, d'altra banda, que obliqui a modificar els estatuts de la Fundació mitjançant la modificació de tot allò que la contradigui, en especial, pel que fa al cas, a la destinació dels béns tot i que el fundador hagi desitjat el contrari.

L'article 15.1 de la Llei diu textualment: "El Protectorat de la Generalitat sobre les fundacions privades comprèn les facultats necessàries per a garantir el compliment acurat de la voluntat dels fundadors en els termes d'aquesta Llei". Això vol dir que la llei, està per sobre de la voluntat del fundador en tot allò que la contradigui expressament. La Llei, és la norma que expressa la voluntat d'un noble i d'acord amb el que disposa l'article 6.3 del Codi Civil, els actes contraris a les seves normes imperatives i prohibitives, són nuls de ple dret.

En el supòsit de la destinació de béns d'una fundació extingida, la Llei de Fundacions Privades, com ja hem vist, considera que la forma en què regula la seva destinació

s'adequa millor als principis que configuren tota fundació privada, en aquests cas, catalana; per això ha deixat sense efecte aquella disposició estatutària no prohibitiva en l'anterior legislació però que resulti actualment contradictòria amb els seus preceptes i principis inspiradors.

Finalment, és de destacar que la Llei de 22 de juny de 1983, de règim de les fundacions d'interès gallec, en l'article 24 admet la possibilitat de reversió dels béns a particulars en preveure la seva destinació en la forma que estableixi el fundador i que, d'acord amb el que estableix l'article 39 del Codi Civil, al qual remet, es destinaran a la realització de finalitats anàlogues quan no estigui prevista la seva destinació (regulació anàloga a la prevista en l'article 56 del Reglament de 1972 aplicable a les fundacions culturals privades).

c) Actuació del Protectorat davant d'aquestes variacions.

La llei exclou que qualsevol acte que pugui afectar les característiques de les fundacions es faci de forma arbitrària; per això l'article 14 atribueix al Protectorat la facultat d'aprovar aquestes actes, fins i tot es preveu la possibilitat que pugui actuar subsidiàriament quan, requerint les circumstàncies que s'exercitin, no ho hagi fet el Patronat.

El dit precepte diu textualment: "1.- La modificació dels estatuts, la fusió o l'agregació a una altra fundació i l'extinció de les fundacions seran acordades pel Patronat, el qual en cada cas n'haurà de justificar la necessitat o la conveniència, tenint sempre en compte la voluntat fundacional expressa o presumible. Aquests actes no poden ésser executats sense l'aprovació del Protectorat. 2.- El mateix Protectorat pot iniciar els expedients corresponents, escoltats els patrons de la fundació..."; actes que en compliment del que estableix l'article 10.1 del mateix text legal s'hauran d'inscriure al Registre de Fundacions de la Generalitat.

Per tant, a la vista d'aquest precepte, quan el Patronat vulgui exercitar algun d'aquests actes esmentats haurà de

justificar davant del Protectorat la necessitat o bé la conveniència de fer-ho tenint sempre en compte la voluntat fundacional expressa o presumibles. Ara bé, l'exigència de la justificació dependrà de la transcendència de l'acte que hagi acordat el Patronat.

Crec que hem de diferenciar la justificació de la necessitat del de la simple conveniència, ja que tot i que en ambdós supòsits s'haurà de tenir en compte la voluntat del fundador, l'actuació del Protectorat davant l'aprovació de l'acte objecte d'aquesta necessitat o conveniència potser diferent.

Tots els actes esmentats en l'article 14.1 de la Llei afecten en major o menor amplitud la voluntat manifestada pel fundador; però difereixen en tant que poden afectar-la o no d'una forma directa.

Abans d'entrar a concretar els actes que el Patronat haurà de justificar o tan sols manifestar-ne conveniència davant del Protectorat, crec que també es un fet important a tenir en compte, pel que fa a la modificació dels estatuts, la presència del fundador en el si del Patronat, perquè pot afectar l'actuació exigent o no del Protectorat a l'hora d'aprovar l'acte sol·licitat.

Pel que fa a l'actuació del Protectorat davant els tipus de modificacions d'estatuts tant sols en referirem a les comentades en l'apartat anterior, és a dir modificacions en els extrems que preceptivament hauran de contenir els estatuts que venen contemplats a l'article 2.1.c) de la Llei.

Respecte a la modificació en la denominació de la fundació si aquesta va íntimament lligada a l'activitat que desenvolupa (Ex. Hospitalària) tan sols se n'haurà de manifestar la conveniència si alhora es modifica també l'objecte fundacional al qual després es farà referència. També serà suficient la sola conveniència quan el fundador està d'acord amb la modificació de la denominació, ja que, un cop finat, si la Fundació porta el seu nom o té unes característiques especials caldrà justificar la necessitat

de la modificació.

Pel que fa a la modificació del domicili i de les regles bàsiques per aplicació dels recursos a les finalitats fundacionals serà suficient la simple conveniència sempre que la ubicació del nou domicili continuï en territori català i les rendes i ingressos no dotacionals que es destinin a l'activitat fundacional respectin el mínim establert per la llei en l'article 5.2.

Quant a l'òrgan de govern de la fundació, si la modificació va dirigida a aconseguir una major operativitat en la seva actuació interna tan sols serà necessari manifestar la conveniència de fer-ho, ja que la modificació comportarà un millor funcionament del Patronat que en definitiva, revertirà en benefici de les persones receptores de l'activitat fundacional. Ara bé, si la modificació afecta la composició del Patronat s'haurà de justificar la necessitat de fer-ho, encara que sigui per aconseguir un funcionament millor. Si la composició de l'òrgan de govern té una vinculació directa amb la voluntat del fundador i la Llei permet l'existència d'altres òrgans de govern que coadjuvin amb el patronat el bon funcionament de la fundació.

S'haurà de justificar també la necessitat quan es tracti de modificar les regles bàsiques que determinen els beneficiaris, ja que la modificació afectarà les persones que, tot i essent indeterminades, se'n beneficiïn reunint les característiques volgudes al seu dia pel fundador.

Finalment, cal fer referència a la modificació de les finalitats fundacionals.

Per les raons que han estat exposades en l'apartat a) del present treball, sempre que es vulgui modificar l'objecte fundacional, sigui quina sigui la rellevància de la modificació, el Patronat haurà de justificar la necessitat de fer-ho. La major o menor exigència a l'hora de justificar davant el Protectorat la modificació proposada dependrà de la variació que es pretengui portar a terme. Si es tracta d'una ampliació de l'objecte l'exigència serà menor que si es tracta d'un canvi d'objecte per un altre d'anàleg o d'un

canvi que impliqui una modificació substancial de la voluntat fundacional.

Ara bé, crec que és important que, davant d'aquestes modificacions, el Protectorat tingui en compte l'existència del fundador i les seves possibles manifestacions en aquest sentit, ja que poden contribuir a ésser més o menys rígid a l'hora de decidir l'aprovació de la modificació.

Pel que fa a l'objecte que s'amplia, atès que aquest concepte d'ampliació ha d'implicar la conservació de les mateixes característiques de la finalitat i que es cobreixin més necessitats dins del mateix objecte previst pel fundador crec que davant del Protectorat la justificació pot ser fins i tot una simple conveniència. Una cosa diferent seria una ampliació que comportés la presència d'un altre tipus d'activitat fundacional ja que llavors el Protectorat hauria d'exigir una justificació exhaustiva.

Respecte a la modificació de l'objecte per un altre d'anàleg l'actitud del Protectorat haurà d'ésser més exigent, ja que el Patronat haurà de justificar que no es podrà portar a terme l'activitat de la forma concreta que va preveure el fundador i que, com a conseqüència, perilla la vida de la Fundació. Per tant, haurà de justificar-se el motiu pel qual ha esdevingut d'impossible compliment la concreta activitat fundacional.

Motiu únic que pot comportar justificacions diverses com poden ésser el fet que la perdurabilitat de la fundació ha comportat un canvi de circumstàncies que fan que l'objecte es modifiqui per adequar-lo a la realitat social del moment -modificació que, d'altra banda, pot comportar també un canvi de denominació si el nom es refereix a l'activitat originària que hauria de desenvolupar la Fundació. (Ex. Hospital per Residència d'Avis)-. També pot passar que, tot i essent viable l'objecte inicial i que les necessitats socials el reclamin, el patrimoni fundacional hagi esdevingut insuficient per complir l'objecte de la forma prevista pel fundador (Ex.: objecte originari: escola - objecte modificat: donar beques a estudiants).

En el supòsit ben improbable que es tractés de modificar substancialment l'objecte fundacional caldria afegir-hi, com a justificació, la impossibilitat de trobar-ne un d'anàleg o similar a l'inicial. Crec que és possible que el Protectorat aprovés aquesta modificació substancial que afecta en essència la voluntat del fundador, perquè la fundació com entitat amb vocació de perdurar, té una vida indisponible, tant per part del Patronat com pel mateix fundador. Per aquest motiu crec que la Llei de fundacions privades catalanes, tot i essent respectuosa amb la voluntat fundacional, considera que, per sobre d'aquesta voluntat prima la vida de la fundació i les finalitats d'interès general a què, en abstracte, la Fundació està abocada.

Pel que fa a l'actuació del Protectorat davant l'aprovació d'un acte de fusió, agregació o extinció d'una fundació haurà d'ésser exigent, ja que es tracta com em vist d'uns actes que implicaran la pèrdua de la personalitat jurídica de les Fundacions que en són objecte.

d) Expedients tramitats davant el Protectorat de Fundacions.

A nivell informatiu cal assenyalar que, des de l'entrada en vigor de la Llei de Fundacions Privades fins al mes d'octubre de 1987, els expedients sobre variacions en les característiques de les fundacions que han obtingut un acte d'aprovació i posterior inscripció al Registre de Fundacions de la Generalitat són les següents:

Les Fundacions inscrites de nova constitució i les ja adaptades que han modificat els estatuts ascendeixen a trenta-set. De les dites modificacions, tretze corresponen al Patronat, vuit a canvis de domicili, set a l'exercici econòmic, cinc a l'objecte fundacional, tres a la denominació i una a l'ampliació dels recursos.

Pel que fa a l'objecte fundacional, quatre fundacions el varen ampliar i una va procedir a la seva adequació a les necessitats del moment respectant en essència la voluntat del fundador.

b) Les fundacions fusionades o agregades han estat tres.

c) Les fundacions extingides han ascendit a trenta set.

II.- TRAMITACIO DELS EXPEDIENTS DAVANT DEL PROTECTORAT

a) A instància del Patronat.

En compliment del que estableix l'article 14.1 de la Llei, el Patronat d'una Fundació, un cop hagi acordat modificar els estatuts, la fusió o agregació amb un altra fundació o l'extinció, haurà de sotmetre el seu acord a l'aprovació del Protectorat, atès que, tal com manifesta el dit article, l'acte no podrà ésser executat sense la seva aprovació.

La tramitació de l'expedient davant del Protectorat haurà d'ajustar-se a les normes de procediment administratiu comú, sens perjudici de les previsions i adaptacions establertes per la Generalitat, la Llei i la Instrucció que regula l'organització i funcionament del Protectorat (número 48 de la Instrucció).

Amb l'escrit on es concreti la petició, s'hi acompanyarà l'acord del Patronat degudament autoritzat per testimoni o certificat on es fonamentin les causes o motius que justifiquen la sol·licitud d'aprovació i també tota aquella altra documentació que es consideri necessària per justificar-ho millor (número 48 de la Instrucció). Tant si es tracta d'una modificació d'estatuts com d'una fusió o l'agregació amb un altra fundació o d'una extinció, en l'acord s'haurà de fer referència a les disposicions dels estatuts en què es fonamenti, al compliment que resulti obligatori dels estatuts (Ex.: majoria simple o qualificada) i la justificació de la necessitat de fer-ho, o bé la simple conveniència quan es tracti de modificar alguns preceptes dels estatuts ja comentats en l'apartat anterior.

Iniciat l'expedient i d'acord amb el que diu el número 12 a) de la Instrucció, la Unitat de Registre serà l'encarregada de tramitar-lo seguint les normes procedimentals establertes, es a dir: ordenació de l'expedient, tràmit d'instrucció amb elaboració dels informes que es considerin necessaris per resoldre... Un cop tramitat l'expedient el Cap de l'Unitat de Registre proposarà la resolució escaient. La dita proposta haurà d'anar visada pel Cap de rang superior i pel Director General, ja que es tracta de l'aprovació d'uns actes reservats per Llei al Conseller de la Generalitat, avui de Justícia. (Números 6 d), 12, 52 i 53 de la Instrucció i article 15.2 e) de la Llei).

En el supòsit que la resolució denegui l'aprovació de l'acte hi cap recurs de reposició davant del mateix òrgan que l'ha dictat, és a dir, el Conseller. Un cop resolt aquest recurs (expressament o presumptament) quedarà expedita la via per recórrer davant dels Tribunals de la jurisdicció contenciosa administrativa (Audiència Territorial de Barcelona) mitjançant el recurs contenciós administratiu (número 57 de la Instrucció).

Si la resolució aprova l'acte queda oberta la via per executar-lo i s'obre la fase d'inscripció al Registre de fundacions de la Generalitat. L'article 10.1 de la Llei obliga que els actes que impliquin modificació dels estatuts, fusió, agregació i extinció d'una fundació s'incriquin a l'esmentat Registre.

Dins d'aquesta fase, i a fi de procedir a l'inscripció, el Protectorat exigeix escriptura pública quan es tracti d'executar un acte de modificació d'estatuts. Aquesta exigència ve donada per la necessitat d'instrumentar la modificació d'estatuts de la mateixa forma documental que els estatuts modificats i per analogia a l'exigència de la Instrucció quan es tracta d'una adaptació d'estatuts a la Llei (número 60 de la Instrucció). Per tant, no es procedirà a la inscripció corresponent fins que el Patronat aporti l'escriptura pública dels estatuts modificats, la qual s'aportarà per duplicat a fi de tornar un dels exemplars a l'interessat amb la nota d'haver estat registrat (número 45 de la Instrucció).

Pel que fa a la validesa dels actes, i de modificació d'Estatuts, fusió, agregació i extinció, no tindran efectes jurídics fins que l'òrgan competent (el Conseller avui de Justícia) els aprovi. La Llei en aquests casos entén que la intervenció administrativa en forma d'aprovació -prèvia a l'execució de l'acte- és necessària perquè són actes que poden variar o bé varien, en el cas de fusió, agregació o extinció, les característiques essencials de la fundació. Un cop aquests actes han adquirit força jurídica es procedirà a la seva inscripció preceptiva al Registre de fundacions i formaran part del seu contingut, en concret, de l'estructura jurídica de la fundació que està a càrrec de la Unitat de Registre, (article 10.1, 14.1 de la Llei, i números 15 a), 16, 17 i 18 de la Instrucció).

b) A instància del Protectorat.

La Llei preveu en l'article 14.2 la possibilitat que el mateix Protectorat iniciï els expedients de modificació dels estatuts, la fusió o l'agregació a una altra fundació i l'extinció de les fundacions un cop s'hagi escoltat als patrons de la fundació.

Aquest supòsit legal l'hem de considerar extrem, ja que el Patronat complidor de les seves obligacions davant de la Fundació ha d'ésser conscient que si les circumstàncies que, l'envolten aconsellen variar les seves característiques essencials, haurà de fer-ho. Ara bé, en el supòsit que el Patronat fos insensible davant d'aquestes circumstàncies la Llei permet al Protectorat que actuï subsidiàriament donant coneixement immediat al Patronat per tal que aportí les dades que calguin per a la resolució i al·legui tot el que cregui convenient (número 50 de la Instrucció).

Aquesta actuació a iniciativa del Protectorat diferirà quan es tracti d'extingir una fundació el Patronat de la qual considera que no és procedent. El motiu d'aquesta actuació diferenciada és imposat per la Constitució. Aquesta norma fonamental que protegeix el dret de fundació en l'article 34 al considerar aplicable a les fundacions el que disposa l'apartat 4 de l'article 22 del text constitucional en referir-se a les associacions, les activitats de les

fundacions només podran ser dissoltes en virtut d'una resolució judicial motivada. Per això, un cop s'hagi tramitat l'expedient, l'òrgan competent del Patronat formularà proposta de resolució, que s'eleva a l'òrgan corresponent de la jurisdicció ordinària i es comunicarà als interessats perquè puguin comparèixer-hi (número 51 de la Instrucció).

3.- ADAPTACIÓ DELS ESTATUTS A LA LLEI

a) Disposicions reguladores.

La Llei de Fundacions Privades establí en la Disposició Transitòria Primera 1 una norma de dret transitori i la sanció correlativa en cas d'incompliment d'aquesta norma en la Disposició Transitòria Segona 1.

Aquesta norma imperativa fixava un termini perquè les fundacions subjectes a la llei, un cop adaptessin llurs estatuts als seus preceptes, els presentessin a l'oficina del Registre de Fundacions de la Generalitat.

El procediment per procedir a l'adaptació dels estatuts es va especificar en els números 58 a 63 del Decret 160/1982, de 27 de maig, pel qual s'aprova la Instrucció reguladora de l'organització i el funcionament del Protectorat.

El termini fixat per la Llei, que va ésser concretat en el número 59 de la Instrucció, va ampliar-se en l'article 1r. del Decret 322/1983, de 7 de juliol, fins al 30 de juny de 1984, pel qual es modificaven algun dels números de l'avui derogada Instrucció.

Revisada la Instrucció per Decret 37/1987, de 29 de gener, s'han deixat en vigor els números 58 a 63 de la Instrucció de 27 de maig de 1982, que deroga, com també l'article 1r. del Decret 322/1983, de 7 de juliol que fixa el termini, mentre no s'hagi efectuat l'adaptació dels Estatuts de totes les fundacions subjectes a la Llei.

Per tant, atès que ja han transcorregut més de tres anys des del termini fixat per adaptar els estatuts de les fundacions subjectes a la Llei, crec que l'objecte d'aquest apartat ha de limitar-se a comentar la possible actuació del Protectorat davant d'aquest incompliment legal.

b) Actuació del Protectorat davant l'incompliment d'adaptar els Estatuts a la Llei.

D'acord amb la Disposició Transitòria Segona 1 de la Llei, la sanció per l'incompliment de no adaptar els Estatuts de les fundacions als seus preceptes dins del termini fixat consistirà en la suspensió de les seves activitats. Suspensió no automàtica, ja que el número 63 de la Instrucció diu que si haguessin de quedar en suspens les activitats de la fundació el Protectorat es dirigirà a la jurisdicció ordinària demanant que es dicti la resolució corresponent, mitjançant el procediment establert per les Lleis.

Vist això, s'hauria de trobar una via de solució on el Protectorat disposi de força executiva per procedir a l'adaptació dels estatuts d'aquelles fundacions que han incomplert la norma de dret transitori imposada per la Llei. Via de solució encaminada a evitar l'aplicació del procediment de suspensió que, en definitiva, comportaria un perjudici als beneficiaris de les activitats de les fundacions.

D'acord amb les normes de procediment administratiu comú, a les quals el Protectorat està sotmès (número 41 de la Instrucció), hi cap la possibilitat que el Protectorat executi subsidiàriament aquesta obligació legal. L'única limitació que imposa la Llei procedimental a l'Administració per utilitzar aquest mitjà d'execució forçosa és quan es tracti d'actes personalíssims i, per tant, que no poden ésser realitzats per un subjecte diferent de l'obligat (article 104 i 106 de la L.P.A.). Crec que l'acte d'adaptar els estatuts a la Llei no es pot considerar personalíssim perquè consisteix simplement en una adequació als seus

preceptes limitada a suprimir o modificar aquells articles dels estatuts que contradiquin les normes obligatòries de la Llei i, en afegir aquelles disposicions que integren el contingut mínim establert a l'article 9 del mateix text legal.

Així, doncs, si entenem que no es tracta d'un acte personalíssim hem d'admetre l'execució subsidiària que quedarà reflectida en la funció de suplència prevista en el Capítol VII de la Instrucció. Per tant, un cop tramitat l'expedient a instància de la Unitat de Registre, el Conseller avui de Justícia haurà de resoldre determinant les actuacions de suplència del Protectorat respecte a les fundacions que han incomplert el tràmit legal d'adaptació i designarà al mateix temps les persones que hauran de dur-lo a terme. Incoant, si fos el cas, l'acció de responsabilitat dels patrons negligents davant la jurisdicció ordinària (article 15.2 d) de la Llei, números 26, 28 i 50 de la Instrucció).

LA PRACTICA JURIDICA EN LES FUNDACIONS

PATRONS

Maria Angeles Pérez Hernández
Carlota Francitorra de Font

INTRODUCCIO

- 1.- FINALITAT
- 2.- DOTACIO
- 3.- ORGANITZACIO
- 4.- FORMES D'ACCEPTACIO
- 5.- CLASSES DE PATRONS
- 6.- ELS PATRONS I LES SEVES ACCEPTACIONS
- 7.- SOLUCIONS DAVANT LA NO ACCEPTACIO D'UN PATRO

INTRODUCCIO

La Constitució va significar un avenç important per al reconeixement de les fundacions, en consagrar, entre els drets fonamentals "el dret de fundació per a fins d'interès general, de conformitat amb la Llei". D'altra banda, l'article 9.24 de l'Estatut de Catalunya disposa que la Generalitat de Catalunya té competència exclusiva en matèria de fundacions que exerceixin principalment llurs funcions a Catalunya. A l'empara dels dits preceptes constitucionals i estatutaris el Parlament de Catalunya aprovà la Llei 1/1982, de 3 de març, sobre fundacions privades. D'aquesta manera Catalunya disposa d'una Llei catalana de fundacions privades que regula aquesta matèria.

La definició més tradicional, des de Savigny fins avui, es refereix a la fundació com "un patrimoni adscrit a una finalitat". Lacruz Berdejo la defineix com: persona jurídica privada que l'ordenament reconeix quan el fundador disposa la destinació d'uns béns al servei permanent d'una finalitat d'interès general.

Tres són els punts bàsics sobre els quals es fonamenta la fundació: la finalitat, la dotació i l'organització.

1.- FINALITAT

La finalitat no sols s'integra habitualment en la definició mateixa de la fundació, sinó que no és possible qualsevol finalitat, ja que d'acord amb el Codi Civil ha de ser d'interès públic i, segons la Constitució i la Llei Catalana, d'interès general.

Aquest requisit de l'interès general sembla que exclou, de la legislació actual en matèria de Fundacions, aquelles que fan prestacions limitades a un cercle de persones concret i determinat, en particular les fundacions familiars.

L'article 5 de la Llei Catalana estableix que la finalitat fundacional ha de ser lícita, servir l'interès general i beneficiar persones no individualment determinades.

L'exclusió de les fundacions d'interès particular no impedeix que en una fundació d'interès general es concedeixin certs avantatges a col·lectius més reduïts, com, per exemple, ser veí d'un determinat poble.

Tradicionalment, s'ha considerat la determinació de la finalitat com a requisit inicial de la fundació.

2.- DOTACIO

Un altre element de la Fundació és la dotació. Si acceptem la definició tradicional de la fundació com un patrimoni adscrit al compliment d'uns fins, la dotació es presenta com el requisit clau per constituir una fundació. Des d'aquesta perspectiva la dotació requereix no sols existir sinó que sigui suficient perquè amb les rendes que produeix es puguin complir les finalitats fundacionals.

Tot i que actualment el concepte de fundació va evolucionant i es tendeix a concebre la fundació com una organització al servei de les finalitats i restant importància a l'element patrimonial.

Amb això entrem en l'examen del tercer requisit essencial de tota fundació, l'organització que permet que la Fundació actuï en el món del dret com una persona jurídica.

3.- ORGANITZACIO

Perquè les fundacions privades són persones jurídiques amb plena capacitat jurídica i d'obrar, tal com estableix l'article 2.1 de la Llei 1/1982, de 3 de març

Però, ¿com pot actuar la fundació?

¿A qui correspon en cada moment adoptar la decisió adequada?

Les fundacions són persones jurídiques i l'ordenament les considera subjectes de relacions jurídiques.

El concepte de persona serveix en la vida jurídica de punt d'imputació de drets i deures, amb independència de si és o no un ésser humà.

Les fundacions són subjectes de relacions jurídiques amb capacitat jurídica i d'obrar (art. 2.1 de la Llei). Capacitat jurídica és l'aptitud de la persona per ser titular de les relacions jurídiques que l'afectin; capacitat d'obrar és l'aptitud de la persona per originar o donar vida a les relacions jurídiques que l'afectin activament o passivament.

L'article 35.1 del C.C. estableix que són persones jurídiques les corporacions, les associacions i les fundacions d'interès públic reconegudes per la Llei.

La distinció més elemental és la que separa, d'una banda, les corporacions i associacions de qualsevol classe, que podríem anomenar "persones col·lectives" i, d'altra banda,

les fundacions, que no tenen cap col·lectivitat darrera seu.

La fundació és un ens que no té un component personal, encara que pugui semblar una altra cosa, procedent de la voluntat del fundador o dels fundadors, que formulada en un moment determinat tendeix a durar indefinidament i que reconduïx a una finalitat determinada les rendes i els productes dels béns que es donen a la nova persona jurídica.

La fundació és governada per la voluntat del fundador. L'associació, en canvi, neix i persisteix com un conjunt d'individus que es proposen la realització d'una finalitat comuna i obeeix a la voluntat actual dels socis.

Un element essencial de la fundació és el patrimoni, ni els beneficiaris tenen entre si en comú un altre vincle que el de complir els requisits exigits pel fundador per gaudir dels beneficis d'aquesta, ni els successius patrons representen una col·lectivitat.

Es tracta d'una persona que no es compon de persones físiques. La Llei de la fundació és la voluntat del fundador, en contraposició de l'associació, que és en cada moment allò que vulguin els socis, que poden transformar-la, canviar-ne els objectius i les activitats, modificar-ne el sistema de govern, extingir-la..., perquè l'associació són ells. Podríem afirmar que els patrons són els fiduciaris de la voluntat fundacional, que l'actuació dels patrons no és en cap moment autònoma, sinó que tots els seus actes i les seves decisions estan encaminats a complir la voluntat fundacional, que és la que donarà vida a la fundació.

Tornant al començament, hem afirmat que les fundacions privades són persones jurídiques amb capacitat jurídica i d'obrar. La capacitat d'obrar pressuposa una actitud dinàmica de la persona, en el sentit que amb els seus actes dona vida a les relacions jurídiques que l'afectin activament o passivament, i aquesta actitud dinàmica no és possible predicar-la de les persones jurídiques, perquè estan mancades de tota realitat física.

¿Com i a través de qui actua la fundació, que és una persona jurídica sense cap substrat personal?

Amb tota certesa la fundació actua a través dels patrons, que són els membres que integren l'òrgan de govern de la fundació: el Patronat.

Però, atenent al concepte de fundació i a la seva estructura d'ens patrimonial la voluntat del qual és la manifestada pel fundador en un moment passat que pot ser remot o recent, ens podríem fer la pregunta següent: qui són els patrons?

quina naturalesa té el càrrec de patró?

Si la fundació, persona jurídica, no té una realitat física com la que pot tenir la persona física es podria arribar a pensar que la fundació, igual que la persona física incapaç d'obrar, ha d'actuar per mitjà d'un representant legal, i assimilar el càrrec de patró de la fundació als càrrecs tutelars.

Però aquesta assimilació no es pot admetre en el dret actual. L'article 2.1 de la Llei 1/1982, de 3 de març, estableix que les fundacions privades tenen capacitat jurídica i d'obrar per complir les seves finalitats, i aquesta plena capacitat d'obrar que predica el legislador de les fundacions privades catalanes és incompatible amb l'actuació d'aquestes a través d'un representant legal.

Els patrons no són els tutors de la fundació, ja que aquesta gaudeix de plena capacitat d'obrar i no és un incapaç que ha d'actuar mitjançant representants legals.

La fundació rep els principis reguladors per voluntat del fundador, ja sigui mortis causa (testament) o inter vivos. Però el compliment de la voluntat fundacional s'encomana a uns tercers, els patrons, que estan investits d'una autonomia de gestió que els permet actuar com a òrgans de voluntat de la persona jurídica per al compliment del fi fundacional en interès de la societat. L'autonomia que tenen els patrons és una autonomia limitada a la bona gestió del patrimoni de la fundació i són responsables del compliment dels afins fundacionals, de la conservació dels béns i drets que integren el patrimoni de la fundació i de servir el càrrec amb la diligència d'un administrador lleial, tal com estableix l'article 12.1 de la Llei.

S'ha de considerar també que la Llei sobre fundacions privades, en l'article 11.5, estableix la gratuïtat dels càrrecs dels patrons, sense que això els suposi cap despesa, ja que s'afegeix que poden ser reemborsats de les despeses, degudament justificades, que el càrrec els produeixi.

La gratuïtat dels càrrecs, que és un principi recollit en l'exposició de motius de la Llei, fou admesa per adaptar-se a les exigències de les Lleis fiscals.

Aquest requisit podria arribar a ser un obstacle per a aquelles persones capacitades per exercir el càrrec de patró, però que, per manca de temps i disponibilitat econòmica, es poden veure obligats a renunciar a aquest càrrec.

L'autonomia dels patrons no arriba fins al punt de poder fer de la fundació el que ells creguin convenient en un moment donat, sinó que han de vetllar, durant tot el temps en què exerceixen el càrrec, perquè es compleixi la finalitat de la fundació. Tots els seus actes, acords i decisions han d'anar encaminats a complir la finalitat fundacional.

Es per això que els patrons han de respondre davant el Protectorat del compliment de les obligacions establertes per la Llei, a fi de garantir que la fundació no s'aparti dels fins d'interès general que li possibiliten l'existència, i és per això que es pot exercir, en cas d'incompliment de les obligacions, l'acció de responsabilitat davant dels tribunals ordinaris.

Una referència a les mesures cautelars coetànies la trobem en l'article 15.2 d) de la Llei, dins de les funcions del Protectorat. Una d'aquestes funcions és, precisament, instar l'acció de responsabilitat contra els òrgans de govern que hagin incomplert les seves obligacions.

L'article 15 ho fa per raó d'un principi també molt favorable que impera en tota la Llei, no com una exigència de responsabilitat directa sinó després d'advertir els òrgans de govern de la fundació del que han de fer per complir les seves obligacions, i si els advertiments no són atesos, el Protectorat iniciarà les accions de responsabilitat que corresponguin davant dels tribunals ordinaris.

No es pot parlar avui d'una responsabilitat dels òrgans de govern de les fundacions davant de l'Administració. Segons la Llei catalana l'Administració pot controlar el Patronat, pot autoritzar o no determinats actes, pot inscriure o no en el Registre de Fundacions els documents corresponents, pot aprovar o no actuacions quan la Llei ho exigeix. Però no pot, per ella mateixa, decretar, decidir o resoldre cap classe de responsabilitat. Només pot exercitar, com un més entre els subjectes legitimats, l'acció de responsabilitat davant dels Tribunals de la Jurisdicció Ordinària.

Hi ha hagut intents d'assimilar els administradors d'una persona jurídica a uns mandataris d'aquesta, cosa que comportaria considerar els patrons com uns mandataris de la fundació. La llei de fundacions privades catalanes s'absté de qualificar el patró com un mandatari, i ho fa perquè els patrons no són uns mandataris de la fundació i entre aquesta i els patrons no s'estableix cap relació contractual, sinó que el càrrec de patró es constitueix en virtut d'una declaració unilateral de voluntat del fundador o fundadors en atorgar la carta fundacional (8.e de la Llei), del patronat mateix (9.e) i en casos extrems del Protectorat

(punt 28 de la Instrucció) que pot fer nomenaments de patrons per procedir a establir, al més aviat possible, el funcionament normal del Patronat.

El càrrec de patró comporta un ventall de drets i deures que s'han d'exercitar per poder complir unes finalitats d'interès general, ja que la fundació neix precisament per dur a terme finalitats d'interès general (art.1 de la Llei) i l'eficàcia del nomenament de patró depèn de l'acceptació expressa per part del designat.

En la Llei de fundacions privades, no hi caben les acceptacions tàcites, l'acceptació ha de ser expressa, ja que l'article 11.3 de la Llei estableix que l'exercici del càrrec de patró és personalíssim (no són possibles, en principi, les delegacions per exercitar el càrrec de patró).

En ser el càrrec personalíssim, l'acceptació cal que sigui expressa, perquè el Protectorat ha de conèixer en tot moment i d'una forma clara a qui ha d'exigir, si s'escau, les responsabilitats derivades de l'incompliment de les obligacions que comporta el càrrec de patró.

Així, doncs, els patrons poden ser nomenats pel fundador, pel patronat i en alguns casos pel Protectorat. Un cop nomenats han d'acceptar de forma expressa el càrrec, ja que és personalíssim, i formen part de l'òrgan de govern de la fundació, el Patronat, que es converteix en l'òrgan de voluntat de la persona jurídica, limitada sempre a complir en tot moment la voluntat del fundador.

Abans hem dit que no eren els tutors de la persona jurídica "fundació" perquè aquesta tenia capacitat jurídica i plena capacitat d'obrar: 2.1 de la Llei.

Llavors, quina naturalesa jurídica té el càrrec de patró? El càrrec de patró porta aparellada una funció, que és la d'exercitar els drets i deures que comporta el càrrec per complir la finalitat d'interès general volguda pel fundador.

Per poder complir aquesta finalitat la fundació, com a persona jurídica, necessita uns òrgans que assumeixin la funció de complir, en nom propi però en interès de la societat, la voluntat del fundador a partir del moment que s'accepta expressament el càrrec.

Per tot això, aquest òrgan d'actuació (Patronat) es configura com un càrrec d'ofici. Un càrrec o ofici privat perquè el nomenat com a patró, ha d'acceptar expressament el càrrec (art. 11.6 de la Llei), cosa que significa que el nomenat pot rebutjar el càrrec que se li ofereix i aquesta lliure facultat d'acceptar o no demostra que es tracta d'un

càrrec o ofici privat, càrrec o ofici que es constitueix per mitjà de dues declaracions unilaterals de voluntat (oferiment del càrrec i acceptació per part del designat).

El Patró és nomenat per complir una funció dins de l'òrgan de govern de la fundació, però el fet del nomenament no comporta l'assumpció de drets i deures del càrrec, sinó que han de ser acceptats de forma expressa per la persona física o jurídica nomenada patró. La Llei en aquest aspecte és molt clara, en disposar que els patrons entren en funcions després d'acceptar el càrrec expressament. No serà fins que hagi acceptat el càrrec que el patró podrà exercir-lo, estarà obligat i serà responsable de tots els deures que la Llei li imposa (art. 12).

Junt amb el nomenament s'ofereix al Patró un conjunt de drets i deures que haurà d'exercir perquè la fundació pugui complir la seva finalitat d'interès general.

Aquest oferiment, que es produeix amb el nomenament del Patró, ha de ser acceptat de manera expressa per la persona nomenada.

En primer lloc perquè la persona nomenada patró té la lliure disposició d'acceptar o no el nomenament que se li ha fet i, segonament i principalment, perquè la Llei així ho estableix en els articles 8.e i 11.e.

4.- FORMES D'ACCEPTACIO

La Llei 1/1982, de 3 de març, abans de ser modificada, establia únicament dues formes d'acceptació del càrrec de patró, que eren l'acceptació en escriptura pública o bé en document privat amb les signatures legitimades, distingint que es podia acceptar el càrrec en la mateixa escriptura de Carta Fundacional o bé en una escriptura separada.

Sembla que l'incís de l'article 8 e) s'adequa perfectament als casos de nova constitució de la Fundació en la qual els patrons designats en l'acte fundacional accepten el càrrec en el mateix moment, però no en tots aquells casos en què, per una modificació dels membres del Patronat, els patrons havien d'acceptar el càrrec.

En aquests supòsits l'acceptació del càrrec comportava una certa dificultat a la fundació i al mateix patró nomenat perquè havien de comparèixer davant el Notari que elegissin per acceptar el càrrec en escriptura pública o perquè legitimessin la signatura.

La pràctica de cada dia demostra al Protectorat que el tràmit d'inscripció de les acceptacions de càrrecs de Patrons, tenint en compte que és un principi essencial de la Llei la constància de l'acceptació de patrons, per exigir-los quan calgui el compliment de les obligacions tal com estableix l'article 12, no era tan àgil com es podia esperar.

Per tot això, en la modificació de la Llei 1/1982, de 3 de març, per la Llei 21/1985, de 8 de novembre, es preveu una altra forma d'acceptació del càrrec de patró.

D'una manera anàloga a l'establerta per als administradors de les societats anònimes en l'article 108 del reglament del Registre Mercantil, la Llei de fundacions privades admet, com a forma d'acreditar l'acceptació de càrrec, el certificat del Secretari, en disposar l'article 11.6 en la nova redacció:

"Els que són nomenats en una reunió del patronat poden acceptar el càrrec en el mateix acte, la qual cosa ha de certificar el Secretari".

Aquest article, que amplia les formes d'acceptació, només fa això, ampliar-les; en cap cas no anul·la les altres formes (escriptura pública i document privat amb signatures legitimades). Serà el patronat el que decidirà quina forma vol utilitzar, sense que l'una o l'altra prevalgui sobre les restants.

No n'hi ha prou amb la comunicació de les modificacions del Patronat que es fa en la memòria anual, sinó que se n'haurà d'acreditar l'acceptació en una de les formes que estableix la Llei.

5.- CLASSES DE PATRONS

La Llei de la fundació és la voluntat del fundador i per això els patrons són els fiduciaris de la voluntat fundacional, són aquells en qui el fundador diposita la seva confiança que la seva voluntat serà respectada i es portarà a terme, i això perquè la fundació es constitueix, en principi, per temps indefinit i es pressuposa que la seva vida superarà la vida natural del fundador o dels fundadors.

Si féssim un estudi de la composició del Patronat de les fundacions, trobaríem que a Catalunya comptem amb una tradició d'incloure entre els patrons l'Alcalde, el Rector de la parròquia, el mestre, el metge, o els majors contribuents del poble o de la ciutat. El fundador nomenava uns patrons que considerava mereixedors de la seva confiança

i suficientment capacitats per poder tirar endavant la fundació.

Els temps canvien i la composició dels Patronats de les noves fundacions també, i actualment els Patronats són de característiques molt diverses, i s'adeqüen quasi sempre a la finalitat a complir.

El fundador determina la composició del patronat amb absoluta llibertat. En aquest punt, la Llei no vol incidir-hi, només indica que el Patronat ha d'ésser un òrgan col·legiat, compost per un mínim de tres membres. No intervé ni en la composició, ni en la forma de nomenar i renovar els càrrecs, ni en la manera de funcionar. Tots aquests aspectes han d'ésser regulats als Estatuts (art. 9.1 e)), perquè, si no, fallaria l'exigència bàsica de l'organització, que és que la persona jurídica pugui exterioritzar manifestacions de voluntat amb força jurídica d'obligar i d'obligar-se.

Són els fundadors els que han d'escollir la composició del patronat entre moltes solucions possibles: ja sigui absolutament o dintre d'un màxim i un mínim; de quina manera s'escolliran; si han d'ésser persones determinades o no; i trobem diverses classes de patrons: persones físiques, persones jurídiques, patrons que ho són per raó d'un càrrec, representants d'entitats públiques o privades, patrons que ho són per un període de temps determinat, etc.

Podríem fer una primera distinció entre patrons nats, vitalicis, i patrons que ho són per un temps determinat.

Els patrons nats són aquells que ho són per raó del càrrec que ocupen (Alcalde, Rector, President d'una entitat...), de tal manera que en el moment que la persona física deixi d'exercir el càrrec, deixarà d'ésser patró de la fundació, perquè, la seva condició de patró, li és atribuïda precisament pel fet de ser el titular d'un determinat càrrec.

Els patrons vitalicis són aquells que exerceixen el càrrec durant tota la seva vida o, en qualsevol cas, sense que el càrrec estigui determinat temporalment.

El tercer tipus de patrons són aquells que exerceixen el càrrec durant un període de temps determinat (especificat dins els Estatuts), que pot ésser més o menys llarg, i en moltes ocasions s'admetrà llur reelecció. Les combinacions d'aquesta forma de composició del Patronat són molt diverses, de vegades s'optarà per una renovació total del Patronat en el moment que s'acabi l'exercici del càrrec, en altres el Patronat pot renovar-se per meitat, terceres parts, etc. La determinació concreta de la composició és

escollida en cada cas pel fundador, amb els inconvenients i avantatges que té qualsevol de les opcions esmentades.

Qualsevol determinació de la composició del Patronat és vàlida, sempre que es respectin els mínims legals. La llei només estableix un mínim de tres patrons i requereix que els patrons persones físiques gaudeixin de plena capacitat civil, i els patrons persones jurídiques es facin representar en el patronat per una persona física. Serà el fundador, doncs, qui determini la composició del Patronat, en definitiva, qui determini les persones en les quals dipositi la seva confiança.

Aquest matís de la confiança ens porta a parlar d'una altra qüestió relacionada amb el càrrec de patró.

La llei, a l'article 11.3, disposa que l'exercici del càrrec de patró és personalíssim, la qual cosa significa que el nomenat patró que ha acceptat el càrrec en una de les formes establertes en la llei, ha d'exercir-lo personalment; la llei no admet que el patró pugui delegar la seva representació dins del Patronat en una altra persona, atès el caràcter fiduciari del càrrec de patró, que comporta l'exercici del càrrec de forma personal pel designat.

Només s'admet la delegació en un cas concret i amb limitacions; efectivament, l'article 11.3 estableix "quan la qualitat de patró sigui atribuïda al titular d'un càrrec, podrà actuar en nom seu la persona que reglamentàriament el substitueixi". En el cas dels càrrecs nats, aquests poden ésser representats dins el Patronat per una altra persona; es produeix, doncs, una excepció a la norma general, però la llei no ho estableix de manera genèrica, sinó que només es pot delegar la representació en la persona que reglamentàriament el substitueixi. S'haurà d'anar a buscar en cada cas en qui recau aquesta delegació (p.e., si és el President d'una Entitat, en el Vice-president).

6.- ELS PATRONS I LES SEVES ACCEPTACIONS

La diversitat de formes de poder establir la composició dels Patronats de les fundacions, ens presenta una gran varietat de persones que poden ésser membres del Patronat: persones físiques, persones jurídiques, persones que ho són per exercir un determinat càrrec. En tots aquests casos, ¿com es regula l'acceptació del càrrec de patró?. Fins ara hem explicat les formes d'acceptació, però qui ha d'acceptar el càrrec de patró?

a) Quan el càrrec de patró és ofert a una persona física amb noms i cognoms la solució és fàcil. La persona física

nomenada és la que haurà d'acceptar el càrrec en una de les formes establertes a la Llei: si la fundació es constitueix, podrà fer-ho en la mateixa escriptura de carta fundacional, en una de separada o bé en document privat amb les firmes legitimades. Si entra a formar part del Patronat, quan la fundació ja té uns anys de vida, a més a més ho podrà fer en la mateixa reunió en la qual va ésser nomenat.

b) Quan el càrrec de patró és ofert a una persona jurídica, aleshores, qui ha d'acceptar el càrrec? Si, com hem dit a l'inici, la persona jurídica no té una realitat física, i considerem que l'exercici del càrrec de patró és personalíssim, ¿com ha d'acceptar el càrrec la persona jurídica nomenada patró? Es evident que l'acceptació de qualsevol càrrec que es defereixi a la persona jurídica provindrà dels seus òrgans de govern. Segons el tipus de persona jurídica que sigui, la decisió de voler acceptar el càrrec de patró haurà de provenir en cada cas dels òrgans de rectors de cada persona jurídica. I per determinar sota quins requisits podrà acceptar el càrrec i assumir les obligacions pròpies d'aquest, hauran de tenir-se en compte els estatuts o les normes que regulen el funcionament de la persona jurídica. Es a dir que l'acceptació del càrrec de patró haurà de procedir de l'òrgan de govern que, segons les normes reguladores del funcionament de la persona jurídica en qüestió, tingui les facultats necessàries per assumir en la fundació el càrrec de patró.

Però, sota quins requisits ha d'acceptar el càrrec de patró la persona jurídica? L'acceptació del càrrec de patró implica assumir uns drets i uns deures per portar a terme la voluntat fundacional, i com disposa l'article 12.1 de la Llei, implica acceptar també un càrrec d'administrador, en aquest cas d'un administrador que gestiona un patrimoni aliè (el de la fundació), amb el qual es compleix la finalitat de la fundació.

Atès que l'acceptació del càrrec de patró no es pot equiparar a un acte que pugui comprometre la subsistència de la mateixa persona jurídica a la qual s'ha ofert el càrrec, serà suficient un acord adoptat de forma ordinària per poder acceptar el càrrec de patró.

Una vegada acceptat el càrrec per la persona jurídica, aquesta s'haurà de fer representar per una persona física dins del Patronat. I la primera pregunta que ens podríem fer és si aquesta persona ha de formar part dels òrgans de govern de la persona jurídica, o pot ésser una persona física aliena als òrgans de govern. La resposta ens la dona la mateixa llei en l'article 11.3 quan diu: "les persones jurídiques hauran de fer-se representar en el patronat per una persona física". La llei no exigeix que la persona

física designada per la persona jurídica per exercir les funcions de patró hagi d'ésser membre de l'òrgan de govern de la persona jurídica patró, sinó que només estableix que sigui una persona física la que la representi. Hi cap, doncs, que la persona designada no formi part de l'òrgan de govern. Generalment, però, serà un membre de l'òrgan de govern el que representi al patró persona jurídica dins del patronat.

Aquesta actuació de la persona jurídica per mitjà d'un representant no vulnera el que estableix l'article 11.3 de la llei en disposar que l'exercici del càrrec és personalíssim. La persona jurídica necessita un òrgan de govern que prengui decisions, però necessita persones físiques per poder realitzar aquestes decisions.

Una vegada la persona jurídica, que no s'ha d'oblidar que és el patró de la fundació, hagi acceptat el càrrec i designat la persona física perquè la representi dins del Patronat, és la persona física la que exerceix materialment el càrrec de patró en nom i representació de la persona jurídica. Es crea, entre la persona jurídica i el seu representant, una relació jurídica de representació voluntària que requereix l'acceptació, per part d'aquesta, de la representació que se li ha conferit. I això tant si es tracta de la persona física inicialment designada com si es tracta de les persones físiques designades successivament per la persona jurídica, en cas que el primer designat mori, esdevingui incapaç, renunciï a la representació, o sigui revocada la representació.

Hem de distingir les dues acceptacions que se succeeixen quan el càrrec de patró s'ofereix a una persona jurídica: aquesta ha d'acceptar el càrrec de patró amb els requisits anteriorment esmentats en una de les formes establertes a la llei, i la persona física que representa en el Patronat el patró persona jurídica, ha d'acceptar la representació que se li confereix vers la persona jurídica i no davant del Patronat. Aquesta acceptació no afecta en res l'acceptació del càrrec de patró per la persona jurídica designada, que substitueix encara que variïn les persones físiques que han de representar-la en el Patronat.

Serà la persona jurídica, patró, la que comuniqui a la fundació la designació del representant, persona física, que ha d'actuar dins el Patronat. A partir de l'acceptació de la representació i de la comunicació a la fundació, la persona física podrà exercir el càrrec en el Patronat de la fundació.

I aquest esquema s'ha de reproduir sempre que la persona física representant de la persona jurídica variï.

No hem de confondre el cas en què el patró sigui una persona jurídica (p. ex. una S.A.) i que ha de fer-se representar per una persona física, amb el cas que dins dels Estatuts s'especifiqui que el patró serà p. ex., un representant d'una Associació determinada.

En aquest supòsit el càrrec de patró no s'ofereix a l'Associació (per continuar amb l'exemple), sinó a un representant seu. L'Associació haurà de nomenar la persona física, i aquesta serà la que hagi d'acceptar el càrrec de patró en una de les formes establertes a la Llei, perquè és aquesta el Patró de la fundació.

c) Ja hem dit anteriorment que els patronats de les fundacions poden comptar amb membres que són designats pel fet d'ésser titulars d'un determinat càrrec (Alcalde; Rector,...), els quals reben el nom de patrons nats. Aquest cas apareix regulat en l'article 11.3, que preveu que el càrrec de patró sigui atribuït al titular d'un càrrec, i el problema que comentarem és saber com juga el requisit de l'acceptació.

En cas que es tracti del primer titular no hi ha dubte que haurà d'acceptar el càrrec de forma expressa en una de les formes establertes a la llei, atès que el designat patró només adquireix aquesta condició després d'haver acceptat el càrrec.

Davant d'aquest supòsit interessa aclarir dues qüestions que es poden suscitar: si per qualsevol circumstància, la persona física que exerceix el càrrec canvia, les persones físiques successivament cridades al càrrec esmentat adquireixen automàticament la condició de patrons com a conseqüència d'haver acceptat el primer titular el càrrec de patró, o bé la persona física designada successivament pot acceptar lliurement o no la condició de patró, vinculada per disposició estatutària al càrrec assumit.

La segona qüestió que es pot plantejar és si quan es tracta de càrrecs nats, la persona física en acceptar el càrrec que determina la condició de patró, està acceptant implícitament també el càrrec de patró de la fundació.

Cal precisar, primer, que en el cas de patrons nats, quan la persona física mori, o cessi del càrrec que determina el fet d'ésser patró, no es produeix una vacant en el patronat, perquè la condició de patró continua vinculada al titular del càrrec. No així quan, p. ex., es nomena per exercir el càrrec de patró una persona física i, després d'haver acceptat el càrrec, mor, és incapacitat o renúncia al càrrec. Aleshores, dins el patronat sí que es produeix una

vacant, que haurà de cobrir-se de la manera que prevegin els Estatuts de la fundació, art. 9.1 e de la llei, o, subsidiàriament, pel Protectorat.

Però si canvia la persona física que exerceix un determinat càrrec, aquest cessament significarà per a la persona el cessament de la condició de patró de la fundació.

Quan es nomena per al càrrec de patró el titular d'un càrrec, en realitat se suposa un nomenament successiu de patrons, i, per tant, no es vol atribuir la funció de patró únicament a qui sigui titular del càrrec en el moment de constituir-se la fundació, sinó a qui en cada moment ocupi el càrrec; és a dir, que el càrrec s'ofereix novament a les persones físiques que passen a exercir-lo després de la mort, cessament, remoció o renúncia del primer titular que va acceptar la condició de patró.

Per respondre a la primera qüestió plantejada podem dir que, atès que el càrrec de patró es configura com un ofici de dret privat constituït per dues declaracions de voluntat: una la del fundador i l'altra la del designat, quan el primer titular del càrrec accepta la condició de patró, només a ell el compromet aquesta acceptació.

Per tant, el cessament en el càrrec de la persona que inicialment va acceptar la condició de patró determina, en primer lloc, el cessament també com a membre del patronat. I, en segon lloc, la condició de patró s'ofereix successivament a la persona que la substitueixi en el càrrec, amb la facultat de poder acceptar o no lliurement la condició de patró, ja que l'acceptació del primer titular del càrrec no pot vincular des d'un punt de vista jurídic els successius titulars del càrrec. I com que la llei estableix a l'article 12.2 que "els components del patronat són responsables del compliment d'aquestes obligacions en els termes que estableixin les lleis", a una persona només se li pot imposar una responsabilitat per les obligacions que es deriven de l'exercici d'un càrrec si l'ha acceptat, tenint en compte, a més a més, que només després que els patrons hagin acceptat el càrrec expressament, entren en funcions (art. 11.6 de la llei). I si això és així, resultaria contrari a tots els principis jurídics que el titular successiu del càrrec hagués de respondre de les obligacions inherents al càrrec de patró si aquest nou titular del càrrec mai no va acceptar formar part de l'òrgan de govern de la fundació.

Respecte a la segona qüestió de si quan es tracta de càrrecs nats, la persona física, en acceptar el càrrec que determini la condició de patró, està acceptant implícitament el càrrec de patró, creiem que la resposta adequada és que no. En

primer lloc perquè l'acceptació del càrrec de patró ha d'ésser una acceptació expressa: art. 11.6 de la llei, i, en segon, perquè, en principi, qui accepta un càrrec, p. ex. un Alcalde, només està d'acord a assumir les responsabilitats pròpies de l'exercici d'aquest, però no les responsabilitats derivades d'una funció estranya al càrrec, com s'esdevé en el cas que ara ens preocupa, és a dir, el fet de vincular l'ofici de patró a l'exercici d'un determinat càrrec.

En el cas que ens ocupa podríem fer una referència al supòsit de si el titular d'un càrrec ha d'acceptar novament el càrrec de patró quan és reelegit en el càrrec que serveix per determinar la condició de patró. Si com hem dit abans, des del moment que es produeix el cessament del càrrec, es produeix alhora i automàticament el cessament com a patró de la fundació, si és reelegida la persona física haurà d'acceptar novament l'acceptació de patró, perquè una vegada produïts els cessaments (del càrrec i com a patró), encara que sigui reelegit la condició de patró se li ofereix altra vegada per la condició que té de titular successiu d'un càrrec, i haurà de tornar-lo a acceptar amb els requisits que estableix la llei.

Encara que sigui un principi establert per la llei que l'exercici del càrrec sigui personalíssim, atesa la qualitat de fiduciariis que comporta el càrrec de patró, la mateixa llei, com ja hem dit abans, disposa que en els casos en els quals la condició de patró sigui atribuïda al titular d'un càrrec, podrà actuar en nom seu la persona que reglamentàriament el substitueixi, i ho fa per raons pràctiques (imagineu-vos p. ex. que el patró és el Bisbe de Barcelona, possiblement no podrà assistir a totes les reunions del Patronat...). En aquests casos el titular d'un càrrec pot exercir-lo personalment, o si ho prefereix encomanar a la persona que reglamentàriament el substitueixi l'exercici de les funcions de patró. I si es dóna aquest cas, hem de veure si el delegat ha d'acceptar el càrrec de patró. En principi ens trobem que el titular del càrrec delega al substitut reglamentari les funcions de patró, però hem de precisar l'objecte d'aquesta delegació: l'article 11.3 estableix que el substitut "podrà actuar" en nom del titular del càrrec, i és aquest podrà actuar el que centra l'objecte d'aquesta delegació. El titular del càrrec no delega la condició de patró, sino únicament l'exercici de les funcions que com a patró li corresponen. Es a dir que el substitut reglamentari no assumeix en cap moment la condició de patró, ni les responsabilitats pròpies del càrrec, i, per tant, en no ésser patró no l'afecta el deure de l'acceptació del càrrec de patró. El substitut reglamentari ha d'acceptar únicament la delegació davant del titular del càrrec, però no el càrrec de patró, ja que en cap moment no l'assumeix,

sinó que continua vinculat al delegant.

7.- SOLUCIONS DAVANT LA NO ACCEPTACIO D'UN PATRO

A l'últim, només fer una breu referència a les situacions que es poden produir davant de la no-acceptació d'un patró. Com que el designat per exercir al càrrec de patró pot o no acceptar lliurement el càrrec que se li ofereix, ja que hem dit que és un càrrec o ofici privat, el Protectorat no pot fer res per obligar-lo. I aleshores haurà d'atenir-se a les disposicions dels Estatuts reguladors de la fundació per veure de quina manera es pot cobrir la vacant, i, si no, l'article 15.2 g de la llei encomana al Protectorat "exercir provisionalment les funcions de l'òrgan de govern, si per qualsevol raó o motiu manquen les persones cridades a integrar-lo; i de conformitat amb el punt 28 de la Instrucció podrà també el Protectorat "fer els nomenaments que calguin", de manera que en cas de no acceptar el càrrec de patró qualsevol dels nomenats per exercir-lo, si amb aquesta no-acceptació no poden complir-se els preceptes estatutaris sobre composició del patronat, el Protectorat podrà nomenar els patrons que calguin perquè pugui complir-se la norma estatutària, nomenament que, segons el mateix punt 28 de la Instrucció, "hauran de recaure en persones aptes, escollides entre aquelles que els fundadors haurien volgut, segons resulti dels Estatuts o dels actes inicials de constitució de la Fundació". El punt 28 continua dient: "Si això no fos possible, el Protectorat iniciarà l'expedient que resulti convenient d'entre els que regula l'article 14 de la llei", i l'article ~~14.3~~ estableix que el "Protectorat pot iniciar els expedients corresponents, escoltats els patrons de la fundació", entre els quals s'inclouen els expedients de modificació d'Estatuts. Aquesta solució de modificació d'Estatuts és realment una solució extrema.

I amb això acabem la nostra exposició, que no tenia més intenció que posar en relleu alguns dels problemes que es poden plantejar en matèria d'acceptació de càrrec de patró, amb la certesa que es poden donar al llarg de la vida de les fundacions casos que no han estat considerats aquí.

FORMES D'ORGANITZAR EL GOVERN DE LA FUNDACIO

Carmen Pilar de los Mártires Moras

Novembre 1987

INTRODUCCIO

El tercer requisit essencial de tota fundació és precisament el que li permet actuar en el món del dret com a persona jurídica; és aquest tercer requisit l'"organització", la qual ha de ser suficient per produir actes de voluntat, ja que la finalitat no podria realitzar-se encara que hi haques els mitjans econòmics.

En aquest punt, la Llei de fundacions privades és molt sòbria; no vol prejudicar l'organització de la fundació i deixa llibertat perquè siguin els mateixos interessats els qui, d'acord amb la finalitat que es persegueix, adoptin la manera d'executar-la i, d'acord amb l'envergadura de l'entitat, li donin l'organització que creguin més adequada.

GOVERN DE LA FUNDACIO: CONTROL I RESPONSABILITAT

Hi ha un principi, generalment admès, del qual s'accepta el criteri que hi ha d'haver un cert control i una certa responsabilitat de l'òrgan de govern de les fundacions, com també dels organismes corresponents.

El doble fet conceptual de la forma d'actuació del Protectorat i de la responsabilitat dels membres de l'òrgan de govern de la fundació davant l'Administració i els Tribunals de Justícia són dues cares d'una mateixa moneda o, si em permeten el símil, com dos plats d'una mateixa balança de manera que en la mesura que hi hagi una actuació més enèrgica del Protectorat, la realitat ens demostra que hi ha una exigència de responsabilitats dels patrons menor; mentre que, quan es disminueix l'intervencionisme del Protectorat sobre la vida de les fundacions i els seus òrgans de govern, augmenta, o almenys així hauria de ser, l'abast de l'exigència de responsabilitat, sobretot davant els Tribunals.

Es pot afirmar, després d'aquesta breu introducció, que la Llei de 3 de març, de fundacions privades, es decanta a favor de la tesi que atribueix, al Patronat de les fundacions privades catalanes, un extens marc de llibertat d'acció i també configura una seriosa exigència de responsabilitat. Tanmateix, com a mesura precautòria i per a determinades ocasions, s'estableix amb certa rigorositat un notable control administratiu.

Per centrar el tema convé, al meu entendre, fer una precisió important:

Segons que estableix l'apartat 1 de l'article 11 de la Llei, "qualsevol fundació ha de comptar almenys amb un òrgan de govern amb el nom de Patronat"; és a dir, hi ha una imposició legal que obliga a l'existència del Patronat, sens perjudici de la creació d'altres òrgans de govern en el si de la fundació, amb el benentès que l'anomenat "Patronat" té una sèrie de facultats indelegables, segons la mateixa Llei, que solament pot exercir per si mateix i de les quals parlarem més endavant.

Tornant enrere i per aprofundir en el paper que s'atorga al Patronat, ens hem de referir, en primer lloc, a l'exposició de motius de la Llei catalana.

Així veiem que, en establir els principis inspiradors de la Llei, el paràgraf d) diu textualment:

"S'hi preveu que el control administratiu s'exerceixi principalment en forma d'aprovacions d'actes més que no pas en forma d'autoritzacions prèvies, com correspon a una entitat de dret privat. La vigilància bàsica s'exercirà a través de la qualificació dels documents que s'han d'inscriure en el Registre de Fundacions i de l'examen dels comptes i de la memòria anual; l'autorització prèvia només s'estableix per evitar qualsevol desviació perillosa en la inversió del patrimoni, que constitueix una garantia d'encert per als patrons mateixos."

Per tant, un control administratiu reduït en forma d'aprovació de les iniciatives preses pel mateix patronat, al costat del control previ en forma d'autorització, perquè el Patronat pugui adoptar determinades decisions amb transcendència jurídica.

En l'apartat e), seguint amb l'exposició de motius, es determinen les línies mestres del que ha de ser l'exigència de responsabilitat dels òrgans de govern, dient:

"La submissió a la jurisdicció ordinària és total pel que fa a l'exigència de responsabilitat als òrgans de govern, àdhuc per a tot allò que es refereix a la imposició de mesures cautelars. Quant a les facultats del protectorat, sempre s'atribueix a la jurisdicció contenciosa administrativa la possibilitat de dir-hi la darrera paraula. Amb això, tant els fundadors i els aportadors com els membres dels òrgans de govern i els mateixos beneficiaris de les fundacions poden estar segurs que llurs interessos respectius resten totalment garantits."

Com a manifestacions concretes dins de l'articulat de la Llei, d'aquests criteris sobre el control administratiu de les fundacions, trobem diversos exemples:

a) En primer lloc, en matèria de dotació.

En aquest apartat tenim tres casos:

L'art. 3.4 diu:

"Els models i les càrregues que gravin els béns aportats no poden absorbir llur valor. Tampoc no poden significar unes despeses anuals que impedeixen el compliment de l'obligació establerta en l'apartat 2 de l'article 5, llevat, en aquest cas, que ho autoritzi el protectorat, atès l'interès de la fundació."

Un altre exemple el tenim en l'art. 4:

"1. Els béns que constitueixen la dotació d'una fundació poden ésser destinats amb caràcter permanent al compliment directe de les finalitats fundacionals en forma d'immobles, instal·lacions o béns de natura moble, adequats per a aquest compliment. Aquests béns només poden ésser alienats a títol oneros i en les condicions establertes pels fundadors, excepte si el protectorat ho disposés altrament per a un supòsit determinat.

2. La resta de la dotació ha d'ésser invertida normalment en béns fructífers, els quals només podran ésser alienats per a reinvertir el preu que se n'obtingui en l'adquisició d'altres béns fructífers, que quedaran subrogats en el lloc dels alienats.

3. Quan el Patronat cregui que el manteniment del patrimoni o un altre benefici per a la fundació exigeix gravar els béns de la dotació o consumir-ne una part, caldrà que obtingui autorització prèvia del protectorat per a dur a terme l'operació o per a quedar eximit de l'obligació de reinvertir.

4. La inversió de tot o d'una part del patrimoni d'una fundació en empreses mercantils, sempre que atribueixi a aquella la qualitat de comerciant en termes legals, ha d'ésser autoritzada pel protectorat."

Finalment l'art. 6.3 estableix:

"Les herències a favor d'una fundació no podran ésser repudiades sense autorització prèvia del protectorat".

Com es pot apreciar d'aquest conjunt de disposicions, tots aquells actes que puguin afectar d'una manera directa el patrimoni de la fundació, partint de la dotació inicial, exigeixen una autorització prèvia del Protectorat.

En aquests supòsits, i és lògic que sigui així, la legislació no vol córrer el risc de deixar en llibertat total els patrons i exigir-los posteriorment responsabilitats dels seus actes, sinó que tal com és comú en el Dret comparat, per als actes que afecten l'essència de la fundació, el control administratiu s'exerceix amb caràcter previ.

b) En segon lloc, en matèria d'Estatuts.

Si la dotació és la "primera matèria" de la fundació, els Estatuts en són la "forma jurídica". Per tant, els canvis importants en l'estructura de la fundació, les fusions o agregacions de fundacions, o l'extinció mateixa, si bé no exigeix cap autorització prèvia -i aquesta diferència conceptual ja és per si mateixa d'una certa importància- sí que exigeixen una aprovació posterior del Protectorat per poder ser executats.

c) En tercer lloc, en matèria de Registre de documents.

El Protectorat, en exercir les seves funcions portant el Registre de Fundacions, exerceix un cert control sobre els seus òrgans de govern, tal com estableix l'art. 15.2 a).

d) Finalment, en matèria de compliment de les finalitats fundacionals sobre la base de les competències que deté el Protectorat a l'hora d'examinar els documents anuals que el Protectorat està obligat a presentar.

Per a tots els altres actes de la vida de la fundació, el principi és la llibertat d'actuació dels patrons i l'exigència eventual de responsabilitats.

Ens hem de referir, en primer terme, a les manifestacions de responsabilitat dels patrons en el marc de la llei catalana, i distingirem:

- Una primera responsabilitat dels òrgans de govern d'una fundació no inscrita, d'acord amb allò que constitueix un criteri jurídic general sobre aquest supòsit.

L'art. 7.2 manifesta:

"Els òrgans de govern d'una fundació no inscrita poden, dintre de llurs facultats, atorgar actes, adquirir drets i contreure obligacions, que considerin inajornables, en nom i interès d'aquella en constitució, els quals s'entendran assumits automàticament per la fundació quan es produeixi la inscripció. Altrament, el patrimoni

fundacional respondrà de les obligacions concretes, i, en allò que mangui, la responsabilitat recaurà solidàriament sobre les persones que hagin contractat."

- Respecte a la responsabilitat i les obligacions dels patrons, ha quedat àmpliament tractat.

- Finalment, una altra referència a l'exigència de responsabilitat i a les mesures cautelars coetànies la trobem en l'art. 15, dins de les funcions del Protectorat:

"Advertir els òrgans de govern de les fundacions allò que han de fer per a complir llurs obligacions i, si els advertiments no són atesos, iniciar les accions de responsabilitat que corresponguin davant dels tribunals ordinaris. En aquests casos, el protectorat podrà suggerir al tribunal que convé suspendre en tot o en part els patrons i els apoderats en l'exercici del càrrec o prendre altres mesures de cautela adequades."

Tornant al principi de l'exposició, quan parlàvem de l'organització com un dels requisits essencials i el tractament que en fa la Llei de fundacions, havíem manifestat la sobrietat de la Llei en aquest aspecte.

Aquesta posició legal obeeix sens dubte al respecte que existeix, i ha d'existir, envers la naturalesa privada de la institució i també per raó de la gran varietat de fundacions que es poden constituir.

Concretament, la Llei, en l'art. 9, estableix el contingut mínim dels Estatuts i, quan es refereix concretament al Patronat, diu:

"La regulació del patronat, òrgan de govern de la fundació, expressant-ne la composició, la forma de designació i de renovació dels patrons, les facultats que assumiran i la manera de deliberar i de prendre acords."

Com es pot veure per la lectura d'aquest apartat de l'art. 9, tot això està expressat en termes més aviat abstractes, que permeten configurar aquests extrems en les formes més variades i faculden els fundadors per regular-los, ja sigui de forma minuciosa o, al contrari, d'una manera molt genèrica.

Les exigències les trobem una mica més endavant en la Llei, ja que l'art. 1.1 regula alguns aspectes de les facultats i el funcionament del Patronat.

Analitzant concretament aquesta disposició trobem que, respecte a la composició, només obliga que sigui un òrgan col·legiat compost per un mínim de tres membres, no entra en la forma de nomenar els patrons ni en la renovació d'aquests, ni tampoc en la manera de funcionar.

Tots aquests extems, tanmateix, han de ser regulats en els Estatuts, com ja s'ha dit, ja que, si no, fallaria l'exigència bàsica de l'organització, que és que la persona jurídica pugui exterioritzar manifestacions de voluntat amb força jurídica d'obligar i d'obligar-se.

Tanmateix, atès que aquest curset es titula "La pràctica jurídica", entrarem en el detall d'algunes d'aquestes alternatives per si els poden interessar.

Cal que els Estatuts determinin el nombre de patrons, ja sigui d'una forma taxativa o dins d'un mínim i un màxim.

També s'haurà de determinar la manera de renovar els patrons, que es pot fer per cooptació, per raó del càrrec (patrons nats), basant-se en unes determinades característiques tècniques que hagi de posseir la persona cridada al càrrec o a través d'un cos d'electors extern o intern de l'organització fundacional.

La durada del càrrec també és un altre extrem que ha de preveure els Estatuts; modernament sol ser amb caràcter temporal, cosa que pot conduir a una renovació del Patronat total o per parts, amb els avantatges i inconvenients que això implica en cada cas.

Quant a la forma de convocar les reunions del Patronat, normalment s'estableix que les convocatòries es faran per escrit, tret de casos excepcionals motivats per la urgència del tema, amb suficient antelació i expressant l'Ordre del dia.

El nombre de reunions a què s'obliga el Patronat al cap de l'any sol ser molt variat i va íntimament lligat al tipus d'activitat que porta a terme la Fundació; almenys n'hi ha d'haver una d'anual perquè el Patronat aprovi els comptes i els altres documents preceptius que ha de presentar al Protectorat.

Quant al tema dels quòrums, s'ha de distingir entre:

- quòrum d'assistència: nombre de persones que hi ha d'haver presents en la. i 2a. convocatòria perquè els acords que es prenguin siguin vàlids.

- quòrum de vot: es fixarà el nombre de vots favorables que es necessiten per adoptar un acord, tenint en compte que la Llei no admet les delegacions de vot.

Se sol establir el vot de qualitat del President per a casos d'empat.

Normalment el quòrum sol ser distint segons els temes sobre els quals s'hagi de decidir.

Majoria simple: qüestions d'ordre corrent.

Majoria composta: 2/3 per a temes de gran transcendència: modificació d'Estatuts, fusió, agregació i extinció.

- Acords i Actes: els acords que adopti el Patronat s'hauran de transcriure en el Llibre d'Actes (obligatori) de manera que aquest reflecteixi amb claredat i exactitud tots els punts tractats en la reunió, com també els resultats de les votacions, si n'hi hagués hagut.

- Certificats: els expedeix el Secretari amb el vist-i-plau del President i són documents que acrediten el contingut de l'Acta, totalment o parcialment (sol·licitud d'aprovació d'actes al Protectorat).

-Facultats del Patronat:
Diu l'art. 11.2:

"El patronat té la representació de la fundació, la qual comprèn totes aquelles facultats que siguin necessàries per a la realització de les finalitats fundacionals."

Es a dir, les té totes, sens perjudici d'aquelles que no puguin ser executades sense l'aprovació del Protectorat.

-Atribucions en el si del Patronat:

Normalment i encara que la Llei no ho exigeixi, en el si dels Patronats se sol fer un repartiment de funcions i responsabilitats que, lògicament, agiliten la vida de la fundació. Els càrrecs més freqüents són:

- a) President:
 - Convocar les reunions
 - Fixar l'ordre del dia
 - Presidir i dirigir els debats
 - Signar les actes i visar els certificats amb el Secretari
 - Representar el Patronat quan no delegui en un altre membre
- b) Secretari:
 - Portar i custodiar el llibre d'actes i altres documents de la fundació
 - Redactar les actes i signar-les amb el President
 - Expedir els certificats
- c) Tresorer:
 - Custodiar els béns de la fundació
 - Dirigir la comptabilitat
 - Expedir, juntament amb el President, els manaments de pagament
- d) Vice-president i Vice-secretari: Substituir en cas d'absència

Es important que els fundadors, a l'hora de nomenar el Patronat, tinguin en compte no solament el prestigi personal o institucional de les persones sinó, sobretot, la capacitat i adequació de tots i cada un dels escollits per a la finalitat concreta que persegueix la fundació que es constitueix; per això és convenient evitar l'anquilosament dels càrrecs que pot suposar un òrgan endogen renovat permanentment per la simple cooptació.

A Catalunya hi ha una gran tradició d'incloure en el Patronat figures com és ara l'alcalde, el rector de la parròquia, el metge, el mestre, etc., etc.; avui en dia es podria pensar que, sense menystenir de cap manera la voluntat del fundador, seria profitós incloure altres càrrecs o altres persones que fossin concurrents amb l'entorn social en què s'ha de desenvolupar l'activitat fundacional.

El que pretén la Llei a través de les seves disposicions en matèria d'organització és que les fundacions tinguin, almenys, un òrgan de govern amb unes funcions mínimes, que són la representació de la fundació, amb les facultats necessàries: fonamentalment, l'administració d'un patrimoni i la decisió de les activitats a realitzar i a qui van destinades.

Tots aquests preceptes són motivats essencialment per la necessitat, per part del Protectorat, de disposar d'unes

persones que responguin que la fundació no s'apartarà de la voluntat establerta pel fundador a través d'unes finalitats concretes; que aquestes siguin sempre d'interès general; que es conservi la dotació d'acord amb la Llei i que s'administri fidelment el patrimoni.

Tot això, tanmateix, no impedeix que cada fundació es pugui organitzar de la forma més adequada tenint en compte la seva naturalesa i importància.

Les fundacions més petites si, com és probable, es proposen més activitats molt concretes, o bé aquelles que es dediquen a ajudar tercers sense activitats organitzatives pròpies, en tindran prou amb un Patronat poc nombrós i un escàs personal administratiu.

A un altre tipus de fundacions, els serà imprescindible fer ús de la facultat que atorga la Llei que el Patronat delegui les seves facultats, és a dir, les que la mateixa Llei autoritza, en un o diversos dels seus patrons; o bé nomeni un administrador, un gerent o un director de la fundació que sigui aliè al Patronat.

D'altra banda, si el Patronat és molt nombrós potser sigui necessari crear altres òrgans de govern més reduïts (Comissió Permanent, Comitè executiu, Consell de Direcció...) amb facultats més o menys àmplies d'entre les que la Llei permet, per tal de fer-ne més àgil i operatiu el funcionament.

Aquelles fundacions que, a més de la dotació, pensen comptar entre els seus ingressos amb donatius de particulars, poden organitzar els donants mitjançant un Consell o Assemblea de col·laboradors i concedir-los, a través dels Estatuts, alguns drets o funcions, com ara escollir alguns o tots els membres del Patronat, estar al corrent de les activitats de la fundació amb dret a ser consultats prèviament, conèixer els comptes anuals de la fundació, participació en la concessió de beques, ajudes ..., sempre que no actuïn de substituïts del Patronat ni tinguin facultats decisòries, ja que això representaria una desnaturalització del Patronat i una usurpació de les funcions que li atribueix la Llei.

No s'ha d'oblidar que la direcció de la fundació pot suposar, en alguns casos, la necessitat de prendre decisions per a les quals es requereixen uns coneixements tècnics apropiats. Aquesta casuística es pot regular a través dels mateixos Estatuts, que estableixin la possibilitat de nomenar o designar aquestes persones amb la preparació adequada, o bé que el Patronat recorri a l'assessorament de

per a les quals es requereixen uns coneixements tècnics apropiats. Aquesta necessitat es pot regular a través dels mateixos estatuts, que estableixin la possibilitat de nomenar o designar aquestes persones amb la preparació adequada, o bé que el Patronat recorri a l'assessorament de persones externes a l'òrgan de govern que compleixin els requisits necessaris.

Els aspectes interns de la vida de la Fundació o de l'establiment on es desenvolupa l'activitat fundacional, no sols poden ser regulats, sinó que han de ser-ho, a través d'un reglament intern.

De tot el que he dit, i amb això acabo, se'n dedueix que les possibilitats existents en matèria d'organització són infinites. Per això els fundadors, a l'hora de plantejar-se aquest aspecte, han de ser reflexius i pragmàtics, ja que de l'encert d'aquesta organització depèn, en gran part, la bona marxa de la fundació i dels seus fins i, per consegüent, que en treuen més profit la societat, que és, en última instància, la destinatària i receptora de la voluntat fundacional.

Per part meua res més, tan sols agrair-los la seva presència i la seva atenció.