

DEPARTAMENT ADJUNT A LA PRESIDÈNCIA

722

LA FUNDACIÓ PRIVADA: EVOLUCIÓ HISTÒRICA I CONCEPTE ACTUAL

PANORÀMICA ESTRANGERA I ESPANYOLA

FONTS JURÍDIQUES

LES FUNDACIONS CATALANES

DIRECCIÓ GENERAL D'ASSOCIACIONS I FUNDACIONS



GENERALITAT DE CATALUNYA

722

LA FUNDACIÓ PRIVADA: EVOLUCIÓ HISTÒRICA I CONCEPTE ACTUAL

PANORÀMICA ESTRANGERA I ESPANYOLA

FONTS JURÍDIQUES

LES FUNDACIONS CATALANES

Miquel Billoch i Barceló

1987

INDEX

Evolució històrica

- A- Dret Grec.
- B- Dret Romà.
- C- Les fundacions a l'Edat Mitjana.
- D- La crisi de les fundacions als segles XVIII i XIX.
- E- Les fundacions al segle XX.

La fundació, persona jurídica: introducció del concepte a Espanya.

Concepte i característiques de la fundació segons la doctrina jurídica actual

- 1.- Definició.
- 2.- Requisits essencials.
 - a) La dotació.
 - b) La finalitat.
 - c) L'organització.
- 3.- Evolució produïda en els requisits essencials.
- 4.- El Registre de Fundacions Privades.

Les fonts jurídiques

- I- Legislació espanyola.
 - A- Legislació anterior a l'any 1982.
 - B- Legislació de la Generalitat de Catalunya.
- II- Panoràmica estrangera.

Les fundacions catalanes

- 1.- Competència de la Generalitat de Catalunya sobre les fundacions privades.
- 2.- Criteri que determina quan una fundació privada és catalana.
- 3.- Obligació legal imposada a les fundacions catalanes de tenir el domicili a Catalunya.

LA FUNDACIÓ PRIVADA

EVOLUCIÓ HISTÒRICA

A.- DRET GREC

- 1.- Si deixem de banda els precedents que, per exemple, a Caldea i a Babilònia han trobat els historiadors del món antic, podem afirmar que l'origen remot de la figura jurídica que avui coneixem sota el nom de fundació sorgeix en el món greco-hel·lenístic.

Els grecs, com els romans, no han conegut la institució jurídica de la fundació que, en un sentit estricte, pressuposa la creació d'un ens dotat de personalitat jurídica.

Els historiadors del dret antic fan ús de la denominació de "fundació", però en un sentit molt ampli, per designar una identitat de fins, que determinats actes de disposició -ja sigui inter vivos o mortis causa- persegueixen. Així ens parlen que en el fons o en la base de tota fundació hi ha la voluntat d'establir una certa activitat perdurable, independent de la vida de la persona que ho disposa, i especialment, pensant que, aquesta activitat, sigui realitzada després de la mort de la persona que l'ordena.

En les creences religioses gregues, segons les quals les condicions de supervivència en el més enllà apareixen lligades no solament a la conservació del cos del difunt i a la cura de la tomba, sinó també a la pràctica regular de sacrificis oferts als difunts, la pràctica del culte funerari assumeix una importància cabdal en la preocupació de tota persona i en la dels seus parents més propers.

El culte funerari queda inicialment assegurat pels sentiments de solidaritat de la família grega, però els profunds canvis que es produeixen a Grècia a partir del segle V abans de Crist, que modifiquen les concepcions morals, socials i religioses, fan que els homes recelin de la solidaritat familiar en el culte i tractin d'assegurar de manera distinta la perpetuació dels ritus funera-

ris.

Són aquestes noves preocupacions, juntament amb el fet de l'afebliment de la solidaritat familiar, les raons per les quals apareixen nombroses fundacions gregues.

Aquesta preocupació, en un principi només pensada en la perpetuació dels ritus funeraris, es desenvolupa plenament en el segle IV abans de Crist, i s'obre cap a un camp molt més ampli i variat que comprèn moltes de les preocupacions essencials del món grec: les seves aspiracions religioses i estètiques, la beneficència, l'educació, el progrés moral i material, etc.

Els historiadors del Dret parlen que la figura de la fundació en el món hel·lenístic en algun cas concret es confon amb el mecenat. Segons Sarrazin, a Atenes el mecenat tenia un caràcter quasi obligat per a la gent rica, els quals devien contribuir amb la seva fortuna als ritus, festes i jocs de la ciutat. Cal diferenciar i no confondre la fundació amb el mecenat.

2.- Però les fundacions gregues no gaudien de personalitat jurídica, ja que, com més endavant direm, la teoria de les persones morals no neix fins el segle XIX.

Per això, la sola manera que coneixia el dret grec per assegurar l'eficàcia, si no perpètua, almenys perdurable, en certa mesura, era la de confiar l'execució de la voluntat, juntament amb els béns necessaris, a un ens jurídic preexistent, com per exemple, una divinitat i el seu temple, a una associació o més comunament a una ciutat.

En el cas de confiar l'execució de la voluntat a una ciutat, el fundador fa a la ciutat una oferta o promesa en presència de testimonis o davant l'assemblea del poble. La ciutat, en contraprestació, emet un decret d'acceptació, pel qual es reconeix deutora dels diners rebuts, fent una enumeració minuciosa de totes i cada una de les clàusules i obligacions previstes en l'oferta. A continuació es produeix la "dotis" o transferències reials dels béns destinats al servei de la fundació. Aquesta transferència dels béns, que es fa en presència de testimonis, sembla que en el dret grec té el caràcter de préstec

concedit per a la realització de determinats fins, en el qual el prestatari (la ciutat, el temple) té l'obligació de restituir el capital en cas d'incompliment dels fins.

En altres casos es constituïren fundacions amb fórmules força insegures des del punt de vista del Dret, però la institució reexí. Així sabem que, per defugir la malfiança que els poders públics sentien enfront de les Escoles Filosòfiques, hom emprà la fórmula de fideïcomisos successius, com el cas de les escoles filosòfiques de Teofrast i Epicur. Ambdós empraren la fórmula de llegar la seva casa i jardí als seus deixebles, tot imposant-los la càrrega que aquests en el seu dia fessin el mateix, i així successivament.

Els historiadors tenen ben documentada l'"Acadèmia de Plató", fundada per Teofrast a la memòria de Plató l'any 285 abans de Crist i dissolta per Justinià l'any 529 després de Crist, que es perpetuà gràcies a la fórmula tan fràgil com insegura dels fideïcomisos successius.

Que fets d'aquesta natura expliquin els historiadors és cosa que a mi no em sorprèn. Però he de confessar que sí vaig quedar enormement sobtat en llegir en el "Traité des fondations d'utilité publique" de Michel Pomey que aquest precedent, amb tota mena de detalls, fos recordat i argumentat pel Tribunal de Cassation Civil de França en la Sentència de 12 de maig de 1902, judicant sobre una fundació.

La fundació es pogué crear també per via testamentària, en temps més apropats a nosaltres.

- 3.- Els historiadors han classificat les fundacions gregues, segons llurs finalitats, en fundacions sacres, agonals i socials. Les sacres són les que tenen per finalitat el culte als déus, als herois, als sobirans, als morts (sacrificis sobre la tomba, cerimònies commemoratives, ornaments dels sepulcres). Les agonals són les que institueixen nous jocs atlètics o que forneixen elements per portar-los a terme. Les socials, persegueixen fins socials en el sentit més ampli de la paraula: en favor de la joventut, per al desenvolupament de la instrucció pública o de serveis públics (banys, camins, teatres, etc.).

B.- DRET ROMA

- 1.- La figura de la fundació en el Dret Romà apareix com a conseqüència de la incorporació al món romà de la tradició greco-hel·lenística. Els romans introdueixen en aquesta figura greco-hel·lenística els seus propis costums de cura de les sepultures, institució que es generalitza, sembla ésser, a partir del segle II, a la vegada que apareixen les primeres fundacions de caràcter assistencial.

Però ha d'afirmar-se que en el dret romà clàssic no sembla que hagi estat reconeguda cap subjectivitat a cap tipus de patrimoni autònom.

Per acomplir la voluntat benèfica del disposant, en l'època clàssica s'utilitzen mitjans indirectes. Si es vol adscriure un patrimoni a una finalitat d'utilitat pública -per exemple la distribució d'aliments entre persones necessitades o la guarició de malalts pobres- es dona o llega els béns a la ciutat o a un "collegium", i s'imposa al donatari l'obligació de destinar les rendes al fi previst: fundació fiduciària. En aquest supòsit no es pot parlar de la constitució d'una persona jurídica, sinó tan sols d'una disposició "sub modo". El patrimoni passa a la propietat del donatari o legatari, que solament assumeix l'obligació personal del compliment de la càrrega, del "modus". L'adquirent pot ésser obligat a respectar la voluntat del fundador, ja sia mitjançant una penyora -"stipulatio poenae"-, ja sia establint que els béns faran trànsit a una altra persona en cas d'incompliment.

Tampoc no són persones jurídiques les fundacions de caritat creades per Nerva i Trajà. Aquests emperadors confiaren substanciosos capitals a algunes ciutats, amb l'obligació de destinar llurs rendes per a ajudes alimentícies a fills de pares pobres. El propietari dels capitals, dels crèdits i dels interessos era sempre l'emperador; la ciutat només participava en l'administració dels béns.

- 2.- És a Bizanci on apareix d'una manera més definida l'antecedent del que avui coneixem sota el nom de fundació: les "piae causae". El fervor de caritat promogut pel Cristianisme, fa que moltes persones dediquin importants

patrimonis per a la creació i sosteniment d'hospitals, asils per a orfes, hospicis per a nens expòsits, de pelegrins, d'indigents, de vells, etc.

En el dret romà postclàssic es regulen aquestes disposicions de béns amb finalitats caritatives sota el nom de "piae causae".

Cal remarcar el marc sociològic en què sorgeixen aquestes institucions, per perfilar millor la influència que el cristianisme té en l'origen d'aquesta figura jurídica.

No sabem ben bé quines formes legals adoptaren els primers centres benèfics que ja existien en el segle IV, i que varen difondre's en gran mesura. Possiblement adoptaren formes fiduciàries o modals, amb una dependència absoluta de l'Església o tenint un administrador al davant dels béns.

Una incipient autonomia d'aquests establiments benèfics va ésser estructurada legalment per les constitucions de LLeó i Antemi de l'any 472, per les quals passen -ultra d'estar solament protegits per privilegis eclesiàstics- a ésser regulats per la llei imperial: són les constitucions C1.3.34, C1.3.32 i C1.3.31.

En virtut d'aquestes constitucions es reconeix a les "piae causae" capacitat jurídica i s'atribueix als encarregats dels orfenats de Bizanci que puguin actuar com a tutors dels menors de vint-i-cinc anys. D'igual manera, els encarregats dels asils tenen legitimació en cas de litigi per vindicar i defensar els béns de l'asil i no se'ls exigeix les garanties i condicions ordinàries pròpies dels procuradors.

Justinià promulga la Constitució de l'any 545 (Nov. 131,11), en la qual estatueix un règim liberal en relació amb els requisits formals de les donacions a favor de les "piae causae", alhora que estableix diversos privilegis a favor de les esmentades donacions.

Però en aquests primers anys de Justinià el nom "piae causae" és una expres-

sió genèrica que comprèn tota transmissió pietosa, de qualsevol classe, ja tingui com a destinatari un centre benèfic, ja revesteixi una forma modal, fiduciària o religiosa. Serà més tard quan comenci la tendència jurídica a identificar les "piae causae" amb els establiments benèfics, excloent-ne les formes de donació modal o fiduciària feta amb fins pietosos o caritatius.

Finalment, en la Novel·la 120 de l'any 544, el legislador deixa de referir-se als bisbes-administradors -com fins llavors s'havia fet- per referir-se directament a les cases o establiments pròpiament dits en donar-los facultats d'actuació jurídica. En la novel·la 131 de l'any 545 el paper i facultats episcopals queden reduïts a una supervigilància. Amb la Novel·la 134 es tanca tot un cicle d'evolució de la institució de la fundació en el dret romà justinianeu.

- 3.- Pel que fa al tema clau de la personalitat jurídica de les "piae causae" del dret romà ha d'afirmar-se, en termes generals, que el dret romà no va conèixer la teoria de la persona jurídica. No és propi del llenguatge dels juristes romans l'ús de l'expressió "persona", per referir-se a l'home, i l'ús de l'expressió "persona jurídica" per referir-se a un ens abstracte considerat com a subjecte de relacions jurídiques. Només en el llenguatge extrajurídic apareix l'ús de la denominació "persona" per referir-se a corporacions públiques: "populus romanus", "municipia", "coloniae", "curiae", "collegiae", "societates".

La construcció de la teoria de la persona jurídica o moral, que es funda sobre una ficció o sobre una realitat jurídica, és fruit d'una teorització iniciada per Sinibaldo Fieschi, represa per la pandectística alemanya -especialment per Windscheid i Savigny- i acollida en tots els ordenaments jurídics contemporanis, segons la qual la necessitat pràctica de separar i diferenciar la responsabilitat de les persones que formen part d'una persona moral i la de l'ens moral per si mateix, especialment en tot allò que afecta els aspectes patrimonials de la responsabilitat, justifiquen la necessitat de la construcció de la teoria de la persona jurídica.

Originàriament, el que coneixem actualment per persones jurídiques, estaven regulades preferentment pel Dret públic, ja que era dins de l'àmbit públic on actuaven. Però pel transcurs del temps, exigències de diversos ordres feren

que la disciplina de les persones jurídiques fos atreta a l'esfera del dret privat.

Malgrat l'evolució soferta per les fundacions en el dret romà justinianeu, ha d'afirmar-se, doncs, que no es reconegué una personalitat jurídica pròpia en favor de les "piae causae", i, per això, no es pot parlar que el dret justinianeu hagi donat lloc al naixement de la figura de la persona jurídica atribuïda a aquests embrions d'entitats que més tard es coneixeran sota el nom de fundacions.

- 4.- Els juristes romans clàssics i postclàssics cregueren que el fet de mantenir i conservar uns béns per a uns fins socials amb una permanència superior a la de la vida humana -que en el fons és l'essència de la moderna fundació- es podia assolir per mitjans no dogmàtics, mitjans que en aquell temps no posseïen i que bastava la via de la pràctica. En determinats casos es vinculaven uns patrimonis per a la realització d'un fi determinat, alhora que es declaraven inalienables aquests béns per dret diví o per pura prohibició convencional.

En d'altres ocasions s'utilitzava una fórmula antropomòrfica en la cessió de patrimonis a una causa pia, tot argumentant que el patrimoni cedit a una causa pia -que donaria lloc al centre de beneficència- el que feia era donar lloc al naixement de la construcció o edifici. Aquesta concepció material està aferrada a la idea que són les parets mateixes de la casa, de l'edifici, de la tanca, les que proporcionen la base imprescindible de la causa pia que radicarà a l'edifici. No va reeixir una teoria corporativa personal que expliqués la causa pia.

El Dret Romà, ni en l'últim període justinianeu, no va conèixer, ni formular, la teoria de la fundació en el sentit de "persona-fi", com a terme antinòmic a la de "corporació-collegium".

Havien de passar molts segles fins que, en el segle XVIII, s'arribés a la construcció dogmàtica de la "Persona-Fi".

C.- LES FUNDACIONS EN L'EDAT MITJANA

La doctrina del Dret romà justinianeu passà per obra dels glossadors a formar part del Dret de l'edat mitjana, tot mantenint-se en la mateixa línia de l'última època del dret romà. Tampoc els glossadors no arribaren a construir la figura de la persona jurídica o moral.

Malgrat això, i per obra del Dret Canònic, es regula la figura jurídica del que avui coneixem com a fundació, amb les primeres institucions de l'Església per a l'assistència i cura dels pobres. En els primers segles aquestes institucions, pot afirmar-se que gaudiren d'una autonomia pròpia, encara que no es pugui parlar de personalitat jurídica: estaven sota la jurisdicció i protecció dels Bisbes. Amb el transcurs dels temps, i com a conseqüència de la creixent intervenció dels fidels que proveïen a dotar-les dels fons necessaris, aquestes institucions foren molt nombroses, i tenien com a fins la pietat, el culte i la cura dels pobres.

El Concili Tridentí aprovà i encoratjà la pràctica de constituir fundacions laïcals. En el període posttridentí és de destacar la lluita que sorgeix entre la potestat civil i l'eclesiàstica referent a la jurisdicció sobre les fundacions laïcals o fidels.

L'Església, que reivindicà sempre la jurisdicció exclusiva sobre aquestes fundacions, per obra d'Inocenci III legislà sobre aquesta matèria, i va promulgar un primer sistema legal sobre la disciplina de les fundacions pies.

Paral·lelament, a partir del segle XIV s'inicia una evolució en els drets civils dels pobles d'Europa que fa que aquesta figura jurídica es configuri també com a institució del dret secular, fins i tot en els pobles de l'occident europeu que fins llavors havien desconegut la figura, com és el cas del Dret Germànic.

Com a institucions benèfiques i caritatives continuen promovent-se als països de l'occident europeu, fins que el problema dels béns de les anomenades "mans mortes" detura el seu creixement i produeix la desaparició de moltes d'elles.

D.- LA CRISI DE LES FUNDACIONS EN ELS SEGLES XVIII I XIX

La crisi de les fundacions apareix a França cap a la meitat del segle XVII i en el XVIII i XIX sorgeix a Anglaterra i Espanya.

A França de primer per un Edicte del 1629, després per la Declaració del 7 de juny de 1659, i finalment per l'Edicte de Saint-Germain-en-Laye de 1666 s'establí la necessitat d'obtenir patent reial per a la creació de col·legis, monestirs i hospicis. Però és un segle després, en 1735, quan hom prohibeix tota fundació testamentària, i es permeten només les que es constitueixin per actes inter vivos i prèvia obtenció de la patent exigida per l'Edicte de 1666 degut al canceller Séguier.

Els nous corrents ideològics i polítics que amaren el segle XVIII francès, fan que es generalitzi l'atac contra les institucions intermèdies entre l'individu i l'Estat, i que en nom del liberalisme es demani la desaparició de totes les institucions intermèdies entre el ciutadà i l'Estat-sobirà, ja que entenen que aquestes institucions impedeixen la lliure expressió de la voluntat popular, i s'afirma que l'individu ha de situar-se directament i sense intermediaris enfront de l'activitat administrativa de l'Estat.

Un dels majors atacs contra les fundacions apareix per obra dels enciclopedistes francesos, en l'Enciclopèdia de Diderot i D'Alembert, en el terme "fondation", atribuït a la ploma de Turgot.

A partir de la Revolució Francesa, es dicten, per instigació notòria de Mirabeau, tot un seguit de disposicions legals. Em remeto a les obres especialitzades -especialment al llibre de Michel Pomey-, ja que detallar les diferents mesures legals contra les fundacions seria inacabable.

A Anglaterra van ésser la "Mortmain Act" de 1736, seguida de la de 1739, les que imposaren un règim per a les fundacions similar al francès.

A Espanya l'atac contra les fundacions apareix al segle XIX, íntimament lligat a la fi de l'Antic Règim i a la instauració del sistema polític liberal,

amb tot el seguit de revolucions i contrarevolucions que caracteritzen els regnats de Ferran VII i Isabel II.

Un precedent d'aquestes disposicions es troba ja en els regnats de Carles III i Carles IV, a causa del mal estat en què es trobava la Hisenda Pública. En efecte, Carles IV, per Decret del 28 d'abril de 1789, proscriu la prohibició perpètua de "enajenación de bienes raíces o estables por medios directos o indirectos, sin proceder licencia mfa...". Per Reial Resolució de 20 de febrer de 1796 i Circular de 20 de setembre de 1799, s'adoptaren un nombre més gran de mesures.

Però es la legislació desamortitzadora i desvinculant del segle XIX la que va eliminar per complet moltes fundacions, i va posar en perill la pervivència de moltes altres.

Quan els liberals aconseguen que Ferran VII juri la Constitució de Cadis, reemprenen l'activitat legislativa que havia estat interrompuda sis anys abans amb la tornada del rei i el cop d'estat absolutista. Una de les primeres mesures que s'adopten és la Llei de 27 de setembre de 1820, per la qual es malfeix les "obres pies" (fundacions benèfiques), ja que juntament amb la prohibició general dels "mayorazgos, fideicomisos, patronatos y cualesquiera otra especie de vinculaciones familiares" (art. 1r.), hom prohibeix que en el futur ningú pugui fundar sota cap pretext obra pia ni vinculació de cap classe de béns i drets (art. 14è.), establint que, si es feia, els esmentats béns i drets, en condició de lliures, passessin a la propietat del fundador o del seu successor.

D'altra banda, la penúria de la Hisenda Pública impossibilità que l'Estat prengués al seu càrrec el sosteniment de totes les institucions de beneficència que fins llavors funcionaven. En adonar-se el govern de la situació caòtica que aquestes mesures comportaven, establí momentàniament la no dissolució automàtica dels establiments de beneficència particular (art. 128, de la llei de 27 de desembre de 1821). Anys després, el govern, en organitzar la Beneficència, exclou de la seva regulació els establiments de beneficència particular (art. 1r. de la Llei de 20 de juny de 1849).

Les disposicions legals bàsiques de desvinculació i amortització són les Lleis de 27 de setembre i 11 d'octubre de 1820, disposicions que, si bé foren derogades posteriorment per Reial Ordre d'11 de març de 1824, les mesures recobraren llur vigència en virtut del Reial Decret de 30 d'agost de 1836 i de la Llei de 19 d'agost de 1841.

Altres mesures legals que incidiren en aquesta matèria són la Llei d'1 de maig de 1855, la d'11 de juliol de 1856, el Reial Decret de 2 d'octubre de 1858, la Llei de 4 d'abril de 1850, el Decret de 12 d'agost de 1871, el de 5 d'agost de 1874 i el Reial Decret de 3 de febrer de 1893.

Com assenyala Federico de Castro y Bravo, el joc contraposat de les disposicions generals sobre desvinculació-amortització i les específiques sobre beneficència, origina una considerable confusió. Els parents dels antics patrons i fundadors, com a successors d'aquests, es creuen amb el dret de reclamar per a ells els béns de les fundacions de patronat laic. Les autoritats, en molts llocs, lluiten per defensar-los, per llur condició de béns de beneficència laics (no eclesiàstics), i per aquest motiu no compresos en l'àmbit de les disposicions legals desvinculadores. L'Administració i els Tribunals s'inclinen en un primer moment a favor de l'aplicació indiscriminada de la legislació desvinculadora. Cap a la meitat del segle XIX, la doctrina jurisprudencial va consolidant-se en el sentit contrari, assenyalant que l'esmentada legislació, tenint en compte el silenci que mostra sobre les fundacions i els fins que perseguia, no pot referir-se ni abraçar els béns destinats a fundacions benèfiques. Que havia de distingir-se entre les fundacions establertes "en favor dels parents dels fundadors o de les famílies que ells mateixos designaren", les quals no mereixen la denominació de benèfiques, d'aquelles altres establertes en benefici "no de certes i determinades persones i famílies", sinó en favor de les classes "més menesteroses o més dignes de protecció". Les primeres (fundacions passivament familiars) estaven subjectes a la desvinculació. Les segones (fundacions benèfiques) no ho estaven, i les autoritats governatives (el protectorat) tenia l'obligació de protegir la seva subsistència, i oposar-se amb energia a les pretensions del parent del fundador que reivindicessin en profit propi llurs béns reclamant-ne als jutjats la desvinculació.

E.- LES FUNDACIONS AL SEGLE XX

Malgrat la crisi soferta per les fundacions en els segles XVIII i XIX, el segle XX apareix pletòric de realitzacions fundacionals, superats els estrebancs ideològics i legals precedents.

El fenomen fundacional és importantíssim i universal. La sola excepció són l'URSS i els països de l'Europa de l'Est, excloent-ne Polònia.

Cal donar només unes pinzellades al fet, ja que entrar en el detall del fenomen seria caure en l'anècdota fàcilment.

Així a Anglaterra es troba encara activa una de les fundacions més antigues del món: La Fundació Reial de Santa Caterina Ratcliffe, fundada a Londres el 1148 per la reina Matilde. Al seu costat desenvolupa les seves activitats la prestigiosa "Charities Aids Foundation" de creació recent. Els treballs legislatius han donat com a resultat la legislació vigent aprovada l'any 1960: la "Charities Act".

A Alemanya, les fundacions, antigament tan nombroses i poderoses, es trobaren arruïnades com a conseqüència de les dues darreres guerres mundials. Malgrat això encara subsisteixen, per exemple, "L'Hospital de Wandling", a Baviera (de l'any 917), "L'Hospital de l'Esperit Sant", de Frankfurt (1193), el "Kloster Saint Johannes" d'Hamburg (1246), institucions que se segueixen desenvolupant al costat de les modernes entitats com la Fundación Volkswagen, o el prestigiós "Institut Max-Planck" o la poderosa "Associació de Donants per a la recerca Científica Alemanya".

Les fundacions són igualment nombroses, importants i actives, des de sempre, a Suïssa, a Holanda i a Escandinàvia, especialment a Dinamarca, on destaquen les que exploten les antigues cerveseries de Tuborg i Carlsberg, si deixem de banda la cèlebre "Fundació dels Premis Nobel" a Suècia.

Bèlgica i Luxemburg compten, també, amb notables fundacions.

Els països del Sud d'Europa, terres de tradició catòlica, es troben en retard en

relació amb l'Europa del Nord. Tanmateix, el nombre i importància de les seves fundacions és cada dia més creixent en aquests països.

Podem citar Itàlia -amb les Fundacions Agnelli (Torí), Cini (Venècia), Olivetti (Roma)- o Portugal -Fundació Gulbenkian-.

Igual fenomen succeeix a Espanya.

La història de les fundacions a Catalunya està per escriure's, i crec que aquest fet és un repte per als estudiosos, tant per l'antiguitat d'algunes d'elles com pel seu nombre -unes 500, el protectorat de les quals ha estat traspassat a la Generalitat en virtut de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya-, com per la importància de la tasca que porten a terme, tant les antigues com les més recents. Penso que seria bo que alguna o algunes fundacions privades catalanes, bequés o concedís ajuts a treballs per establir la història de les fundacions catalanes, ara que aquestes recerques es poden portar a terme des de Catalunya, atès que la major part de la documentació ha esta traspassada a mans de la Generalitat.

A França la tasca doctrinal portada a terme pel Consell d'Estat des de l'any 1666 en què s'aprova la primera fundació, ha anat depurant antics prejudicis i elaborant una doctrina legal moderna. S'hi compten unes 350 fundacions de notòria importància i varietat, el detall de les quals apareix en l'esmentada obra de Michel Pomey, amb les dates precises de llur aprovació. Des de l'any 1966 el nombre de fundacions creades s'ha vist augmentat, fet que ha de relacionar-se amb l'interès que mostrà André Malraux -llavors Ministre pour les Affaires Culturelles del President de Gaulle- envers les fundacions americanes, els qual demanà al senyor Michel Pomey -Maître des Requêtes au Conseil d'Etat- un rapport, que aquest últim elaborà sota el títol "Le mécénat et les fondations" l'any 1965. D'entre les fundacions franceses cal citar per la seva importància "La fondation de France".

Però és als Estats Units on la noció de fundació, vinguda d'Europa, ha conegut el més extraordinari creixement i èxit, fins el punt que, malgrat la crisi que han sofert als anys 50-70, han esdevingut l'exemple tant per la varietat de

llurs fins com per les seves realitzacions, que inspiren el món sencer. Resulta totalment impossible resumir en poques paraules la importantíssima tasca que han portat a terme. Només em referiré a dues: la Fundació Rockefeller que pot enorgullir-se d'haver ajudat en les seves recerques i treballs una trentena de científics que pel seu treball han estat guardonats posteriorment amb el Premi Nobel de Medicina; i la Fundació John Simon Guggenheim Memorial Foundation, que ha assolit cotes altíssimes de prestigi, encara que sigui a nivell intern dels Estats Units.

La importància de les fundacions és igualment notable a Canadà, Austràlia, Africa del Sud, Brasil, Argentina, Veneçuela, etc.

A l'Índia, per exemple, el cèlebre industrial Tata, recolzant-se en la tradició dels parsis de Bombay, ha desenvolupat tota una xarxa de fundacions caritatives importantíssima.

També cal parlar del Japó, país on les fundacions han recobrat una antiga tradició, que han orientat cap a la figura de la fundació; institució avui en dia promoguda per la potent indústria d'aquesta nació.

Últimament en aquest renèixer de les fundacions s'hi ha afegit el món islàmic, redescobrint i modernitzant una antiga institució corànica, el "wakf". D'aquesta manera, importants cabals generats pel petroli han estat destinats a fins d'interès general per mitjà de la institució de la fundació. La Universitat El Azhar del Caire, n'és un exemple il·lustratiu.

I per acabar, repetir que només a l'URSS i països de l'Europa de l'Est -amb excepció de Polònia- no trobem fundacions. L'explicació és ben clara: en aquest països l'Estat i el Partit tenen el monopoli de l'interès general, amb exclusió de tota iniciativa privada, especialment la individual, i a més les persones privades no gaudeixen del dret a la propietat privada i tampoc no poden acumular capital i, per tant, no poden disposar-ne a favor de la col·lectivitat tot cercant una determinada finalitat, encara que sigui d'interès per a la col·lectivitat dels ciutadans.

LA FUNDACIÓ, PERSONA JURÍDICA: INTRODUCCIÓ DEL CONCEPTE A ESPANYA

Mentre a la història europea es produïa la reacció contra les fundacions per obra de les mesures desvinculadores i desamortitzadores contra els béns de les anomenades "mans mortes", com és sabut en el terreny de la doctrina jurídica s'havia anat obrint camí la teoria de les persones jurídiques, de primer recolzada en la "teoria de la ficció" -iniciada a l'Edat Mitjana pel canonista Sinibaldo Flisco, seguida per Innocenci IV i configurada definitivament per Savigny-, després recolzada en les "teories de la propietat real" -en l'escola de la qual destaquen els juristes de l'escola iusnaturalista Grocio, Pufendorf, Gierke- i també en les "teories de l'entelèquia jurídica" -Ferrara, Michaud, Jellineck, Kelsen, Alcarelli- i en les anomenades "teories negatives" -Vareilles, Somniers, David, Luchaire-.

A Espanya el concepte de persona jurídica s'introdueix progressivament al llarg del segle XIX, i en destaquen les fites següents:

1.- En la doctrina i pràctica jurídica espanyola de la primera meitat del segle XIX, a l'igual que a la resta d'Europa, domina una concepció més aviat restrictiva de la persona jurídica. No hi ha cap inconvenient per considerar com a persones jurídiques el fisc, els municipis, les províncies, els partits, les associacions gremials i les fundacions (hospitals, cases de beneficència i d'ensenyament). Però aquí es detura el "numerus" de persones jurídiques.

El Codi de Comerç de 1829, no parlava per res de la personalitat jurídica que corresponia a les societats comercials.

El projecte de Codi Civil de 1851 establí en l'article 33è. que: "les corporacions, establiments i associacions reconegudes per la llei es consideren persones morals per a l'exercici dels drets civils". Aquesta redacció, així com de la interpretació que fa García Goyena en el seu llibre "concordancias, motivos y comentarios", dóna la impressió que el Projecte de 1851 s'atén a un sentit restringit de la persona moral, i que a l'enumeració abans esmentada que fa l'article 33è, només pot afegir -s'hi les fundacions, i les societats civils i mercantils.

2.- Una concepció més àmplia i no restrictiva quant a la personalitat jurídica de les persones jurídiques, s'introdueix de manera clara i decisiva per obra dels ideals del liberalisme amb el Decret-Llei de 28 d'octubre de 1868, que deroga la llei de 28 de gener de 1848 -en virtut de la qual per a la creació d'una societat mercantil era necessària l'obtenció d'una autorització prèvia, (arts. 2n. i 4t.), i quedava després en tot cas sotmesa la companyia a la inspecció del govern (art. 17è.)-, i amb la Llei d'11-19 d'octubre de 1869, que estableix el principi de lliure "creació d'associacions que tinguin per objecte qualsevol empresa industrial o de comerç" (art. 1r.), i les eximeix de tota mena d'inspecció o vigilància per part del Govern (art. 10è.).

Tant s'avança en aquesta direcció, que fins i tot sembla que s'oblida el sentit restrictiu de la persona jurídica de l'anterior doctrina tradicional espanyola, i fins i tot els ensenyaments de Savigny. Així, per part de Francisco Silvela, es critica fortament el Codi Civil francès que havia oblidat regular les persones jurídiques, mentre que s'afirma que les persones jurídiques són tan reals com les persones físiques, i proclama, el Congrés Jurídic de Madrid de 1883, que la persona social "té origen independent de l'Estat". La mateixa jurisprudència dels tribunals camina cap a una concepció més àmplia.

Els projectes de Codi mercantil de 1881 i 1882 són exponents d'aquesta concepció cada vegada més àmplia.

3.- Després de les temptatives dels Projectes de Bases per al Codi Civil de 1881, de Manuel Alonso Martínez, i de 1885 de Francisco Silvela, un cop aprovada la Llei de Bases de l'11 de maig de 1886, posat el Projecte de Codi Civil en discussió al Parlament, fa que a última hora es redacti de nou el Capítol II titulat "De les persones jurídiques" -del Llibre I, Títol II-, que es divideix en 5 articles (art. 35 - 39).

Com és sabut pel que fa a les persones jurídiques, el Codi Civil segueix, com fa en general, una prudent via intermèdia. No equipara, com volien alguns doctrinaris, la persona natural a la persona jurídica. Distingeix entre les persones jurídiques "d'interès públic" i les "d'interès particular". Per a les primeres es requereix que siguin "reconegudes per la llei". En les d'interès

particular, la condició de persona jurídica es dóna només a aquelles a les quals la Llei "concedeix personalitat pròpia independent de cada un dels seus associats" (art. 35). L'enumeració que fa el Codi suposa mantenir un criteri ampli a l'entorn de la persona jurídica, criteri acceptat ja per la doctrina i la pràctica.

La inclusió que fa el Codi Civil en l'article 35è. de les fundacions com a persones jurídiques d'interès públic és important, ja que consolida la situació de les fundacions privades d'interès públic, la vida de les quals fou amenaçada per la legislació desamortitzadora en la seva persecució de les mans mortes i també per influència de la doctrina polític-social predominant en alguns països europeus.

Per acabar el tema de la codificació espanyola tal vegada seria bo ressaltar el fet que el Codi Civil no defineix el que és una fundació. La definició haurà de treure's del context de l'època en què es va fer el Codi, així com de l'evolució que del concepte han donat disposicions legals complementàries. De moment caldrà pensar que una fundació és la personificació d'una organització, instituïda i reglada pel fundador conforme a Dret, per realitzar un fi d'interès general, al qual es destina una massa de béns (la dotació).

4.- Per últim, entorn del concepte legal de fundació, cal referir-se obligatòriament a:

- 1.- Que en la Constitució espanyola de 1978, s'estableix el dret de fundació per a fins d'interès general en l'article 34è.
- 2.- Que en l'Estatut d'Autonomia de Catalunya de 1979 s'estableix com a competència exclusiva de la Generalitat de Catalunya la de les fundacions que exerceixin principalment llurs funcions a Catalunya, en el punt 24 de l'article 9è.

CONCEPTE I CARACTERISTIQUES DE LA FUNDACIÓ SEGONS LA DOCTRINA JURÍDICA ACTUAL

1.- Definició

Seguint Vilaseca i Marcet definirem la fundació privada dient que és aquella persona jurídica que es constitueix mitjançant la manifestació de voluntat del fundador de destinar un patrimoni a la realització d'una finalitat d'interès general, dotant-lo d'una organització per emetre declaracions de voluntat.

La doctrina jurídica d'autors, en les diverses definicions que en formula, és unànime a l'hora d'assenyalar tres requisits necessaris: la dotació, la finalitat i l'organització.

En aquests cursets de conferències ja es posarà de manifest que cap text legal espanyol no ha formulat una definició del que és una fundació. Tampoc no ho fa la Llei Catalana 1/1982, de 3 de març; però dels seus preceptes en resulta ben clara la necessitat que les fundacions reuneixin els tres requisits necessaris abans esmentats.

2.- Requisits essencials

a) La Dotació

El primer requisit amb què ha de comptar la fundació és amb una dotació inicial. Entenem per dotació un patrimoni afectat a la realització de finalitats d'interès general.

Aquest conjunt de béns o drets que integren el patrimoni són els que se separen i independitzen del patrimoni dels fundadors per afectar-los a la realització del fi fundacional, que pot ésser de qualsevol tipus, mentre sigui d'interès general.

El negoci jurídic mitjançant el qual se separen del patrimoni dels fundadors és el de cessió gratuïta entre vius o mortis causa. El professor López Jacoiste l'ha qualificat d'acte de destinació de béns. La causa de la liberalitat és forçosament l'assignació del patrimoni a la realització d'unes finalitats d'interès general.

L'aportació inicial no constitueix mai una donació, perquè el negoci de la dotació fundacional és una declaració de voluntat no receptícia i de cap manera un contracte bilateral, ja que el suposat donatari encara no és nascut. Per això l'acte serà irrevocable, no hi cabrà el penediment, ni tampoc hi són d'aplicació les causes de revocació establertes per a les donacions. Contra aquesta declaració només operaran les causes de rescissió i nul·litat generals aplicables a qualsevol negoci jurídic.

La dotació pot constituir-se amb béns i drets de qualsevol mena.

La dotació pot complir dues funcions diferents: ésser destinada directament a la realització de la finalitat fundacional (per exemple l'edifici i les instal·lacions d'una escola o d'un hospital, els objectes d'un museu) o ésser invertida en béns fructífers per tal de destinar les rendes que se n'obtinguin a la realització d'aquella finalitat. En el primer cas comptablement es parlarà d'immobilitzat funcional, i en el segon d'immobilitzat material fructífer.

Una de les característiques destacades de la dotació, entesa com a capital inicial, de la dotació, és l'obligació de conservar-la íntegra. L'obligació de conservar recau sobre la dotació com un tot, i no sobre cadascun dels béns i drets que la integren presos d'un a un.

Una altra obligació imposada modernament amb relació al manteniment de la dotació és la de mantenir-ne plenament la productivitat. Si les rendes que s'obtenen de l'immobilitzat material fructífer no són -dins les circumstàncies econòmiques de cada moment- les que caldria esperar, no podran portar-se a terme els fins fundacionals previstos; i d'aquesta mala gestió caldrà fer-ne responsable al patronat.

Però no es pot oblidar o ignorar que la perennitat de la dotació adequant tostemps el seu valor i les rendes que se n'obtinguin a la disminució constant del valor del signe monetari, àdhuc augmentant el seu valor per sobre d'aquest, no és sempre possible, malgrat la millor bona voluntat dels administradors. Per això la legislació ha de preveure, fins i tot, que la fundació acabi extingint-se per manca de béns suficients per portar a cap la

seva finalitat.

Ha de dir-se, també, que tots els béns que integren la fundació són alienables -ja que no són mans mortes- si bé la legislació preveu diferents graus de llibertat o d'intervenció del Protectorat en l'autorització de les vendes.

Per acabar amb la dotació convé recordar que la dotació inicial pot ésser incrementada posteriorment amb noves aportacions del fundador o de terceres persones. D'igual manera la fundació pot rebre lliurement donatius, quotes o subvencions, ja sigui a fi que formin part de la dotació, ja sigui per destinar-los directament a la realització de les finalitats fundacionals.

b) La Finalitat

La finalitat de la fundació ha d'ésser la de servir un interès general. En tant se serveix un interès general, quedarà en mans de la imaginació i lliure albir del fundador establir el fi fundacional.

Mentre se serveixin finalitats d'interès general el tipus concret de fundació el determina el fundador, o en el seu defecte els patrons. Però bàsicament la diversitat de finalitats que caben dintre l'obligat respecte al concepte d'interès general poden reduir-se a dues: l'assistència social que es dirigeix a satisfer les necessitats materials i la cultura que pretén atendre al desenvolupament de les necessitats de l'esperit.

Aquesta exigència de servir un interès general per a la Comunitat exclou les possibilitats següents:

- 1.- Que la fundació tingui com a finalitat l'obtenció de lucre per la seva activitat. Això no vol dir que les prestacions que faci la fundació hagin d'ésser forçosament gratuïtes. Poden ésser remunerades mentre es satisfaci l'interès general per raó de la naturalesa de la mateixa activitat i mentre el benefici que se'n pugui obtenir reverteixi també a l'interès general.

2.- Que la fundació pugui perseguir fins particulars.

3.- Que la fundació pugui beneficiar persones determinades d'antuvi.

No ha d'entendre's que s'aprofiten econòmicament de la fundació el fet que determinats patrons rebin una remuneració pel treball que presten a la fundació.

c) L'Organització

El tercer requisit essencial de tota fundació és l'organització que li permet actuar en el món del dret com a persona jurídica. Sense una organització suficient capaç de produir actes de voluntat, de prendre decisions, no pot existir una persona jurídica, malgrat existir un patrimoni destinat a la realització d'unes finalitats.

L'òrgan de govern de les fundacions privades tradicionalment a Espanya té el nom de Patronat.

La carta fundacional ha de regular aquest òrgan de govern, 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.

Normalment és un òrgan col·legiat i ha de gaudir de les facultats i funcions que siguin necessàries per a la realització de les finalitats fundacionals.

Al costat del Patronat es pot organitzar un Consell o Assemblea de Col·laboradors, comitè d'honor o amics de la institució.

3.- Evolució produïda en els requisits essencials

a) En relació amb la dotació

Quantia de la dotació

Segons el concepte antic de la fundació, la dotació hauria d'ésser suficient

perquè les rendes que poguessin obtenir-se'n bastessin per a la realització dels fins fundacionals. Això equivalia a dir que no es concebia una fundació sense una substanciosa dotació.

Aquesta concepció està absolutament superada.

Pomey assenyala que als Estats Units és cosa freqüent en el funcionament de les fundacions, acudir a les col·lectes públiques amb mobilització dels mass-media; procediment que s'ha usat darrerament a França.

Vilaseca i Marçet diu que fins i tot algú creu que les fundacions del futur es constituïran sense uns capitals ni dotació inicial pròpiament dita: per exemple les fundacions d'empresa, les de redistribució.

Referent a la dotació el cert és que, si bé la llei exigeix la dotació (Llei catalana, arts. 1, 3, 4, i 8.d)), la qüestió de la quantia inicial ha perdut importància. La dotació inicial pot ésser augmentada més endavant pels fundadors o terceres persones, i poden rebre donatius destinats a la realització de les finalitats fundacionals (art. 3.2 de la Llei catalana).

La Llei 1/1982, de 3 de març, obre una porta al futur sobre aquesta qüestió en establir en el punt 3 de l'article 3 que "la dotació d'una fundació no pot consistir només en el propòsit de recaptar donatius, ni que siguin quotes o subvencions periòdiques, llevat que en fos garantida plenament la continuïtat en una quantia suficient per complir les finalitats fundacionals".

No exigència de gratuïtat pels serveis

Segons la concepció antiga de les fundacions, les prestacions i serveis que prestaven les fundacions havien d'ésser gratuïts.

Aquesta exigència era ben palesa en el Reial Decret i Instrucció de 1899. L'article 2n. del Reial Decret de 1899 declarava que les fundacions eren institucions de beneficència. Igualment l'exigència de la gratuïtat era requisit essencial en el Decret de 1972, pel qual s'aprovà el Reglament de les

Fundacions Culturals Privades. L'article 24 de l'esmentat Reglament establia les condicions per les quals "excepcionalment" es podien rebre quantitats dels seus beneficiaris.

Aquesta concepció estava totalment desfasada en relació amb la concepció estrangera sobre fundacions.

En l'actualitat i havent establert l'article 34 de la Constitució el dret de fundació per a finalitats d'interès general, s'ha produït un radical canvi legal en la concepció espanyola sobre les fundacions que no les lliga per res al concepte de beneficència, sinó al d'interès general.

L'únic precepte que sobre això conté la legislació catalana ve recollit a l'article primer de la Llei, que lliga el concepte de finalitat d'interès general a la idea de "sense afany de lucre". La fundació no pot tenir afany de lucre. Però el requisit de gratuïtat en la prestació del servei o funció ha desaparegut completament.

Llibertat d'inversió i gestió de la dotació

Segons el concepte antic de la fundació, l'Estat havia de controlar la inversió de la dotació.

L'article 8è. del Reial Decret de 14 de març de 1899, obligava a convertir el capital de les fundacions en "inscripcions intransferides de la renda perpètua del 4% interior". Aquest requisit, si bé no s'exigí en el Decret de 1972 sobre les fundacions culturals privades, l'intervencionisme de l'Estat era ben evident (vegi's, per exemple, art. 25è. i ss.):

També l'alienació de patrimonis, que era una vertadera cursa d'obstacles administratius en el Reial Decret i Instrucció de 1899, era força enutjós, complicat i poc operatiu en el Decret de 1972: autoritzacions prèvies per a les vendes, públiques subhastes, autoritzacions per litigar, etc.

D'acord amb els criteris actuals vigents a l'estranger, la Llei Catalana

estableix una absoluta llibertat d'inversió de la dotació i de la seva gestió. La Llei mana només que la dotació no destinada directament al compliment de les finalitats fundacionals -immobilitzat funcional: art 4.1. de la Llei-, sigui "invertida normalment en béns fructífers" -immobilitzat fructífer: art. 4.2.-.

L'alienació de béns la fa lliurement el Patronat, ja que aquest concepte va íntimament lligat a la bona gestió del patrimoni, extrem contemplat expressament per la Llei en l'article 12.1.b) en exigir als components del Patronat que mantinguin plenament la productivitat del patrimoni, segons els criteris financers i d'acord amb les circumstàncies econòmiques; i amb la diligència d'un administrador lleial. Si no ho fan, el Protectorat podrà exercitar l'acció de responsabilitat davant els Tribunals Ordinaris.

Però la inversió i la gestió del patrimoni la fa lliurement el Patronat. Només en casos excepcionalíssims, i ben limitats, haurà d'acudir-se a l'autorització prèvia del Protectorat.

Però aquesta llibertat per a la gestió i la inversió de la dotació que té el Patronat, es gaudeix per tal que el patrimoni es dediqui plenament i eficaçment al compliment dels fins fundacionals (art. 12.1.a) de la Llei catalana), i del compliment de llurs obligacions en són responsables els patrons (art. 12.2). El Protectorat vigilarà i controlarà la gestió que hagi realitzat el Patronat, mitjançant la memòria anual i la documentació comptable que reflecteixi la situació patrimonial i la gestió econòmica portada a terme, documents que han de lliurar anualment les fundacions al Protectorat (art. 12).

No és possible ja l'existència de fundacions que no retin comptes de la seva gestió al Protectorat, com permetia la Instrucció de 1899 (art. 5è. i 6è.), i com va admetre el Decret de 1972 encara que fos només per a un supòsit concret (Disposició transitòria 4a.).

En aquest sentit, cal recordar que les disposicions fiscals ho exigeixen per gaudir d'exempcions fiscals.

b) En relació amb la finalitat

En relació amb aquest punt, hem de dir que la concepció de la fundació ha passat des de la primitiva concepció de beneficència, a l'actual, que entén que la fundació pot tenir com a finalitat qualsevol finalitat d'interès general.

Aquesta evolució és comuna a tot el món.

Si concretem la qüestió a Espanya el Reial Decret i Instrucció de 1899 lligava les institucions a la beneficència, i per això, la primera missió que tenia l'Administració Pública de l'Estat era la de "classificar les fundacions" (art. 7è. de la Instrucció de 1899 i arts. 5 i 59 del Decret de 1972). El Decret de 1972 contemplava, en l'article 87è, en relació amb l'article 2n., fins a 7 "tipus" de fundacions -si bé tots lligats a la idea de beneficència- segons llurs finalitats. La classificació era per altra banda necessària, per tal com el Protectorat estava atribuït a la competència de diferents Ministeris.

A partir de la vigència de la Constitució espanyola de 1978, només s'exigeix que la finalitat sigui d'interès general, cosa que ha suposat un canvi radical en la matèria.

La Llei catalana del 1982 recull aquest criteri a l'article 1r.

Aquesta llibertat i amplitud de la definició legal actual de la finalitat permet la creació de molts tipus de fundacions, i deixa a la iniciativa del fundador i a la imaginació dels patrons la forma concreta de destinar el patrimoni fundacional a la realització dels fins d'interès general volguts.

S'ha passat, doncs, del sistema de "classificació" de la fundació d'acord amb els diferents tipus prevists per les disposicions legals, al sistema de simple inscripció, ja que no hi ha tipus, o si es vol hi ha un "numerus apertus" de tipus. Qualsevol activitat d'interès general pot donar lloc a la creació d'una fundació.

Em remeto al capítol 10è. de l'obra de Michel Pomey, pel que fa als diferents

fins que persegueixen avui les fundacions al món, ja que aquest autor en fa una extensa referència.

c) En relació amb l'organització

Aquest aspecte, si bé aparentment és el que menys ha canviat, també ha sofert una evolució important.

D'acord amb la Llei 1/1982, de 3 de març, l'organització essencial és el Patronat, òrgan de direcció i govern de la fundació (art. 11.1), que representa la fundació, la qual ha de comprendre totes aquelles facultats que siguin necessàries per a la realització de les finalitats fundacionals (art. 11.2). Aquest òrgan de govern anomenat Patronat ha d'estar compost en forma col·legiada, per un nombre mínim de tres persones (art. 11.3), persones que han d'ésser físiques i que han de gaudir de capacitat civil plena. L'exercici del càrrec és personalíssim, sense possibilitat de delegar llurs funcions (art. 11.3).

No pot haver-hi cap fundació sense Patronat.

L'evolució soferta en relació amb el patronat, passa, per l'actual exigència que existeixi un Patronat com a òrgan de govern de les fundacions (art. 11è. de la Llei catalana), cosa que no succeïa en la Instrucció de 1899, en què les Junes Provincials de Beneficència exercien el Patronat i l'administració de les fundacions que els encomanessin (art. 14, 6è.), cosa que canvià ja en el Decret de 1972.

A l'estranger és corrent que les fundacions importants a la vora dels administradors pròpiament dits -que a Espanya reben el nom tradicional de patrons- existeixi un consell o assemblea de col·laboradors, comitè d'honors, amics de la institució, associació de beneficiaris, etc.

Sobre aquest punt s'ha de dir que, res no impedeix, d'acord amb la llei catalana, que al costat del patronat que gestiona legalment la fundació, existeixin aquestes assemblees o comissions de col·laboradors, amics, benefi-

ciaris, etc.

S'ha passat, doncs, del requisit d'un Patronat discrecional al requisit de l'absoluta necessitat de l'existència d'aquest òrgan de govern.

4.- El Registre de Fundacions Privades

L'existència de la fundació privada ha de constar jurídicament: per això s'estableix la necessitat d'un acte jurídic per part d'un registre públic que demostrï l'existència de la fundació com a persona jurídica.

Aquesta inscripció provatòria ve condicionada pel fet que l'acte constitutiu s'atorgui d'acord amb determinats requisits, per exemple que es faci en escriptura pública. En els països de llibertat de constitució de fundacions -com és actualment el cas d'Espanya, en virtut de l'article 34 de la Constitució- l'activitat del Registre és reglada i no hi cap discrecionalitat.

Ha d'inscriure's al Registre les modificacions dels Estatuts, les renovacions del Patronat i els actes extraordinaris de fusió, agregació i extinció de les fundacions.

A Espanya el registre de fundacions tradicionalment l'ha portat el Protectorat, que és un òrgan dependent de l'Administració. A Catalunya, de conformitat amb la legislació catalana, el porta la Direcció General d'Associacions i Fundacions.

Però, més endavant, i en parlar de la legislació comparada, veurem que les fundacions s'enregistren a diferents tipus de registres. Així, per exemple, als Estats Units s'enregistren al registre comú per a totes les persones jurídiques, a Suïssa al registre de comerç, a Gran Bretanya al registre central de fundacions i a Holanda al registre local de fundacions.

LES FONTS JURIDQUES

I.- LEGISLACIO ESPANYOLA

A.- Legislació anterior a l'any 1982

L'ordenació legal de les fundacions a Espanya es troba esparsa, conté preceptes arcaics, resulta en molts aspectes antiquada, obeeix a criteris socio-polítics molts diversos, estableix -en diversos temes- criteris poc afavoridors per al funcionament ordinari de les fundacions, i, en definitiva palesa la imperiosa necessitat d'una nova regulació total per adequar-la al concepte jurídic actual de les fundacions.

Per acabar amb aquest estat de coses la Generalitat de Catalunya, el 3 de març de 1982, promulgà una Llei Catalana de fundacions privades.

Però abans de parlar-ne cal esmentar les disposicions legals que estaven en vigor a Catalunya fins a la regulació que ha fet la Generalitat, ja que aquestes estan en vigor fora del territori català.

Les disposicions legals, que es citen en forma de pura enunciació, són les següents:

1.- La Llei sobre beneficència pública i privada, de 20 de juny de 1849, i el seu Reglament segons el Reial Decret de 14 de maig de 1852. Les disposicions legals esmentades s'ocupen especialment dels establiments públics de beneficència, que és la matèria específica que regulen, però distingeixen, per excloure'ls de la regulació que fan, els establiments particulars (art. 1r.).

Aquestes disposicions legals foren complementades pel Reial Decret de 6 de juliol de 1853, el qual, en l'article 2n., estableix les característiques que han de reunir els establiments privats de beneficència.

2.- El Reial Decret i Instrucció de 14 de març de 1899 regulen de manera

general les fundacions benèfico-particulars, atribuint-ne el Protectorat al Ministeri de la Governació.

3.- Un conflicte de competències entre els Ministeris de la Governació i el d'Instrucció Pública, es resol favorablement a aquest últim, al qual es confia la competència per a l'exercici del Protectorat sobre les fundacions benèfico-docents: amb aquest motiu es dicten els Reials Decrets de 29 de juny de 1911 i de 27 de setembre de 1912.

Aquestes normes legals instauren el sistema de la dispersió o divisió del Protectorat entre diferents organismes ministerials; sistema que se seguirà en disposicions legals posteriors.

Posteriorment, sorgeix un segon conflicte de competències entre el Ministeri de la Governació i el d'Instrucció Pública que es resol per Reial Ordre de 29 d'agost de 1913, la qual declara que, conforme a la Instrucció de 24 de Juliol de 1913, el Ministeri d'Instrucció Pública ostentarà el Protectorat sobre aquelles fundacions "exclusivament de caràcter docent", mentre que les fundacions "mixtes" restaran subjectes al protectorat del Ministeri de la Governació.

4.- Altres disposicions legals, encara que de menor importància, es dicten en relació amb tipus especials de fundacions, atribuint-ne el Protectorat a altres Ministeris. Així:

.- El Reial Decret de 19 de juliol de 1924 i la Instrucció de 20 de juliol de 1926 atribueixen al Ministeri de Foment el Protectorat de les fundacions benèficodocents d'ensenyament agrícola, ramader i de mines.

.- Els Decrets de 12 de desembre de 1947 i de 16 de març de 1951 atribueixen al Ministeri d'Assumptes Exteriors el Protectorat sobre els centres de beneficència i acció social a l'estranger.

.- El Decret de 16 de març de 1969 i l'Ordre de 25 de gener de 1962 atribueixen al Ministeri de Treball el Protectorat sobre les fundacions laborals.

5.- Una disposició legal de major importància i transcendència -atès que s'hi regulen les fundacions amb criteris jurídics moderns- és el Decret de 21 de juliol de 1972, pel qual s'aprova el Reglament de les Fundacions Culturals Privades i Entitats anàlogues. El Protectorat sobre les fundacions docents i culturals continuava assignat al Ministeri d'Educació i Ciència, en virtut de la Llei General d'Educació de 4 d'agost de 1970.

Posteriorment, en haver-se creat el Ministeri de Cultura, el Reial Decret de 29 de juny de 1979 va delimitar les competències sobre fundacions entre el Ministeri d'Educació, Universitats i Investigació i el Ministeri de Cultura, assignant-ne al primer el Protectorat sobre les fundacions Culturals.

6.- Cal recordar, encara que sigui de passada, que per la seva tradició en la vida navarresa, la Compilació de Dret Civil de Navarra d'1 de març de 1973 dedicà a les fundacions els articles 44 a 47.

B.- Legislació de la Generalitat de Catalunya

La Constitució espanyola de 1978 estableix, en l'article 34è., el dret de fundació per a fins d'interès general. L'Estatut d'Autonomia de Catalunya de 1979 estableix, en el punt 24 de l'article 9è., com a competència exclusiva de la Generalitat la de les fundacions que exerceixin principalment llurs funcions a Catalunya.

El Govern de la Generalitat de Catalunya, el 13 d'abril de 1981 (D.O.G. de 18 de setembre de 1981, pàg. 1039) acordà presentar al Parlament de Catalunya el Projecte de Llei de Fundacions Privades, basat en el treball que havien fet els juristes Ramon Faus i Esteve, Raimon Noguera i Guzman i Josep Maria Vilaseca i Marcet. Tramitat pel Parlament de Catalunya l'esmentat projecte de Llei, esdevingué la LLei 1/1982, de 3 de març (D.O.G. de 10 de març).

Posteriorment, el Decret 160/1982, de 27 de maig (D.O.G. de 9 de juliol) aprovà la Instrucció per a l'organització i el funcionament del Protectorat de la Generalitat de Catalunya sobre les fundacions privades de Catalunya.

Cal recordar que contra la Llei 1/1982 de fundacions privades, fou interposat per part del Govern Central Recurs d'Inconstitucionalitat amb data 9 de juny de 1982, i que posteriorment el Govern desistí de prosseguir l'esmentat recurs (D.O.G. de 22 de juny de 1983, pàg. 1529). Ha de recordar-se, així mateix, que la Mesa del Parlament de Catalunya, abans de portar l'esmentada llei de fundacions privades a la deliberació del Parlament, demanà al Consell Consultiu de la Generalitat un Dictamen sobre l'adequació a la Constitució i a l'Estatut d'Autonomia del dictamen de la Comissió legislativa referent a l'esmentada llei, dictamen que fou emès el 8 de desembre de 1981 (vegi's B.O.P.C. núm. 60, de 21 de desembre de 1981, pàg. 2017).

La Llei 1/1982 i el Decret 160/1982 són, doncs, ara, les úniques disposicions legals vigents aplicables a qualsevol classe de fundació privada que exerceixi principalment llurs funcions a Catalunya.

En aquest punt crec necessari assenyalar els següents trets bàsics establerts per a les fundacions per part de la Generalitat de Catalunya:

1.- La Llei 1/1982, de 3 de març, del Parlament de Catalunya, és la primera norma substantiva amb la naturalesa jurídica de llei en sentit formal, reguladora de les fundacions privades, que s'hagi mai promulgat a l'àmbit de l'Estat espanyol.

Els articles 35 i 38 del Codi Civil establiren que les fundacions fossin regulades per lleis especials, però aquest mandat mai no fou portat a la pràctica.

2.- D'altra banda ha de assenyalar-se que la Llei Catalana regula en forma unitària tota mena de fundacions privades, sigui quina sigui llur finalitat, i determina les característiques essencials que configuren la institució i que permeten atribuir-li personalitat jurídica independent, o sia, constituir-les en persones jurídiques.

3.- La Llei (Disposició addicional i apartat g) de l'exposició de motius) prohibeix a l'administració que dicti cap reglament general d'execució, ja que considera que la regulació feta en la llei és exhaustiva de la institució, i deixa

tots els aspectes que no s'hi contemplen a la discreció dels fundadors i patrons, en un clar reconeixement de la seva naturalesa bàsicament privada i en el principi de màxima llibertat del dret de fundar (art. 34 de la Constitució).

4.- La regulació de l'organització i funcionament dels serveis administratius que conformen el Protectorat, ha estat feta per la Instrucció per a l'organització i el funcionament del Protectorat de la Generalitat sobre les fundacions privades de Catalunya, aprovada pel Decret 160/1982, de 27 de maig (modificat pel Decret 322/1983, de 7 de juliol, D.O.G. de 24 d'agost).

Cal destacar bàsicament d'aquesta disposició legal que el Protectorat és un servei administratiu únic del qual depenen totes les fundacions privades, sigui quina sigui la seva finalitat, de manera que es canvia radicalment el criteri que fins ara s'havia seguit a Espanya de dispersió del Protectorat entre diversos Ministeris segons la finalitat de les fundacions.

El Protectorat és definit (punt 11) com un òrgan administratiu de la Direcció General d'Associacions i Fundacions.

La concentració administrativa que porta a terme el Protectorat, no és cap obstacle perquè totes aquelles altres funcions no tuitives o de vigilància que no són pròpies del Protectorat, corresponguin a altres Departaments de la Generalitat.

Així, expressament, en el punt 4 de la Instrucció s'assenyala que corresponen als Departaments de la Generalitat "d'acord amb llurs competències respectives, exercir les funcions de foment, ajuda i coordinació de les fundacions segons la naturalesa dels fins fundacional, amb absolut respecte a llur qualitat d'entitats privades que es proposen la realització de finalitats d'interès general".

II.- PANORAMICA ESTRANGERA

A la majoria de països les fundacions estan regulades per mitjà de legislació especial.

Nogensmenys a determinats països estan regulades bàsicament en els Codis Civils. Així, per exemple, Alemanya (art. 80 i ss.), Suïssa (at. 52 i ss.), Portugal (Codi de 1967, art. 185 i ss.), Itàlia (art. 12 i ss.). També a Amèrica Llatina trobem el mateix principi: Xile (art. 545 i ss.), Argentina (art. 31 i ss. i 45 i ss.), Colòmbia (art. 633 i ss.), Equador (art. 534 i ss.), Panamà (art. 64 i ss.), Brasil (art. 16 i ss.) i Perú (art. 42 i ss.).

En altres països, les fundacions estan regulades per lleis especials, com per exemple Anglaterra per la "Charities Act de 1960", o a Estats Units per mitjà de disposicions fiscals ("International Revenue Code", art. 501 i ss. i art 170 i ss.).

Als països federals (Estats Units, Alemanya, Suïssa...) la legislació nacional de base pot estar complementada o suplementada per la dels Estats federals.

Per una curiosa paradoxa, França, país per excel·lència del dret escrit i dels codis, no té cap text legal que reguli les fundacions. L'article 910 del Codi Civil, només les menciona indirectament, en tant que ens d'utilitat pública, per imposar una autorització administrativa prèvia per crear-les, abans que hom pugui fer a favor seu una disposició de béns. Ha estat la jurisprudència del Consell d'Estat francès la que ha elaborat la doctrina jurídica que les regula. Atès que a França cap fundació no pot ésser creada sense que es concedeixi o atorgui la seva existència i capacitat per un decret del Govern, acordat previ dictamen del Consell d'Estat, com diu Michel Pomey, les fonts jurídiques franceses que regulen les fundacions estan constituïdes per la jurisprudència administrativa elaborada pel Consell d'Estat en relació amb les fundacions -de la qual cal remarcar el dictamen del 24 de desembre de 1805-, i per la jurisprudència contenciosa; sense que hom pugui oblidar la notable doctrina d'autors. En aquest sentit cal assenyalar que el Consell d'Estat francès l'any 1966 elaborà uns "estatuts tipus", que es proposen a les entitats que sol·liciten la declaració d'utilitat pública en aplicació de la Llei d'1 de juliol de 1901.

A Gran Bretanya les fundacions "charitable trust" estan regulades per la "Charities Act" de l'any 1960. L'administració de la fundació es porta en la

forma comuna prevista a Gran Bretanya, per la figura jurídica típica del món anglosaxó del "trust", si bé, atesos els fins benèfics que es persegueixen resta subjecta a la intervenció de l'Estat per mitjà de la "Charity Commission", els Tribunals i els "Official Trustees".

Per contra, a Amèrica del Nord, per la gran importància que han assolit les fundacions d'interès públic, han evolucionat des de la figura originària anglosaxona del "trust", per acabar estructurades en forma de "corporations", i es coneixen amb el nom de "Foundation".

Després d'aquesta visió global de la panoràmica jurídica estrangera, crec que és bo d'assenyalar -seguint Michel Pomey- que en parlar del Dret comparat que regula les fundacions, cal fer la divisió següent:

- 1.- Règims legals que concedeixen total llibertat per a la creació de fundacions.
- 2.- Règims legals que estableixen un sistema de garanties.

Les fundacions són ens d'autonomia privada, que persegueixen interessos generals. Però per crear-les la legislació dels diversos estats pot donar total llibertat o subjectar l'acte constitutiu a un règim de garanties.

Així haurem també d'assenyalar:

- 1.- Que 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 els 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.- 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. És necessari un acord especial de l'autoritat competent per constituir-la.

Dintre aquest últim règim s'havia d'incloure fins fa poc a Espanya ja que les disposicions legals sobre fundacions atribuïen a l'Estat el dret a concedir la personalitat jurídica a les fundacions mitjançant la fórmula del "reconeixement, classificació i inscripció" com a fundació privada.

Però actualment -i seguint Vilaseca i Marcet- ha d'establir-se que aquest règim ha estat superat, en estipular la Constitució el dret de fundació (art. 34), i que el dret a la inscripció en el registre és un dret reglat (art. 34 en relació amb el 22). Aquesta característica és ben palesa pel que fa a Catalunya, per tal com la Llei catalana expressa el règim de total llibertat, en establir (art. 6.1) que "la fundació queda constituïda amb l'atorgament de la carta fundacional en escriptura pública sempre que aquella s'inscriuï en el registre de fundacions", precepte que es completa amb l'art. 10.2 que ordena que la inscripció es obligatòria i només pot ésser denegada si els documents (per al nostre cas, la carta fundacional) no s'ajusten a les prescripcions d'aquesta llei.

En conseqüència, el principi establert a la constitució espanyola de 1978 i desenvolupat clarament per la Llei de fundacions privades catalanes, arrengheren el nostre país dintre el conjunt de països de règim legal de llibertat de constitució de les fundacions.

Aquesta divisió conceptual entre aquest dos tipus de sistema és jurídica. No ens ha de fer creure -com diu Pomey- que un sistema sigui en la pràctica millor que l'altre. En els països de llibertat de creació de fundacions es porta també un control sobre les activitats de les fundacions, ja sigui com es fa a Anglaterra per mitjà de la "Charity Commissions", ja sigui controlant les seves activitats a efectes fiscals a través de la "Tax Reform Act" de 1960,

com es fa als Estats Units. En qualsevol cas les seves activitats sempre poden ésser judicades pels Tribunals

El millor sistema -diu Pomey- és aquell que, a cada país, respon més a la tradició i a la mentalitat nacional, però sense ignorar l'experiència obtinguda en països de diferent sistema, a fi d'aprofitar-se dels seus resultats tot imitant-ne el que calgui.

LES FUNDACIONS CATALANES

Per acabar l'exposició del primer tema d'aquest Curset sobre les fundacions privades catalanes, he de referir-me a la qüestió de la competència que la Generalitat té sobre les fundacions privades, i a la qüestió de quan una fundació privada és catalana.

1.- COMPETÈNCIA DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA SOBRE LES FUNDACIONS PRIVADES

En el punt 24 de l'article 9 de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya, s'estableix la competència exclusiva en favor de la Generalitat sobre les fundacions de caràcter docent, cultural, artístic, benèfic-assistencial i similars.

La qüestió que es pot suscitar de la lectura del precepte -vista l'enumeració de tipus o finalitats fundacionals- és la de si hi pot haver algun tipus de fundació diferent de l'enumerat; o si es vol, dit amb unes altres paraules, de si hi ha algun tipus de fundació la competència de les quals no hagi estat traspassada a la Generalitat.

Seguint Vilaseca i Marcet ha de respondre's a la pregunta dient que està clar que el legislador no ha volgut oblidar-se de cap mena de fundacions.

L'enumeració que es fa en el punt 24 de l'article 9 obeeix a un criteri descriptiu per raó de la tècnica que s'ha utilitzat a Espanya en regular les fundacions. Com abans s'ha dit en parlar de les fonts jurídiques espanyoles, llevat dels pocs preceptes que conté el Codi Civil, de primer es legislà sobre les fundacions benèfic-assistencials (Reial Decret i Instrucció del 1889), i més recentment es regularen les fundacions culturals privades (Decret del 1972). Les disposicions legals intermèdies entre el Reial Decret i la Instrucció de 1889 i el Decret de 1972, per les quals es regulen altres figures fundacionals -en realitat hauríem de parlar d'altres tipus de finalitats fundacionals- les qualifiquen com a benèfiques o com a benèfic-docents.

La legislació espanyola reguladora dels diferents tipus de fundació, les ha

reconduït totes a dues fórmules: les que anomena "benèfiques" i les que anomena "benèfico-docents".

L'enumeració que fa, doncs, a l'article 9, punt 24 de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya és omnicomprendiva conforme a la tècnica legislativa espanyola usada en regular les fundacions.

Per consegüent, pot resumir-se tot dient que la Generalitat de Catalunya, en virtut de l'Estatut d'Autonomia, té la competència exclusiva sobre totes les fundacions privades catalanes.

2.- CRITERI QUE DETERMINA QUAN UNA FUNDACIÓ PRIVADA ES CATALANA

Les competències establertes en l'Estatut d'Autonomia de Catalunya en favor de la Generalitat, es basen en el principi de territorialitat: art. 7.1 i 25.1.

D'acord amb el principi de territorialitat que informa l'Estatut calia buscar un criteri que deixés clar la pertinença d'una fundació al territori català.

I el criteri escollit ha estat el lloc on les fundacions exerceixen llurs funcions. Com diu Vilaseca i Marcet "les funcions són les activitats que efectivament realitza la fundació dintre de les seves finalitats i aquestes activitats es desenvolupen en algun lloc que no és aquell on resideixen els beneficiaris, sinó des d'on són promogudes o de fet radiquin, com a activitats fundacionals".

El criteri seguit en l'Estatut ha estat, doncs, el del lloc on exerceixen les funcions (art. 9.24). És irrellevant a aquest efecte la procedència o ubicació dels béns i drets que constitueixen la dotació o dels donatius i subvencions, la nacionalitat o residència dels fundadors o patrons, etc.

I per matisar més aquest criteri - atès que poden realitzar-se fundacions a diversos llocs-, el punt 24 de l'article 9 adjectiva el criteri dient principalment.

La subjecció a la competència de la Generalitat de Catalunya ve atribuïda,

doncs, en relació amb aquelles fundacions que realitzin principalment llurs funcions a Catalunya.

3.- OBLIGACIÓ LEGAL IMPOSADA A LES FUNDACIONS CATALANES DE TENIR EL DOMICILI A CATALUNYA

Finalment, i per acabar, hem d'assenyalar que l'article 9.1.c de la Llei catalana 1/1982, de 3 de març, imposa a les fundacions catalanes que estableixin llur domicili dintre del territori de Catalunya.

L'exigència resulta totalment lògica, ja que en cas contrari resultaria molt difícil l'exercici de les funcions del Protectorat que la Generalitat de Catalunya té sobre les fundacions privades catalanes. Si no fos així, sense aquesta imposició legal, el criteri de territorialitat que informa l'Estatut podria quedar qüestionat.

D'altra banda, l'exigència de l'article 9.1.c de la Llei Catalana, és conforme a l'ordenació legal establerta a l'article 9.11 i 16.1 del Codi Civil sobre l'estatut de les persones jurídiques, adaptada al nostre cas, s'ajusta a la norma supletòria sobre el domicili de les persones jurídiques continguda a l'article 41 del Codi Civil, i coincideix amb el que disposa l'article 5 de la Llei de Societats Anònimes i l'article 4 de la de Societats de Responsabilitat Limitada.

Són fundacions privades catalanes aquelles que realitzin principalment llurs funcions a Catalunya. Aquestes restaran subjectes al Protectorat de la Generalitat de Catalunya -l'organització i funcionament del qual s'estableix a la Instrucció segons el Decret 160/1982, de 27 de maig-, estan regulades per la Llei 1/1982, de 3 de març, i tenen l'obligació legal d'establir el seu domicili dintre el territori de Catalunya.