

*M<sup>a</sup> Mercè Julià Gelabert*

---

PERSONALITAT DE LA FUNDACIÓ. NOTES SOBRE  
LA NOVA REGULACIO A CATALUNYA.

*Treball Fi de Carrera  
dirigit per  
Dr. Adolfo Lucas Esteve*

*Universitat Abat Oliba CEU  
FACULTAT DE CIÈNCIES SOCIALS  
Llicenciatura en Dret*

---

*2010*



*Quien hace el bien desinteresadamente, siempre es pagado con usura.*

JOHANN W. GOETHE



## **Resumen**

Ciertas tareas sociales claramente han sido transferidas desde el Estado del Bienestar a la sociedad civil, que constituye un grupo de organizaciones sin ánimo de lucro a que se refiere en la actualidad como el tercer sector o el sector privado social. Esto incluye un nuevo nicho que está floreciendo como una nueva realidad en las economías occidentales, donde estas organizaciones juegan un papel importante en la prestación de servicios sociales. Dentro de este contexto, este trabajo inicialmente se propone explorar la concepción actual de las entidades jurídicas y distinguir entre las diferentes categorías. Elaborar un breve resumen del desarrollo histórico de esas entidades hasta llegar a su composición actual. Entre estas entidades, las fundaciones son uno de los miembros más antiguos, más genuinos y más activos del tercer sector y, en consecuencia, la segunda parte de este trabajo se centra en su regulación en Cataluña a través de un análisis crítico del Reglamento de Fundaciones que figura en el Libro III del Código Civil catalán. Se cuestiona si la configuración jurídica de las fundaciones y el sistema de control administrativo al que se encuentran sujetos es adecuado a sus características y funciones actuales de la fundación a la luz de los escándalos financieros de uno de las entidades más representativas de Cataluña, el Palau de la Música Catalana. En la misma línea, se analizan las actuales exenciones fiscales para determinar si son suficientes y adecuadas para fomentar su proliferación en el tejido de nuestra sociedad.

## ***Resum***

És evident el traspàs per part de l'Estat del Benestar de diferents accions socials a la societat civil, que aglutina un conjunt d'entitats sense ànim de lucre anomenat actualment com a tercer sector o sector privat social que es configura com un nou espai que floreix com una nova realitat a l'economia occidental, on desenvolupen un paper important en la prestació de serveis socials. En aquest context, el present treball pretén en primer lloc conèixer la concepció actual de persones jurídiques i desgranar-ne les categories. Fer una breu visió de l'evolució històrica d'aquestes entitats fins arribar a la configuració actual de les mateixes. D'aquestes entitats, les Fundacions són un dels membres més antics, genuïns i actius del tercer sector i per aquest motiu, declinem la segona part del present treball en l'estudi de la seva regulació a Catalunya, fent un anàlisi crític de la regulació de les Fundacions que conté el Llibre III del Codi Civil Català. Es qüestiona si la configuració jurídica de la Fundació i el sistema de control administratiu sobre les mateixes està en concordança amb les característiques i funcions actuals de les fundacions arrel dels escàndols financers d'una de les entitats més representatives de Catalunya, el Palau de la Música Catalana. En la mateixa línia s'analitzaran les exempcions fiscals actuals per a determinar si són suficients i adients per a incentivar la seva proliferació en el nostre teixit social.

## ***Abstract***

Certain social tasks have clearly been transferred from the Welfare State to civil society, which constitutes a group of non-profit organisations referred to in the present day as the third sector or the social private sector. This comprises a new niche which is flourishing as a new reality in Western economies, where these organisations play an important role in the provision of social services. Within this context, this work initially aims to explore the current conception of legal entities and distinguish between the different categories, and to produce a brief overview of the historical development of these entities into their present-day composition. Amongst these entities, foundations are one of the oldest, most genuine and most active members of the third sector and, consequently, the second part of this work focuses on their regulation in Catalonia through a critical analysis of the Regulation on Foundations contained in Volume III of the Catalan Civil Code. We question whether the legal configuration of foundations and the administrative control system they are subject to is appropriate to their present-day characteristics and functions, in light of the financial scandals of one of Catalonia's most representative organisations, the Palau de la Música Catalana (Palace of Catalan Music). Along the same lines, current tax-exemptions are analysed to determine whether they are sufficient and suited to encouraging their proliferation in the fabric of our society.

## **Palabras claves / *Keywords***

Codi civil català - Fundació - Tercer sector – Persona jurídica civil – Reponsabilitat - Fiscalitat

Catalan civil code – Foundation – Social private sector – Civil legal entity - Responsibility - Taxation

## Sumari

Introducció .....	9
1. Concepte de persona jurídica civil .....	11
2. Trajectòria legislativa de les fundacions a Catalunya.....	15
3. Síntesi històrica de la fundació .....	19
4. La regulació de les fundacions en el codi civil català, un anàlisi crític.....	23
4.1. Disposicions generals .....	23
4.1.1. Personalitat jurídica. Actuació i representació.....	23
4.1.2. Règim comptable i documental. Publicitat registral.....	28
4.2. Les fundacions.....	30
4.2.1. Naturalesa i constitució.....	30
4.2.2. El patronat. Organització i funcionament .....	38
4.2.3. El protectorat.....	47
4.2.4. Avaluació del Projecte de Llei del protectorat de les fundacions.....	53
5. Tributació de la fundació i incentius al mecenatge.....	59
6. Conclusió. ....	64
Bibliografia .....	67





## Introducció

Davant les noves necessitats socials, el rol del Tercer Sector Social com a prestador de serveis està agafant força i cada vegada està més orientat al mercat, tant públic com privat. Per a entendre la configuració actual d'aquest sector, és convenient fer una retrospecció al passat, conèixer els seus orígens i analitzar la seva configuració legislativa actual, que ha estat particularment abundant a partir de la instauració de la democràcia.

La major riquesa econòmica i la democràcia van units a la instauració de forts estats de benestar que cada dia opten amb major freqüència per la contractació de serveis públics al sector privat. Això ha originat una evolució creixent que es tradueix en una major presència social dels sectors a tots els nivells. Aquest últim any ha passat de ser un sector emergent a ser un sector amb una presència social i un nivell d'activitat rellevant.

Moltes entitats sense ànim de lucre i especialment les fundacions que subjecten un important patrimoni a la finalitat fundacional han fet servir la figura de l'entitat sense ànim de lucre com a eina de desenvolupament del mecenatge, gràcies als avantatges fiscals que comporta. Entrarem en l'estudi de la persona jurídica de la fundació pel fet de ser una de les entitats més antigues i amb més activitat dins del tercer sector, analitzarem la conceptualització del seu negoci i de la seva estructura corporativa basada en la *universitas bonorum* en contraposició a l'estructura de les entitats associatives basades en la *universitas personarum*.

L'escàndol financer del Palau de la Música Catalana, ha suposat un gran cop per la societat catalana, de gran tradició fundacional. Ha generat un dubte generalitzat de que hi ha algun mecanisme que està fallant. Amb aquest objectiu s'entrarà a analitzar la normativa que, malgrat la seva actual regulació, o bé no s'adapta a la configuració social actual de les fundacions o pel contrari la regulació és adequada però el que succeeix és que no s'executa d'una manera diligent ni transparent per part dels agents encarregats. Arribats a aquest punt i per a poder concloure quin és el ressort que falla en les fundacions, cal estudiar la seva legislació d'una manera crítica. La recent regulació de les fundacions es troba dins el Llibre III del Codi Civil de Catalunya, relatiu a les persones jurídiques, promulgada com a Llei 4/2008 de 25 d'Abril i publicada al DOG de 2 de Maig del mateix any. Serà precís estendre l'estudi

i fer un anàlisi del projecte de Llei del protectorat que en breu serà publicada pel legislador català, com a reacció institucional a aquests escàndols.

Un cop superat l'estudi legislatiu i la seva crítica es durà a terme una recopilació del règim tributari que cal complir per a gaudir del beneficis fiscal de les fundacions des d'una doble visió, en relació a l'aportant i en relació a la pròpia la fundació.

Quedarà palès que la normativa reguladora de les fundacions no és una matèria inert, doncs es troba ara mateix en debat constant en les nostres corts legislatives i a la vegada és matèria de debat popular arran dels escàndols del cas Millet (o cas "bitllet" com es comença a conèixer popularment).

## 1. Concepte de persona jurídica civil

Primer de tot abordarem el concepte general de persona jurídica civil que s'ha anat construint en el sí de l'evolució de la nostra societat. La concepció actual de persona jurídica és el resultat de la corrent doctrinal corresponent al Segle XIX, anomenat pandectisme alemany que va focalitzar el seu pensament en dos aspectes del dret, l'objecte i el subjecte. Va determinar que tot dret subjectiu ha de tenir un objecte, doncs no es pot concebre la idea d'un dret subjectiu sense titular. Fent extensiva aquesta concepció filosòfica encapçalada per Friedrich Karl von Savigny (1779-1861) ens porta a definir com persona jurídica a tot allò que es pugui predicar una titularitat.

La persona física existeix per pròpia naturalesa i existeix amb anterioritat al dret. Podem afirmar que el dret topa amb la realitat de la persona i es dedica a regular-la. Cosa ben diferent succeeix a la personalitat jurídica, doncs és un concepte purament jurídic, que existeix per una creació fictícia en virtut d'una disposició legal, és a dir, és el dret positiu que la crea, la regula i li adjudica una certa manifestació de personalitat humana. Aquest reconeixement per part del dret les transforma en persones amb capacitat per a ser titulars de drets i obligacions. Un cop discriminada la primera i més essencial distinció de persona jurídica en contraposició amb la persona física, cal avançar a cercar una definició completa i autònoma de persona jurídica.

No és fàcil trobar en la doctrina una elaboració degudament perfilada del concepte, segurament que el principal motiu és perquè estem davant un terme que en l'aplicació pràctica és totalment pacífic. Federico de Castro<sup>1</sup> escriu: *“La personalitat seria la qualitat jurídica de ser titular i pertanyent a la comunitat jurídica, que correspon a l'home com a tal i que es reconeix o concedeix a certes organitzacions humanes”*..

A l'actualitat el Codi Civil Comú a l'article 35, del Capítol II “De las personas jurídicas” del Llibre Primer “De las personas” i diu: *“1. Són Personas Jurídiques les Corporacions, les Associacions i Fundacions d'interès públic reconegudes per la llei. La seva personalitat comença des de l'instant mateix en el que d'acord a dret, haguessin quedat formalment constituïdes. 2. Les associacions d'interès particular,*

---

<sup>1</sup> DE CASTRO Y BRAVO ,F. Derecho Civil de España, Civitas, Madrid, 1984, tomo 2.º, p. 31.

*siguin civils, mercantils o industrials, a les que la llei concedeixi personalitat pròpia, independent de la de cadascun dels associats”.*

L'anàlisi d'aquestes quatre classes d'institucions ens permet fer una classificació en funció de dos criteris ben diferenciats: primer en funció de la seva naturalesa de caràcter associatiu i per altre costat en funció de la naturalesa del fi que persegueixen:

La categoria de persones jurídiques de naturalesa associativa està constituïda principalment per les corporacions i les associacions, i la componen una agrupació de persones més o menys àmplia, que pretén l'obtenció d'una finalitat comuna i determinada, que pot consistir tant en una activitat merament cultural (associació), com estar orientada a la defensa dels interessos del grup mateix (corporació), com pretendre l'obtenció d'un interès de caràcter econòmic (associació econòmica o societat). En contraposició amb totes les anteriors hi ha la fundació, ja que no té un substrat associatiu.

La categoria de persones jurídiques per l'objecte que persegueixen es destaca la noció d'interès. Hi ha entitats que busquen un interès de caràcter particular, com les associacions civils, mercantils o industrials, i altres que persegueixen un interès públic, com les corporacions, associacions i fundacions d'interès públic.

Aquesta consideració de l'interès és la que marca la diferència entre unes i altres. Les entitats d'interès privat es caracteritzen per un interès de lucre i l'obtenció de guanys i beneficis econòmics per tal que puguin ser objecte de posterior repartiment (art. 35.2, 36 i 1665 Codi Civil). En canvi, l'interès general és sinònim de no interès econòmic i de l'absència de qualsevol noció de repartiment de guanys.

Precisament, en la persona jurídica fundacional mai no hi ha una activitat encaminada a l'obtenció de lucre. Cal tenir en compte, a més, que el substrat de la fundació està faltat de persones, ja que consisteix en la personificació d'una massa o conjunt de béns, d'un *universitas bonorum*, on la fundació és fruit d'un negoci de destinació. L'obra més emblemàtica d'aquest corrent de pensament és l'alemany Bekker.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> BEKKER, E.I., ZUR LEHRE VOM RECHTSSUBJEKT: GENUS UND VERFÜRGUNG; 1873. p. 60 i ss.

En el Llibre tercer del Codi Civil Català, article 311-1 amb el títol “Àmbit d’aplicació” diu literalment: “1. Les disposicions d’aquest llibre s’apliquen a: a) Les associacions que exerceixen llurs funcions majoritàriament a Catalunya, [...]. b) Les fundacions que exerceixen llurs funcions majoritàriament a Catalunya. c) Les delegacions a Catalunya d’associacions i fundacions regulades per altres lleis, incloses les que, d’acord amb la legislació estatal, tenen la consideració d’estrangeres, [...]. d) Les altres persones jurídiques regulades pel dret català, en allò que llur normativa especial no reguli, tenint en compte, segons que correspongui, llur organització associativa o fundacional.

Per tant el primer que s’observa és que el llibre tercer del Codi Civil Català no regula totes les persones jurídiques de dret privat sobre les quals té competència normativa la Generalitat de Catalunya tal i com hem comentat a la introducció del present treball. Tampoc fa esment a les persones jurídiques d’iniciativa privada (societats civils) fet diferencial important en relació al Codi civil comú que sí les regula sota el mateix epígraf de persones jurídiques. En síntesi les realitats socials d’interès públic que el codi regula són les corporacions, associacions i fundacions.

Un cop fet un anàlisi macro de la definició estatal i autònoma de persona jurídica que ens donen els codis civils corresponents, entrarem a analitzar el concepte concret de persona jurídica civil que introdueix el llibre tercer del CCCatalà i a diferenciar-ne les principals diferències.

El llibre tercer defineix en base a la seva estructura, dues classes de persones jurídiques, la persona jurídica associativa i la persona jurídica fundacional. La persona jurídica associativa com a conjunt de persones que s’agrupen per aconseguir una finalitat. En canvi, la persona jurídica fundacional és un massa patrimonial o *universitas bonorum* adscrita a una finalitat. Per tant, podem observar que l’objectiu d’ambdues persones jurídiques és el mateix, el que canvia són els instruments o els recursos que es destinen i que vehiculen cap a l’obtenció d’una finalitat preestablerta en els seus estatuts.

Podem diferenciar, segons el caràcter de les mateixes, entre persones jurídiques de dret públic, que són aquelles que han estat creades mitjançant llei i les legitima per a actuar tant en l’àmbit públic com privat i persones jurídiques de dret privat, que són aquelles que es creen per iniciativa privada, sotmesa en cada cas per una llei determinada. En funció de la naturalesa de la finalitat que persegueix, podem diferenciar entre entitat d’interès públic, que cobreixen interessos generals

(traspassen l'àmbit particular), en concret és la finalitat que persegueix l'administració pública i en contraposició trobem les entitats d'interès particular on existeix una finalitat econòmica d'obtenir un guany privat.

A títol de resum de l'exposició feta fins ara, el Llibre III només regula les persones jurídiques civils que busquen un interès general públic, amb la diferència principal que una ho fa per mitjà d'un teixit associatiu (*universitas personarum*) i l'altre ho fa afectant una massa patrimonial (*universitas bonorum*). Malgrat l'interès que es persegueixi sigui públic, el dret aplicable és el privat, tot i que la realitat jurídica actual va més enllà, doncs permet que existeixin fundacions privades o públiques, tot i que com a requisit bàsic es demani la participació conjunta de les persones jurídiques públiques amb persones privades, entre d'altres requisits. La doctrina ja ha plantejat en certes ocasions la distinció entre el què és públic i què és privat en aquest camp, doncs com hem comentat la fundació és una entitat mixta, a cavall entre el dret privat i el dret públic i cada vegada més les administracions públiques adopten formes de dret privat en la prestació de serveis públics. Un bon anàlisi d'aquest qüestió l'ha desenvolupat Vilaseca i Marcet<sup>3</sup>.

Després d'aquestes observacions, podem configurar una definició de la persona jurídica com una organització de persones o de persones i béns, de caràcter permanent o estable que actuen com a realitats socials a les quals l'Estat atribueix personalitat pròpia, constituint així una entitat independent diferent a la dels seus components, susceptible per tant de dret i obligacions i encaminada a la consecució d'un fi digne de protecció. A l'actualitat s'amplia l'element personal amb la possibilitat que l'Estat també en sigui membre, una opinió favorable és la de LACRUZ BERDEJO<sup>4</sup> que escriu "res impedeix a l'Estat crear per llei fundacions subjectes al Dret privat..."

---

<sup>3</sup> VILASECA I MARCET, J.M. *Fundacions privades i públiques*. Revista Jurídica Catalunya. 1992 p.22

<sup>4</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L. *Aportación para la futura Ley de fundaciones. Estudios de Derecho privado común y foral*. Centro de Estudios Registrales, Bosch, Barcelona, 1992, p. 265

## **2. Trajectoria legislativa de les fundacions a Catalunya.**

El parlament de Catalunya va aprovar el 17 d'abril del 2008, la Llei del llibre tercer del Codi Civil de Catalunya, relatiu a les persones jurídiques. Fou promulgada com a Llei 4/2008 de 24 de Abril i publicada al DOG de 2 de maig del mateix any. La matèria que inclou aquesta llei ja ha estat regulada per la Generalitat a la Llei 7/1997, de 18 de juny, d'associacions, i a la Llei 5/2001, de fundacions. El llibre tercer incorpora la part civil d'aquestes lleis, però ho fa seguint la nova tècnica codificadora, que ha suposat redactar un primer títol de disposicions generals, aplicables –quan escaigui, en defecte de normativa pròpia- a totes les persones jurídiques de dret privat regulades per la Generalitat de Catalunya i dos títols més on regula individualment les associacions i les fundacions

Hi ha un ampli consens sobre el fet que les societats democràtiques actuals estiguin organitzades al voltant de tres sectors: les administracions públiques, les empreses i les organitzacions no lucratives. Aquestes entitats anomenades també com a tercer sector, són objecte de la nova llei, i estan immerses en un entorn canviant per influència dels mitjans de comunicació i de les noves tecnologies, el creixement de la participació ciutadana mitjançant el voluntariat, la realitat d'una societat cada cop més plural i diversa i la redefinició de l'Estat del benestar.

Recordem que la publicació d'aquest Llibre III està vinculat al pla d'elaboració del Codi civil de Catalunya guiat per la Llei 29/2002 del 30 de desembre que pretén dotar d'un ordenament civil propi com a tret essencial de la identitat nacional catalana que permeti regular les relacions entre els subjectes privats.

La principal justificació del naixement del Llibre III és la de refondre les preexistents lleis que regulaven les persones jurídiques civils, en concret la Llei 7/1997, d'associacions i la Llei 5/2001 de fundacions al Codi civil de Catalunya, més que complir una necessitat o conveniència d'introduir modificacions. Es pretén du a terme la idea d'anar conformant un autèntic Codi, més complet inclús que el Codi Civil. Val a dir que el llibre tercer no regula totes les persones jurídiques de dret privat sobre les que té competència la Generalitat. Pensem que el legislador ha deixat la porta oberta per a introduir en el mateix, quan es cregui convenient, la normativa específica d'altres tipus d'entitats com cooperatives, mutualitats i caixa d'estalvis, tal i com indica l'exposició de motius, sense alterar la sistemàtica del Codi, amb la seva estructura de Codi obert. Val a dir que certament s'ha fet un treball

important d'harmonització conceptual i us esforç en sistematitzar novament la regulació ja existent.

A partir de la constitució actual es pot parlar del reconeixement del dret de fundar, arran del que estableix l'article 34. Aquest precepte reconeix el dret de fundar per a fins d'interès general, sense perjudici d'aplicar-se també a aquestes institucions el que estableixen els apartats 2 i 4 de l'art. 22 CE, que es refereixen a aquelles entitats que persegueixen fins o que utilitzin mitjans que siguin tipificats com a delictes, que seran considerats il·legals, i a la possibilitat que pugin ser dissoltes o suspeses mitjançant resolució judicial motivada.

La Constitució situa el dret de fundació dins els drets i els deures fonamentals, però en situar-lo dins la secció segona del capítol primer, no assoleix la força protectora que representa el recurs d'empara i per tant, no cal el seu desenvolupant mitjançant llei orgànica (art. 81.1 CE).

Amb l'entrada en vigor de la constitució es va generar la necessitat d'unificar la regulació dispersa, continguda en disposicions de diferents rangs i allunyades en el temps<sup>5</sup>. A partir d'aquest moment trobem una intensa regulació, tant a nivell estatal com a nivell autonòmic de la figura de la fundació. La trajectòria legislativa de la fundació a Catalunya ha estat la següent:

Fundacions

**Llei 1/1982**, de 3 de març, de fundacions privades (DOGC núm. 206, de 10-03-1982)  
[Llei derogada per la Llei 5/2001, de 2 de maig, de fundacions (DOGC núm. 3388, de 15.05.2001, p. 6899)]

**Decret 37/1987**, de 29 de gener, pel qual s'aprova la Instrucció per a l'organització i el funcionament del Protectorat de la Generalitat sobre les fundacions privades de Catalunya (DOGC núm. 807, de 23-02-1987)

**Decret 73/1995**, 7 de març, pel qual es regula la declaració d'associacions i fundacions d'interès cultural (DOGC núm. 2.031, de 29-03-1995)

**Llei 5/2001**, de 2 de maig, de fundacions (DOGC núm. 3388, de 15.05.2001, p.

---

<sup>5</sup> CAFFARENA, V. *El régimen jurídico de las fundaciones: estudio para su reforma*. Madrid 1992 p. 30 i ss.



6899) [Llei parcialment derogada per la Llei 4/2008, de 24 d'abril, del llibre tercer del Codi civil de Catalunya, relatiu a persones jurídiques (DOGC núm. 5123, de 02-05-2008, pp. 34378-34424)]

**Decret 43/2003**, de 20 de febrer, pel qual s'aprova el Pla de comptabilitat de les fundacions privades (DOGC núm. 3833, de 28-02-2003, p. 4191)

Per tant, estem davant la tercera regulació en el dret català en matèria de fundacions. La primera regulació va ser la Llei 1/1982, del 3 de març, *de fundacions privades*<sup>6</sup>. Cal recordar que aquesta llei va generar, sense intenció de ser així, molt de soroll en l'àmbit jurídic tant estatal com autonòmic, en primer lloc, per ser una llei capdavantera a tot Espanya respecte a la legislació de les fundacions i en segon lloc, al ser la primera llei en aquesta matèria aprovada al parlament de Catalunya després del restabliment de la Generalitat, per tant se la recorda com a una norma que va ser partícip actiu en els inicis del canvi històric de les competències de la Generalitat de Catalunya en l'àmbit del Dret civil, que va donar lloc a un recurs d'inconstitucionalitat promogut pel President del Govern Central, desistit a posteriori<sup>7</sup>.

La segueix la Llei 5/2001, de 2 de maig, de *fundacions*<sup>8</sup> que derogava l'anterior norma, la qual va tenir una vida de poc més de 20 anys en el trànsit jurídic català. El legislador va entendre convenient actualitzar la seva regulació atenent als canvis socials que es van experimentar en aquella època, però hem d'entendre que aquesta norma seguia essent deficitària i així ens ho fa palès, quan el legislador decideix regular de nou les fundacions en un espai curt de temps. Ho fa per mitjà de la Llei 4/2008 objecte principal del present estudi.

Un criteri objectiu que ens serveix per evidenciar les mancances de les normes precedents és l'evolució del nombre de preceptes que contenen cadascuna d'elles, en concret la Llei 1/1982 contenia 16 articles, la Llei 5/2001 més meticulosa que l'anterior contenia 53 articles i ara l'actual Llei 4/2008 que compta amb 43 disposicions generals i 54 d'específiques a les fundacions. Per tant, queda palès l'esforç del legislador per adaptar la norma a la creixent creació de fundacions catalanes, que segons dades de la Generalitat ha tingut un creixement constant passant d'unes 400 en el moment de ser publicada la primera legislació (1982) a les

---

<sup>6</sup> DOGC núm. 5123, del 2 de maig.

<sup>7</sup> LLEVADOR I ROIG, R.M. *Competències de la Generalitat de Catalunya en matèria d'associacions i fundacions. Estat actual de la qüestió. Material de les Novenes Jornades de Dret Català a Tossa*. 1996. Tirant lo blanc. p. 35 a 42.

<sup>8</sup> DOGC núm. 206, del 10 de març

2.400 que consten inscrites a l'actualitat, tot i que no hi ha estadístiques ni informes oficials sobre la seva operativitat real. El que caldrà analitzar és si la normativa de fundacions ha estat encertada per a cobrir la finalitat social de les mateixes i si s'han creat les rutes de control adients per aconseguir una gestió saludable per part dels seus membres.

### 3. Síntesi històrica de les fundacions

El terme “fundació” neix a l’Edat Mitjana arrel de la constitució de monasteris o establiments de caritat. Cal tenir present les facilitats que va adoptar l’església per mitjà del Dret Canònic a favor del desenvolupament d’aquests tipus d’entitats, anomenades com a les “*pias causas*”.

L’evolució del concepte es fa durant segles. Distingirem principalment entre l’Alta Edat Mitjana i la Baixa Edat Mitjana.

Després de la desaparició de l’Imperi Romà d’Occident, el Dret Romà a través de les Novel·les de Justinià i de l’activitat normativa eclesiàstica del moment, van ser els encarregats de configurar el règim jurídic aplicable a les *piae causae*<sup>9</sup>. Fe d’això son els hospitals eclesiàstics fundats en els segles VI i VII a França i Itàlia regits pel Dret Roma Justinià<sup>10</sup>.

Juntament amb la penetració del dret romà Justinià conflueix el Dret Germànic que incidirà directament en la regulació d’aquest matèria<sup>11</sup>. El Dret Germànic no diferenciava les corporacions de tipus personal dels membres que les integraven, que passaven a ser titulars del conjunt de béns que formava el patrimoni de la col·lectivitat. El Dret Germànic també va inspirar altres formes de fundació, que enquadrarien dins l’àmbit de les fundacions impròpies en virtut de les quals el fundador es reservava al seu favor la propietat del bé objecte de la fundació i la seva administració. Es configuraven com patrimonis privats i a la vegada separats de la resta del patrimoni del fundador per a la consecució d’un fi<sup>12</sup>. Les autoritat eclesiàstiques es van esforçar fins aconseguir que el patrimoni fundacional, tot i restar en poder del fundador fos patrimoni eclesiàstic i estigués sotmès al control de l’autoritat eclesiàstica<sup>13</sup>.

El pensament de l’alta edat mitjana de base germànica predicava que l’ànima del cristià havia de recobrir amb bones obres, entre elles la disposició feta pel difunt d’una part del seu patrimoni per a les causes pies. Són les anomenades donacions “*pro anima*” que en el Dret medieval espanyol parteixen de la legislació visigoda en

---

<sup>9</sup> DE COSSIO, A., *Hacia un nuevo concepto de persona jurídica*, ADC, VII; Julio-septiembre, 1954, p.634-640

<sup>10</sup> VALERO AGUNDEZ, U., *La fundación como forma de empresa*, Valladolid, 1969, p. 75.

<sup>11</sup> SIEMS, H., *Von den piae causae zu den Xenodochien*. p.57 i ss.

<sup>12</sup> FERRARA F., *Teoría de las personas jurídicas, traducción española*. Madrid 1929, p. 57, n. 1-3

<sup>13</sup> VALERO AGUNDEZ, U. *La fundación como forma de empresa*. Valladolid 1969. p. 77-78

matèria de successions (quinta visigòtica)<sup>14</sup>, que s'entroncava amb la costum cristiana en la qual el causant havia de deixar per donació o llegat una quota dels bens de l'herència per la salvació de la seva ànima.

En la Baixa Edat Mitjana i per mitjà del Dret Canònic neix la concepció d'aquest tipus d'entitats com a una massa patrimonial independent que és titular de drets. És Graciano i altres canonistes del segle XII els qui defineixen per primera vegada d'una manera lògica el concepte de fundació. Per tant, s'assoleix un estadi jurídic similar al que es va assumir segles enrere a les *piae causae* del Dret Romà justinià.

A partir del segle XIV sorgeixen a Europa juntament amb les fundacions benèfiques cristianes, fundacions completament seculares destinades a fins profans com són els de mecenatge artístic o cultural. Lopez Jacoiste<sup>15</sup> senyala que aquest canvi s'emmarca dins l'esperit humanista propi del Renaixement

Van sorgir també a la Baixa Edat Mitjana vinculacions patrimonials de "fundacions familiars" anomenats hereuatges. És el supòsit en que un fundador disposa que tot o part del seu patrimoni familiar per a que quedi vinculat a la seva família, essent inalienable de generació en generació amb l'objecte de mantenir unit aquest patrimoni familiar i preservar el poder de la família pel futur. En un principi era precís l'autorització real per la constitució d'un hereuatge, però cap al segle XVI les Cort de Castella (Llei de Toro) van acordar que qualsevol pogués fundar-ne i a partir d'aquest moment es van generalitzar aquest tipus de fundacions familiars.

La gran concentració de propietats excloses per complert del tràfic mercantil resultaven, certament, contraries al principi que propugna la funció social de la propietat i així, el pensament il·lustrat europeu del segle XVIII pren consciència dels grans perjudicis d'aquest sistema de fundacions familiars per al desenvolupament econòmic i social del país. Els governs de Carles III i Carles IV van publicar disposicions que van reduir les possibilitats de constitució de nous hereuatges.

En el segle XIX sota el prisma del liberalisme es produeix una desvinculació i desamortització de les fundacions doncs es pretenia alliberar el màxim nombre

---

<sup>14</sup> RUBIO RODRÍGUEZ, J.J., *Las fundaciones benéfico-religiosas en el derecho común y español*: (Estudio Histórico-jurídico) p. 76 y 77

<sup>15</sup> LÓPEZ JACOISSTE, J.J., *La fundación y su estructura a la luz de sus nuevas legislaciones*, RDP, julio-agosto, Madrid, 1965, p. 567 ss.

possible de “mans mortes”<sup>16</sup> (propietats en poder de l'església, municipis o famílies) que rendien poc, que quedaven fora del lliure comerç i que no contribuïen a la Hisenda Reial.

La revolució lliberal va inspirar normes que ordenaven l'exclaustració de les ordres monàstiques i la posterior venda dels seus béns a favor del deute públic. També van dur a terme un processos de desamortització municipal<sup>17</sup>. L'expropiació de béns eclesiàstics i comunals va provocar que l'Estat hagués de suportar la càrrega social dels malalts i desvalguts (principals beneficiaris de les fundacions), en un moment de crisi econòmica del país. A partir d'aquest moment sorgeixen dubtes i el govern fa novament un canvi de criteri en quant a les fundacions benèfiques privades, preservant-les i fins i tot, potenciant la seva creació<sup>18</sup>.

En tot cas, i fent un salt cap a dècades més properes al nostre temps, ens aturem al vigent Codi Civil espanyol de 1889, en concret l'article 35 que redacta amb un clar accent moderador de la societat en relació a aquest matèria, reconeix la personalitat jurídica de les fundacions que tinguin un fi reconegut com “d'interès públic”. Les citades fundacions estan dotades de la capacitat jurídica que emparen els articles 37 i 38 del citat text legal.

El període de temps comprès entre la publicació del codi Civil a l'aprovació al 1978 de la Constitució, no va ser publicada cap llei que regulés amb caràcter general aquesta matèria<sup>19</sup>, només van aparèixer algunes normes reguladores de caràcter administratiu.

La Constitució espanyola va tancar amb el cicle històric de desconfiança cap a les fundacions<sup>20</sup>. Sorgeix una nova etapa en l'ordenament jurídic orientada cap a l'important paper que juguen avui en dia les fundacions en l'àmbit de la col·laboració social del capital privat, per a promoure fins d'interès general.

---

<sup>16</sup> TOMAS Y VALIENTE, F. *El marco político de la desamortización en España, Obras Completas, I*, Madrid, 1997, p. 556.

<sup>17</sup> ALBALADEJO, M. *Derecho Civil, I: Introducción y parte general*. Madrid 2009. P. 401-403.

<sup>18</sup> DE CASTRO, F., *Anuario de derecho Civil* 1953 p 97-98. Posa de relleu que “*la expropiación de bienes eclesiásticos y comunales había hecho caer sobre el Estado la carga de cuidar a los enfermos, menesterosos y desvalidos y ella en un momento en que era tanto más difícil de soportar, por la pobreza y la crisis económica del país*”.

<sup>19</sup> ESPIN CÁNOVAS, D., *El respeto a la voluntad del fundador en la ley 50/2002 de fundaciones*, Anuales de la Real academia de Jurisprudencia y legislación, 33, Madrid, 2003 pàg. 335

<sup>20</sup> ESPIN CÁNOVAS, D., *El respeto a la voluntad del fundador... cit.*, p. 327

Podem dir que actualment les fundacions compten amb un ple reconeixement constitucional, en concret, l'article 34.1 de la constitució espanyola disposa que *“se reconoce el derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la Ley”*.

Per a reforçar més aquest actual posició, és interessant acabar aquesta síntesi històrica anomenant la Resolució del Parlament Europeu de 9 de Març de 1994, publicada el 28 de Març de 1994, sobre les fundacions a Europa on estableix: *“merecen apoyo especial las fundaciones que participen en la creación y desarrollo de respuestas e iniciativas, adaptadas a las necesidades sociológicas de la sociedad contemporánea. Particularmente las que luchan por la defensa de la democracia, el fomento de la solidaridad, el bienestar de los ciudadanos, la profundización de los derechos humanos, la defensa del medio ambiente, la financiación de la cultura, las ciencias y practicas médicas i la investigación”*<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> LASALLE RUIZ J.M.' *Fundaciones, política cultural y cooperación internacional: La experiencia de la fundación Carolina*, Revista de Occidente, marzo, 2004 p. 54

## **4. La regulació de les fundacions en el codi civil català. Un anàlisi crític.**

L'exercici del dret de fundació comporta el naixement de tota una organització que, com a tal, es converteix en un instrument de gestió d'un patrimoni i d'exercici d'una finalitat prèviament establerta pel fundador amb potestat d'autonomia organitzativa atorgat per la mateixa Constitució en el si de l'article 34<sup>22</sup>. Recordem que l'ordenament actual precisa per llei la obligació de la inscripció de la fundació per a la seva constitució. Hi ha autors que mantenen que el citat precepte constitucional estableix un sistema de lliure constitució doncs entenen que l'article 34 no permet fer dependre l'adquisició de personalitat jurídica de la fundació a un acte administratiu<sup>23</sup>, per altra banda altres autors fan dependre l'adquisició de la personalitat jurídica de la fundació a l'acte de l'autoritat pública que la concedeix per mitjà de la inscripció en un Registre públic únic. Valero Agúndez<sup>24</sup> exposa magistralment els arguments dels partidaris de les diferents tesis. En aquest sentit cal precisar que el Tribunal constitucional mai no ha hagut de pronunciar-se sobre les restriccions que han anat imposant les lleis ordinàries en l'autonomia organitzativa de les fundacions, tot i que és una dimensió constitucionalment protegida com a dret fonamental d'associació<sup>25</sup>.

El nou marc legal de les fundacions relatiu a les persones jurídiques s'ha encomanat de l'estructura en forma de codi obert que es desenvolupa l'actual codi civil català. El text legal s'estructura en tres títols, el primer conté les Disposicions generals, el segon es refereix a les Associacions i el tercer a les Fundacions. Per tant, les disposicions generals seran d'aplicació general a ambdues persones jurídiques i per aquesta raó, per estudiar les fundacions, primer farem un anàlisi de la regulació general i posteriorment entrarem a l'epígraf concret del dret de les fundacions.

### **4.1. Disposicions generals**

#### **4.1.1. La personalitat jurídica. Actuació i representació.**

Aquest títol conté la normativa general aplicable a tot tipus de persones jurídiques regulades pel dret català. Com que gran part del contingut dels preceptes del

---

<sup>22</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., *Las fundaciones en la Constitución española 1978*. ADC, 1983IV, p. 1461.

<sup>23</sup> PIÑAR MAÑAS, J.L., *Obra colectiva. Las fundaciones y la Constitución española*. Madrid 1991, p.1327

<sup>24</sup> VALERO AGÚNDEZ, V. *La fundación como forma de empresa*. Valladolid 1969 pàg. 296 i ss

<sup>25</sup> PEREZ ESCALONA, S. *El Derecho de Asociación y las Asociaciones en el Sistema Constitucional Español*, Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p.65-87.

present títol estan desenvolupats en el títols específics de fundacions i associacions, intentarem fer un anàlisi més simplificat del títol I i deixar l'estudi en detall pels preceptes que es desenvolupen en el títol específic de fundacions, principal matèria d'estudi d'aquest treball.

Les disposicions generals conformen una regulació mínima i comú a la personalitat jurídica en dret català, aplicables a totes les persones jurídiques sotmeses al dret català. Aquestes van més enllà de les associacions i les fundacions afectant, entre altres, a les cooperatives, les caixes d'estalvi<sup>26</sup> i les mutualitats de previsió social, tal com es fa constar en el preàmbul i en la Disposició final segona, i a d'altres, no esmentades expressament, com ara els col·legis professionals. Aquestes disposicions generals es refereixen a la personalitat jurídica i els seus atributs (capítol I), l'actuació i la representació de les persones jurídiques (capítol II), les normes de règim comptable i documental (capítol III), les modificacions estructurals i la liquidació (capítol IV), i la publicitat (capítol V).

Cal recordar que l'ordenament jurídic ha hagut de crear la ficció legal de les persones jurídiques amb l'objecte de poder tractar a col·lectius com a una sola persona, és a dir, per mitjà d'aquesta ficció legal l'ordenament li reconeix individualitat pròpia, essent diferent dels individus que la componen. Per tant, la persona jurídica es converteix en titular de drets i obligacions i es dota de capacitat d'obrar a través dels seus òrgans de govern.

Si la capacitat jurídica o personalitat és determinada des de l'instant en què hagin quedat vàlidament constituïdes les persones jurídiques (art. 35 Cc), la capacitat d'obrar és reconeguda de forma total en l'art. 38 Cc, a l'establir que "*puguin adquirir i posseir béns, així com contreure obligacions i exercir accions civils o criminals, de conformitat amb les lleis i regles de la seva constitució*".

Hi ha un reconeixement general de la capacitat d'obrar i un reconeixement específic. Aquest últim matisa la capacitat d'obrar respecte d'algun acte concret. Així és, al nostre parer, com ha d'entendre's modernament la interpretació de l'art. 37 Cc, quan especifica que: "*La capacitat civil de les corporacions serà regulada per les lleis que les hagin creat o reconegut, la de les associacions pels seus estatuts; i la de les fundacions per les regles de la seva institució, degudament aprovades per disposició administrativa, quan aquest requisit sigui necessari*".

---

<sup>26</sup> Text refós de la Llei de Caixes d'Estalvi (Decret Legislatiu 1/2008, d'11 de març; DOGC núm. 5090, de 13 de març).



En atenció a la jerarquia normativa, la Constitució Espanyola és l'encarregada de protegir el dret d'associació i fundació com a dret fonamental de la persona i ho fa en els respectius articles 22 i 34. El precepte contingut en l'article 22 fa incís en la obligatorietat que siguin inscrites en un registre a efectes de publicitat.

En aquest capítol I del llibre III del Codi Civil Catalunya i en concret l'article 311-1 ens determina l'àmbit d'aplicació de la mateixa. Precisa que en tot cas seran les associacions, fundacions o delegacions d'ambdues que exerceixin les seves funcions majoritàriament a Catalunya.

L'article 311-2 precisa la voluntat i el compliment dels requisits que estableixi la llei per a que s'adquireixi la personalitat jurídica. A continuació l'article 311-3 detalla els tipus de drets i obligacions que li seran atribuïts.

Es precis fer un apunt conceptual que ha portat a qüestions greus des del punt de vista dogmàtic en els que la incertesa doctrinal, legislativa i jurisprudencial té la seva causa i en remeto al profund estudi desenvolupat per Bustos Pueche<sup>27</sup> sobre la capacitat jurídica en la persona natural i entitats. El que interessa de la seva reflexió final és que només s'ha de reconèixer personalitat jurídica de les societats civils que compleixin el requisit de publicitat que ha d'entendre's s'adquireix amb la inscripció en un Registre Públic. Recordem que la persona física adquireix personalitat per aplicació dels articles 29 i 30 del Codi Civil i la capacitat d'obrar de la persona física la gradua la legislació en funció del desenvolupament humà. En canvi les entitats com que no són una realitat natural, no existeix distinció entre les tres qualitats fonamentals de la personalitat. Quan l'entitat adquireix el seu reconeixement establert per l'ordenament, aquestes entitats adquireixen totes les anteriors qualitats al mateix moment, a diferència del que succeeix a les persones físiques, és a dir, les persones jurídiques adquireixen pel *ius positum*<sup>28</sup> la realitat jurídica, sigui anomenada personalitat, capacitat jurídica o capacitat d'obrar. Per al reconeixement de les fundacions cal observar l'article 311-2 i 311-3 com a requisits generals i en concret els articles continguts en el capítol I del Títol III De les fundacions, que més endavant abordarem.

---

<sup>27</sup> BUSTOS PUECHE, J.E.. *La capacidad jurídica en las personas físicas y en los entes morales*. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Num. 693- Febrero 2006

<sup>28</sup> KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho [1934]*, trad. de M. Nilve, Eudeba, Buenos Aires, 1989, p. 9

Els articles 311-4-5-6 i 7 ens descriuen els requisits de la denominació. Es dóna la possibilitat d'obtenir certificat negatiu al Registre corresponent, però en cap moment s'estableix que sigui obligatori sol·licitar-lo. A la pràctica es requereix el citat certificat negatiu a efectes que no es dupliquin i no es creï confusió jurídica i pugui afectar en el trànsit d'aquest tipus d'entitats a la societat.

Quant al domicili, l'article 311-8 diu que ha d'estar situat a Catalunya, en el cas que estigui situat en un altre lloc però les activitats es desenvolupin en gran mesura a Catalunya, caldrà traslladar a la comunitat autònoma de Catalunya el domicili i adaptar els estatuts a la llei catalana.

L'article 311-9 que tanca el present capítol, regula amb detall la inscripció de delegacions a Catalunya de les persones jurídiques regulades per altres lleis i domiciliades fora d'elles que obligatòriament han d'establir aquesta delegació si exerceixen activitats amb caràcter regular.

Cal aturar-se en aquest article per a introduir la discrepància competencial en aquest punt entre l'Estat i la Generalitat, que va precisar diferents negociacions de la Subcomissió de Seguiment Normatiu, Prevenció i Solució de Conflictes de la Comissió Bilateral Generalitat - Estat<sup>29</sup> quant a l'abast subjectiu de l'esment que fa el precepte *"les fundacions regulades per altres lleis de fundacions, incloses les que d'acord amb la legislació estatal tenen la consideració d'estrangeres, que exerceixen activitat a Catalunya amb caràcter regular han d'establir una delegació a Catalunya i han d'inscriure-la en el Registre de fundacions"* dóna a entendre que abasta també, a més de les estrangeres, les fundacions espanyoles subjectes a altres ordenaments que no siguin el català, com pot ser a la llei estatal o lleis d'altres autonomies. En aquest cas, la Subcomissió va arribar a un acord en que *"coincideixen a interpretar l'abast d'aquest precepte circumscrit estrictament a les fundacions que desenvolupin majoritàriament les seves funcions a Catalunya, de conformitat amb l'àmbit de la competència assumida per la Generalitat en base a l'article 118.2 de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya"*. Per tant es circumscriu la competència de l'Estat a les delegacions de fundacions estrangeres que actuen en el territori de més d'una Comunitat Autònoma, que coincideix amb el que disposa l'article 7 de la Llei estatal 50/2002<sup>30</sup> i és també congruent amb l'article 2.1.b del Reglament de fundacions de

---

<sup>29</sup> Resolució IRP/2479/2008, de 25 d'agost (DOGC núm. 5215, de 15 de novembre)

<sup>30</sup> PALAO MORENO, G. *Legislación básica Comercio internacional. Epígrafe "art.7, Fundaciones extranjeras"* Tirant lo Blanch p. 214-217

competència estatal<sup>31</sup> i l'article 11 RD 1611/2007, de 7 de desembre<sup>32</sup>. Topem novament amb un altre punt controvertit, en el qual no aprofundirem aquí, si qüestionem si aquesta obligació es pot imposar a les fundacions de països de la Unió Europea, en virtut de l'aplicació de les llibertats comunitàries i la jurisprudència del TJCE<sup>33</sup>.

El capítol II referent a l'actuació i representació de les persones jurídiques és molt extens i raó d'això és la importància de la matèria que s'hi tracta, doncs en aquest capítol es detalla l'actuació i representació de les mateixes. En concret l'article 312-1 regula l'actuació orgànica, és a dir, regula requisits per a que s'expressi vàlidament la voluntat de l'entitat. Estableix que caldrà que la voluntat es formi per mitjà d'acords que adopten els òrgans legítims, que a la vegada aquests òrgans estaran regulats per llei o pels estatuts. Si hi ha pluralitat de persones es presumeix actuació mancomunada, excepte que de forma expressa s'estableixi la solidaria.

L'article 312-2 ens parla de l'autonomia organitzativa dels òrgans, però quan estudiem en detall la norma, ens adonem que aquesta autonomia està molt reglamentada, per tant ja està preestablerta la franja d'autonomia a la que es poden acollir aquestes entitats. Fe d'això és el contingut dels preceptes de l'article 312-3 on detalla els requisits mínims que han de complir els òrgans col·legiats (mínim de 3 membres, designats en l'acte de constitució i han de tenir almenys una persona que faci el càrrec de president i una altre el de secretari); l'article 312-4 on es precisa el deures formals que ha de complir la convocatòria i els mecanismes per a instar una convocatòria forçosa per inactivitat de l'òrgan de govern; l'article 312-5 formes de reunió dels òrgans col·legiats; 312-6 que expressa el procediment de votació per adoptar acords, que serà per defecte la majoria simple si no s'expressa res en els estatuts; l'article 312-7 on regula la possibilitat d'adoptar acords sense reunió i l'article 312-8 on es regula la documentació necessària on cal registrar els acords (acta) i els requisits formals que cal que compleixi.

La resta de preceptes del capítol I que resten per analitzar, fan referència al conflicte d'interessos que pot existir entre membres de l'òrgan de govern i la persona jurídica

---

<sup>31</sup> *Reial Decret 1337/2005 d'11 de novembre, pel qual s'aprova el Reglament de fundacions de competència estatal (BOE núm. 279, del 22 de novembre)*

<sup>32</sup> *Pel que s'aprova el Reglament del Registre de Fundacions de competència estatal (BOE núm. 17, de 19 de gener 2008)*

<sup>33</sup> GARDEÑEZ SANTIAGO, M. *Las fundaciones en Derecho internacional privado español*, Eurolex, Madrid, 2003, p. 220-225; OLAVARRIA IGLESIA, J., *Comentarios a la Ley de Fundaciones (coord.)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 218-221.

a la que representen. L'article 312-9 enumera amb molt de rigor les persones que poden incórrer en interès personal. A partir d'aquest punt, la resta d'articles regulen la ineficàcia dels acords (article 312-10), les persones legitimades per a impugnar aquests actes (article 312-11) i els plaços per a exercitar l'acció d'impugnació dels acords (312-12).

Els articles restant, 312-13-14 i 15 regulen la representació de les persones jurídiques objecte del present estudi, la imputació de responsabilitat a la persona jurídica dels actes dels membres de l'òrgan legitimat i per últim la responsabilitat dels membres en la fase d'inscripció de la persona jurídica al registre corresponent. En l'apartat específic de les fundacions farem un incís interessant sobre l'equiparació de la responsabilitat dels patrons de les fundacions amb la dels administradors de las societats mercantils.

Cal subratllar com a destacable d'aquest capítol les disposicions que incorpora que són desconegudes pel dret de fundacions, com ara les que regulen la celebració de reunions per videoconferència o altres mitjans de comunicació, l'adopció d'acords sense reunió o la manera de procedir en cas de conflicte d'interessos, tema que és competencialment controvertit si observem la jurisprudència constitucional<sup>34</sup>.

Per altra banda l'article 312-15 que regula els efectes de l'actuació per mitjà d'una entitat no inscrita, sorprenentment, omet el règim de responsabilitats de l'actuació externa dels patrons davant tercers o davant la pròpia entitat, abans de la inscripció registral, és a dir, quan es trobin en fase de constitució. Per tant per a protegir als afectats caldrà aplicar supletòriament del dret estatal, doncs el Llibre III ha oblidat regular aquesta figura.

#### **4.1.2. Règim comptable i documental. Publicitat registral.**

Els articles 313-1 a 313-3 es limita a detallar els deures comptables i la forma en que s'han de mantenir la requerida informació que en síntesi és la obligació de portar una *"comptabilitat ordenada i adequada a l'activitat"*. Cal recordar que es va aprovar el nou Pla General de Comptabilitat que recull les normes internacionals de comptabilitat imposada a través de les directives comunitàries, que va fer necessària l'adaptació del Pla de comptabilitat de les fundacions privades. Fou a través del RD 259/2008 que aprova el Pla de comptabilitat de les fundacions i associacions

---

<sup>34</sup> STC 135/2006, de 27 d'abril, que va anul.lar diversos articles de la Llei 7/1997, d'associacions

catalanes<sup>35</sup>. Aquest pla integra en un sol text normatiu, la legislació comptable aplicable a les entitats sense ànim de lucre d'àmbit de Catalunya, mentre que l'estatal no té pla específic i s'han de moure entre dos normatives.

Els deures comptables generals del present capítol s'han d'entendre sense perjudici dels deures més exigents que puguin requerir, com és el cas de les fundacions que veurem en el capítol corresponent.

Una novetat que remarca l'exposició de motius és l'establiment del deure de donar transparència als comptes anuals, punt de gran importància si tenim en compte la captació pública de fons públics per al seu finançament d'aquest tipus d'entitats.

No ens aturarem ara en el capítol que conté les modificacions estructurals i de liquidació, doncs el tractarem amb profunditat quan parlem de les fundacions i que serà objecte d'estudi d'un capítol posterior. Només cal remarcar que la regulació es tributària directe de la Llei de Societat Anònimes, com reconeix obertament la mateixa exposició de motius.

Quant al capítol relatiu a la publicitat registral, tanca la regulació general de les persones jurídiques en el codi civil Català i ho fa regulant d'una manera molt reglamentària i detallista, a l'estil de la regulació del Registre de la Propietat, els requisits registrals obligatoris de les mateixes, a efectes de legitimació i de publicitat material, en el que s'obliga a la inscripció<sup>36</sup> i no permet invocar el seu desconeixement.

El registre està revestit de gran importància tal i com veurem en les fundacions, per a certificar aquesta afirmació es convenient transcriure el paràgraf 1er de l'article 315:

*1. Els registres de persones jurídiques dependents de la Generalitat són públics i assumeixen funcions de qualificació, inscripció i certificació. També assumeixen, si escau, funcions de dipòsit de comptes i altres documents.*

*2. S'han d'inscriure en els registres de persones jurídiques dependents de la Generalitat:*

*a) Les entitats subjectes al dret català.*

---

<sup>35</sup> DOGC núm. 5288, de 31 de desembre

<sup>36</sup> PUIG I FERRIOL, LL.. *Les fundacions privades catalanes. Institucions del Dret Civil de Catalunya*. Vol. I. Valencia 1993. pàg. 127

b) *Les delegacions d'associacions i fundacions estrangeres establertes a Catalunya si hi exerceixen majoritàriament llurs activitats.*

La norma permet denegar la inscripció d'actes que no compleixin els requisits que estableix la llei. Contra aquestes resolucions es poden interposar recursos per aplicació de la Llei de Règim Jurídic de les Administracions Públiques i del Procediment Administratiu Comú de 26 de novembre del 1992, que permet la interposició voluntària de recurs de reposició i el contenciós administratiu. La jurisprudència ens indica però que no s'ha utilitzat mai el recurs contenciós administratiu i que en poques ocasions s'ha emprat el de reposició, detall que ens fa concloure que o bé ens trobem davant entitats on impera una pràctica generalitzada irreprotxable o per altra banda, podem sospitar d'una accentuada mancança de control administratiu real per part de les administracions competents.

## **4.2. Les fundacions**

És en aquest punt on entrarem amb més detall, per analitzar i reflexionar sobre la regulació concreta de les fundacions en la normativa Catalana. En l'estudi seguirem els diversos preceptes de la Llei, remarcant els més interessants a la pràctica jurídica i fent un anàlisi crític dels mateixos.

### **4.2.1. Naturalesa i constitució**

Aquest capítol conté dotze articles, del 331-1 al 331-12, que defineixen el concepte de fundació<sup>37</sup>, diferents formes de constitució, quantificació de la dotació inicial i contingut dels estatuts de la fundació<sup>38</sup>.

El tret més remarcable de la definició que fa la norma de les fundacions, és la ommissió de la qualificació com a "*privades*" de les fundacions que apareixia en el títol de la Llei 1/1982, tot i desaparèixer del títol de la Llei 5/2001, es mantenia en la definició (art. 1.1. i 1.2) i seguia apareixent al llarg de la llei (arts. 2.1, 3.3, 6, 7,11). Ara desapareix tant del títol com de la definició de les fundacions. i en defecte d'aquesta es fa florir per primera vegada en la regulació, les fundacions públiques<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> FOLLIA I CAMPS, R. *Aspectes principals de la regulació de les fundacions en el llibre III del Codi Civil de Catalunya*. Revista Jurídica de Catalunya. Núm. 3-2009. p. 724.

<sup>38</sup> PUIG FERRIOL, L., ROCA TRIAS, E. *Institucions del dret Civil de Catalunya, Volum IV, dret de persona i dret de família.*, 1998, Tirant lo Blanc, p. 279-280.

<sup>39</sup> FERRER RIBA, J. *Les fundacions en el llibre tercer del codi civil de catalunya*. Ponència de la IV Jornada organitzada pel col.legi de Notaris de Catalunya el 22 febrer 2008.

El codi estableix un seguit de requisits que detalla l'article 331-2.2. S'evidencia en la pròpia regulació un trànsit de la concepció clàssica de fundació, d'encuny romà i canònic, a un concepte modern molt més heterogeni i en línia amb la operativa actual de les fundacions. La Llei de 2008 canvia l'orientació de les anterior regulacions i ho fa en dos punts. D'una banda, confirma la capacitat fundacional de les persones jurídiques públiques, però la circumscriu al supòsit en què els ens públics, a l'hora de fundar, actuïn conjuntament amb persones privades. D'altra banda, seguint el criteri de la legislació estatal vigent (*art. 44 a 46 de la Llei 50/2002*), la Llei formula els trets que determinen que una fundació tingui la condició de fundació pública, que s'adquireix pel fet de complir indistintament un dels tres requisits que descriu l'apartat 2 de l'article 331-2. En relació a la capacitat per a la constitució, l'art. 331-2 CC indica confosament que les persones jurídiques públiques només poden constituir fundacions conjuntament amb persones jurídiques privades; per tant la norma pretén impedir la constitució per part de les administracions públiques sense cap mena de participació de persones privades, cosa que no sembla estar dins de l'àmbit competencial del mateix Codi ni dins de política legislativa sobre la matèria.

La inserció en el Codi de la constitució de fundacions per part d'entitats públiques és un desencert greu, doncs no és funció de cap Codi Civil acotar les condicions d'exercici de la potestat organitzativa de les administracions públiques. En tot cas, correspon a la legislació sobre organització administrativa. Tampoc no és funció del Codi Civil delimitar el caràcter de fundació pública que determina conseqüències de règim jurídic alienes al dret comú de les fundacions. Però en tot cas, el que s'evidencia és que el legislador pretén promocionar la creació d'aquestes entitats, doncs amplia el nombre de persones legitimades a constituir una fundació i com a tal, caldrà veure si la normativa quant al control d'aquesta institució s'ha ajustat amb la mateixa mesura.

L'article 331-3 estableix el principis d'imparcialitat i no discriminació i determina "*En cap cas no es poden constituir fundacions amb la finalitat principal de destinar les prestacions als fundadors o als patrons, a llurs cònjuges i a les persones lligades per una relació d'afectivitat anàloga, o a llurs parent fins al quart grau, ni a persones jurídiques singularitzades que no persegueixin fins d'interès general.* Amb la incorporació d'aquesta nova referència legal es tanca definitivament la prohibició de

les tradicionals fundacions *particulars*<sup>40</sup> que pretenien crear pel al propi i exclusiu benefici del fundador o de la seva família com a instrument de permanent subjecció de la propietat i aprofitament dels incentius fiscals que l'Estat atorga a les fundacions.

Quant a la personalitat jurídica, el qual ens hem detingut a analitzar des del punt de vista civil a l'apartat u del present treball, aquí trobem la regulació concreta que refereix a l'adquisició *definitiva* de la personalitat jurídica de les fundacions, que serà segons introdueix l'article 331-1.4 CCCatalà a través del requisit d'inscripció de la carta fundacional<sup>41</sup>. Entenem que l'entrada d'aquest precepte estabilitza la seguretat jurídica actual en contraposició a la regulació anterior que es limitava a exigir la inscripció al registre per a "assolir" la personalitat jurídica (art 6.2 Llei de 2001). Per tant es descarta categòricament la possibilitat de que existeixin fundacions amb personalitat jurídica *prèvia o provisional*, en contra la Llei estatal de fundación 50/2002 si fa esment a la fundació en procés de constitució.

Per tant es delimita perfectament les actuacions fetes amb anterioritat a la inscripció que seran de naturalesa estrictament personal i atribuïbles únicament a les persones que les duguin a terme.

Quant als elements reals, es reflecteix en la normativa la voluntat ambiciosa del legislador del 2008 de garantir la seriositat dels projectes fundacionals i assegurar, amb la mesura del possible, la viabilitat financera de les mateixes. Llum d'això ens la projecta el preceptes referents a la dotació (art 331-5 i 331-6), al finançament (331-7) i el desmembrament de les fundacions en ordinàries, temporals i fons especial (331-8) que volen emparar la regulació de les fundacions més modestes en quant a suficiència del finançament.

El requisit de dotació<sup>42</sup> i de suficiència del finançament en les fundacions ordinàries ha d'esser adequada per dur a terme el compliment de les finalitats fundacionals, ja sigui a que cobreixi la necessitat econòmica prevista o bé que els béns aportats siguin idonis *in natura* per a fer efectiva la finalitat fundacional. La novetat més destacada de la nova regulació és l'exigència d'una quantia mínima establerta legalment per a la dotació de les fundacions en el moment de la seva constitució.

---

<sup>40</sup> DE PRIEGO FERNANDEZ, V. *El negocio fundacional y la adquisición de personalidad jurídica de las fundaciones*. Madrid 2004. Pàg. 103-104

<sup>41</sup> CAFFARENA, V. *El régimen jurídico de las fundaciones: estudio para su reforma*. Madrid, 1992, p. 65.

<sup>42</sup> CABALLOL ANGRILL. M. *Algunas consideraciones sobre las dotaciones fundacionales*. Revista Jurídica de Catalunya. Vol. 97 núm. 2 any 1985. p. 393-408.



Per tant el Codi ha millorat el criteri de la llei anterior que preveia únicament la necessitat d'una dotació suficient, sense fixar cap quantia mínima, tot i que la Direcció General de Dret i Entitats jurídiques s'havia encarregat de fixar. Cal però trencar una llança a favor de la Llei de 2001 doncs el que pretenia la seva regulació era facilitar la creació de fundacions ampliant el concepte de "*universitas bonorum*" cap al "d'organitzacions sense finalitat de lucre per complir finalitats d'interès general i recaptar fons per a la citada finalitat". Però això aquesta llei no fixava un patrimoni mínim i la mateixa exposició de motius disposava que s'establís una quantitat econòmica simbòlica però que el que es buscava era un altre tipus de capital, constituït pel voluntariat per a promoure el servei a l'interès general. Superat aquest concepte de fundacions "instrumentals" ara canvia radicalment el sentit i l'article 331-5 fixa una quantia mínima en 60.000€ per a les fundacions que es constitueixin a partir de l'entrada en vigor del llibre III. Això no vol dir que aquesta dotació sigui sempre suficient, doncs lògicament en el moment que s'acompanya, per imperatiu legal de l'article 331-7, el projecte de viabilitat econòmica dels dos primers anys, el Protectorat pot interpretar que la quantitat necessària i adequada per a emprendre el projecte sigui insuficient, tot i que la dotació realment satisfeta sigui igual o major als 60.000€ mínims que estableix la normativa.

La disposició transitòria primera, en el seu punt 5, estableix que les fundacions ja constituïdes no s'hauran de regir, quan calgui adaptar-se al llibre III, per les normes sobre la dotació.

La regulació és clarament més restrictiva que l'anterior. El legislador, conscient d'això flexibilitza la seva posició amb la creació d'un nou tipus de fundació que l'anomena "*fundacions temporals*" (article 331-1.5) inspirat amb matisos, en el model francès de las *fondations d'entreprise*<sup>43</sup>. En el marc de la nova llei, la fundació temporal<sup>44</sup> pot complir una doble funció: pot servir per a l'execució de projectes d'interès general de durada limitada i pot servir també per dur a terme un projecte fundacional de durada potencialment indefinida, però de plasmació i èxit incert en el moment inicial. És a dir, la nova regulació permet gaudir d'un període de prova de cinc anys, abans de que el projecte es qualifiqui definitivament com a ordinari. Per tant, es requereix un projecte temporal, on el termini de durada del mateix els establiran lliurement els fundadors. Les fundacions temporals tenen una durada

---

<sup>43</sup> LAUROBA LACASA, E. *El régimen de fundaciones en Francia. Claves y caracteres de una regulación tardía*. ÀREA DE DRET CIVIL DE LA UNIVERSITAT DE GIRONA (COORD.), *Les persones jurídiques en el dret civil de Catalunya: associacions i fundacions (Materials de les Novenes Jornades de Dret Català a Tossa)*, València, Tirant lo Blanch, 1988, p. 512-519

<sup>44</sup> FOLLIA CAMPS, R. Obra cit. p. 726

màxima de cinc anys i una dotació mínima de 30.000€ (331-8.2). La durada pot ser prorrogada per un nou període de cinc anys (331-8.3), però també es preveu la conversió en indefinida, essent obligatori aleshores ampliar la dotació i presentar el projecte de viabilitat (art 331-8.3).

Amb la mateixa intenció el legislador potencia la figura dels denominats “fons especials”<sup>45</sup> com a una alternativa per a vehicular projectes fundacionals més petits encara, que s’articula per mitjà de la constitució d’un fons especial en el si d’una fundació preexistent, per tant no gaudeixen de personalitat jurídica pròpia doncs el que fan és integrar-se dins d’una altra fundació que serà la titular del fons. Aquesta figura ja havia estat introduïda per la Llei de 2001 (arts. 40-42). Malgrat no tenir personalitat jurídica pròpia, també s’ha d’inscriure al Registre de fundacions i pot tenir una denominació específica.

Aquesta tècnica permet reduir les despeses d’administració i beneficiar-se d’economies d’escala en la inversió dels actius patrimonials. Però la norma amb molt d’encert preveu la preservació de la individualitat del fons i ho fa a través de l’art. 334-3 que permet que en l’acta de constitució del fons es pugui fer constar una denominació del fons i l’article 334-4.2 requereix que els bens del fons s’administrin de manera separada respecte a la resta del patrimoni i que quedin degudament identificats en la memòria dels comptes anuals de la fundació titular<sup>46</sup>.

Amb molt encert la llei ha suprimit la facultat d’extinció unilateral del fons a voluntat de la fundació que contenia l’art. 42 de la Llei de 2001. Val a dir però que fins a l’actualitat tot i l’encert del legislador a l’hora de regular aquesta figura, ha tingut poca acceptació a la pràctica, doncs el nombre de fons constituïts ha estat molt petit, però potser l’augment de la xifra de la dotació inicial que la llei del 2008 ha introduït, propiciarà a incentivar l’ús d’aquesta figura en el tràfic jurídic.

En cas d’aportacions no dineràries, en concret de béns i drets, tal i com diu la Llei a l’article 331-6.3 cal “*incorporar com a annex a la carta fundacional un informe, emès per un perit que ha de contenir la descripció dels béns o drets, llurs dades registrals i la informació de les càrregues sobre els béns aportats [,,]*”, queda clara la voluntat del legislador de quantificar degudament el valor econòmic del mateix però es queda

---

<sup>45</sup> FERRER RIBA, J. “Els fons especials en les fundacions privades” Revista catalana de Dret privat, 2002, p. 87-88.

<sup>46</sup> Veure el Decret 259/2008, de 23 de desembre del pla de comptabilitat de les fundacions catalanes. A l’apartat “fons propis” cal fer constar els moviments dels fons especials.

un pas enrere al no determinar quin tipus de pèrit ha de qualificar aquestes aportacions no dineràries.

Quant a les càrregues, cal tenir en compte l'article 331-5.1 que impedeix que es puguin aportar béns amb "*càrregues que n'impedeixin o en limitin d'una manera significativa la utilitat per a la fundació*". Cal alertar al lector la problemàtica que es pot generar davant drets d'usdefruit, servituds o hipoteques i les respostes jurídiques diferents que poden sorgir per a emparar aquestes situacions.

En el tràmit parlamentari es va admetre el procediment de desemborsament successiu de la dotació inicial, regulat pels apartats 5 i 6 de l'article 331-6, que estableix un desembors inicial del 50% i la resta cal que s'aporti en un període de 4 anys. Aquí suscita el dubte de la seva aplicabilitat a les fundacions temporals, doncs la normativa no diu res en contra, per tant es podria fàcilment entendre que la dotació de les fundacions temporals també poden acollir-se al sistema de desembors successiu. En aquest cas, seria suficient el desemborsament inicial de 15.000€.

Avaluar els elements personals vinculats a la constitució de la fundació és una tasca rellevant. Poden constituir fundacions totes les persones físiques que "tinguin plena capacitat d'obrar, si ho fan entre vius, per tant hem d'entendre que no poden els menors ni amb assistència de ningú o "capacitat per a testar si ho fan per causa de mort" ( articles 331-2 i 3). En cas de fer-ho per mitjà d'apoderat, entenem que necessiten poder especial i suficient, ja que és un acte a títol gratuït. Podem valorar la possibilitat que fos suficient si en un poder general constés específicament la facultat de "fer donacions".

Poden constituir també les persones jurídiques tant públiques com privades<sup>47</sup>. Però "les persones jurídiques públiques només ho poden fer conjuntament amb persones privades d'acord amb la seva normativa" (art. 331-2, 1), que com ja em comentat en capítols anteriors aquesta limitació no figurava en la Llei derogada. Cal a més que "les normes que regulen la persona jurídica no ho prohibeixin i que l'acord, en què ha de figurar l'interès general, sigui adoptat per l'òrgan competent a aquest efecte o amb facultats suficients" (art. 331-2,4 ). Això pot ocasionar que en molts casos calgui mirar els Estatuts o normes que regeixen a les mateixes. Si es tracta de Societats Mercantils Anònimes i Limitades, cal entendre que els Administradors poden constituir sense necessitat d'acord de la Junta General.

---

<sup>47</sup> LLOVERAS FERRER, M. *Notes a la nova regulació de les fundacions en el Codi civil de Catalunya*. Revista InDret. 2008. p. 7

En tot cas i com és de lògica jurídica "*els fundadors han de tenir la lliure disposició dels seus béns*" (art. 331-2,5)).

La intervenció administrativa augmenta considerablement, per tant cal alabar la postura del legislador català per la voluntat de dotar de transparència i control a aquest tipus d'entitat, que com hem precisat en la introducció s'ha incrementat sis vegades el volum d'entitats d'aquest tipus des de la primera regulació de les fundacions.

Per estudiar la constitució de la fundació, caldrà estudiar els elements personals, reals i formals i a la vegada fer un breu incís a la regulació dels estatuts.

Quant als elements formals, es configura jurídicament amb l'atorgament de la carta fundacional i la inscripció en el Registre. Respecte d'aquesta última direm simplement que no és només obligatòria, sinó constitutiva "les fundacions adquireixen personalitat jurídica definitiva amb la inscripció de la carta fundacional en el Registre de Fundacions" (331-1.4). De la importància de la inscripció en el Registre i de la possibilitat de recórrer contra la resolució que denegui o suspengui la inscripció, hem parlat ja anteriorment i quedarà més completa quan es promulgui la Llei del Protectorat.

Quant a la carta fundacional, hem de distingir entre si es constitueix per testament o per escriptura, és a dir, *intervivos o mortis causa*.

En el cas d'escriptura, que serà el més freqüent, és acte irrevocable i ha de constar com a mínim (331-4):

La denominació de la fundació (no pot emprar denominació d'una altra) es pot demanar certificat negatiu al Registre de Fundacions, però no és obligatori. En tot cas és millor demanar una reserva de denominació que com és lògic només es concedeix si no hi ha altra entitat amb el mateix nom. Té una durada temporal de 15 mesos (311-5).

Caldrà detallar la voluntat de constituir la fundació amb una tradició històrico-dogmàtica que la recolza i també amb la protecció constitucional corresponent<sup>48</sup>.

Els estatuts (que després veurem amb més detall).

La dotació inicial, amb indicació si no és en diners de la naturalesa dels béns, la pertinença, el títol d'aportació, dades registrals i valoració. Si és diners s'ha d'ingressar en una entitat de crèdit, si bé no cal que es presenti el resguard d'haver-la efectuat. Si es presenta s'incorpora a l'escriptura. Si l'aportació es fa posteriorment caldrà presentar el certificat amb la còpia per a la inscripció. Seria convenient en aquest cas fer-ho constar per nota en l'escriptura. No es preveu el sistema de dipositar els diners al notari i aquest fer l'ingrés, encara que s'estimi possible.

Si es tracta d'aportació no dinerària cal informe d'un perit, com abans he exposat. Sembla que la transmissió pot efectuar després de la carta fundacional, (331-6,4) però aquesta en aquest cas haurà de constituir fent advertència de la seva falta d'eficàcia fins que la transmissió no es realitzi.

La designació de les persones que han de constituir el Patronat inicial. Y la seva acceptació (si bé aquesta pot ser en moment posterior). Cal declaració expressa "de no inhabilitació per exercir càrrecs públics o per a administrar béns i que no han estat condemnats per delictes de falsedat, contra el patrimoni o contra l'ordre socioeconòmic" (331-4, 1 e).

Quant al contingut mínim dels estatuts, està regulat per l'art. 331-9. Cal destacar del mateix:

La denominació en què ha de constar la paraula fundació indicant si és privada o pública. Això és una novetat. És pública quan la participació, el patrimoni i l'òrgan de govern són majoritàriament públics (331-2). Anteriorment les fundacions encara que fossin constituïdes només per persones públiques (que ja hem dit es permetia) es consideraven sempre fundacions privades.

Pel que fa a la durada, és fonamental en les temporals, que cal recorda ja va

---

<sup>48</sup> STC 49/1988 de 22 de març "La fundación nace de un acto de disposición de bienes que realiza el fundador, quien los vincula a un fin por él determinado y establece las reglas por las que han de administrarse al objeto de que sirvan para cumplir los fines deseados de manera permanente o, al menos, duradera"

admetre la Llei anterior. No hi ha termini mínim establert, però ha de ser suficient perquè pugui complir les seves finalitats. Recordem que si el termini no passa de 5 anys el mínim de dotació és només de 30.000 euros.

La composició del Patronat, de la mateixa en parlarem després. El domicili, que ha de radicar a Catalunya.

La finalitat fundacional i activitats, destacant l'àmbit territorial principal. Caldrà detallar les disposicions que s'estimen necessàries per evitar els conflictes d'interessos.

La destinació dels béns sobrants, els beneficiaris hauran de ser altres fundacions, entitats sense ànim de lucre amb finalitats anàlogues o entitats públiques (art.335-6,2).

Concretament les fundacions temporals a part de la fixació del seu termini i aportació mínima, ha de contenir un programa d'actuació que compregui tot el temps de la seva actuació. Abans d'acabar el termini de vigència poden prorrogar o convertir-se en indefinides, amb aprovació, per descomptat, del protectorat. (art. 331.8).

La constitució *mortis causa* poden constituir-la en testament o en codicil. Si en el mateixos es conté tots els anteriors requisits, només caldrà la inscripció en el Registre i la posada en posició dels béns. En un altre cas caldrà completar la voluntat del fundador, amb les dades esmentades. La Llei assenyala que el fundador ha d'indicar en el seu testament o codicil les persones que han d'executar o realitzar materialment la fundació (331-3,3). En el cas que no estiguin designades hauran de ser els hereus o, si escau els marmessors amb facultat suficient qui ho facin. En defecte de totes actua el Protectorat.

#### **4.2.2. El patronat. Organització i funcionament**

Com s'ha assenyalat a la introducció la Llei 4/2008 primordialment pretenia refundre en un mateix llibre l'anterior normativa regulada en Lleis independents de les persones jurídiques per adequar l'organització interna i les regles de funcionament de les fundacions a la seva dimensió econòmica i l'actual rol que desenvolupa en la societat. El legislador no s'ha aturat aquí, doncs aprofitant l'avinentesa ha introduït canvis normatius, alguns d'important calat, com és la matèria que observarem en aquest apartat.

La figura del Patronat ha estat víctima de la potestat delimitadora que marca el legislador a través de la norma, amb la intenció d'assegurar el compliment per part d'aquest òrgans del principi no lucratiu i del compliment de les finalitats d'interès general, que actua com a límit a l'autonomia del dret de fundació que empara l'article 34 de la Constitució i que així ha declarat el Tribunal Constitucional en la Sentència 49/1988, de 22 de març<sup>49</sup>. En la present regulació el legislador ha intensificat excessivament els instruments d'autoregulació sectorial, eliminat l'operativitat de l'anomenada *soft law* que s'aplicava fins ara. Serà interessant observar, amb el judici del temps, si aquest excés de regulació permetrà exercir a la realitat un control més estricte de les fundacions o potser l'excés de regulació en la matèria porta a altres conseqüències jurídiques no desitjades pel legislador català.

Aquest capítol està compost pels articles 332-1 a 332-12, on es regula la funció de Patronat, les normes d'organització<sup>50</sup> com element definidor de la fundació i el funcionament de les funcions de direcció de les fundacions i la capital qüestió de la responsabilitat.

El patronat és l'òrgan rector fonamental de la Fundació. Quant a la Composició, ha d'estar compost com a mínim per tres persones, podent, lògicament, els fundadors de figurar com a patrons.

Quant al nomenament (art. 332-4) inicial correspon al fundador, i el seu nomenament és necessari per a la inscripció. Els posteriors es nomenen d'acord amb els Estatuts<sup>51</sup>, si el fundador no s'ha reservat el dret a nomenar-los o fins i tot destituir-los lliurement. És el procés habitual quan el constitueix una persona jurídica.

Quan el constitueix una persona física, normalment s'estableix el sistema de cooptació pel mateix Patronat. En cas de persona jurídica pot estar representada pel seu òrgan estable o per la persona que aquest designi. La llei preveu que el nomenament d'una persona física pot fer-se a més que nominalment, per raó d'ocupació d'un càrrec o una altra circumstància. Cal prestar especial atenció al nomenament de persona per raó de càrrec o ocupació en el sentit de distingir quan es nomena el càrrec (al President o Secretari de tal entitat ....) o la persona que

---

<sup>49</sup> STC 1988/49. D'acord amb aquesta sentència, "tanto la manifestación de voluntad como la organización han de cumplir los requisitos que marquen las leyes, las cuales prevén, además, un tipo de acción administrativa (el protectorado) para asegurar el cumplimiento de los fines de la fundación y la recta administración de los bienes que la forman"

<sup>50</sup> GARCIA VALDECASAS, J.. *Parte general del Derecho Civil Español*. Civitas, Madrid 1983, pàg 272

<sup>51</sup> BADOSA COLL, F. *Compilació de Dret Civil Català*, 1999, Marcial Pons, p. 109

ocupi aquest càrrec, però a títol personal, de manera que no hi ha cap relació entre el Patronat i l'Entitat, i és també diferent la possibilitat de substitució. És una diferència molt subtil, que no preveu la Llei. És més clara la diferència entre el nomenament d'una persona jurídica que estarà representada pel seu òrgan, i la persona nomenada, directament per estar en possessió d'un càrrec en la mateixa.

Quant a la durada. És la que marquen els Estatuts. El fundador pot establir que sigui indefinida o vitalícia (art. 332-5,3). Sembla que aquesta durada indefinida o vitalícia, no es podria editar en una modificació d'estatuts. En la Llei no es posen límits a la reelecció, però cal entendre que seria possible si constés en els Estatuts.

Quant a la delegació del càrrec. (art. 332-4,2), a l'entendre que és un càrrec basat en la confiança del fundador, la delegació en principi està totalment prohibida, però com tota norma té les seves excepcions, pot existir la delegació concreta per a un acte fet a favor d'un altre patró, si els Estatuts no ho prohibeixen. També ho permet la Llei en les persones per raó de càrrec, però entenc que això no serà possible quan el càrrec serveix només com a circumstància per designar, però la voluntat del fundador sigui que no vol que la Institució on exerceix el càrrec tingui res a veure. Recentment aquest problema s'ha plantejat en una important fundació catalana, però s'ha resolt en la pràctica sense cap consulta al Protectorat.

Només una molt acurada redacció de la clàusula en els Estatuts pot resoldre el problema. Un exemple aclarirà la qüestió. Suposem una fundació en què el fundador vol que hi hagi un representant del Col·legi D'advocats. Pot escollir un d'aquests tres supòsits:

Nomenar patró a aquest Col·legi. No hi ha cap problema de representació o delegació. D'acord amb l'article 332-4, 3 "*estaran representades de forma estable per la persona a qui correspongui aquesta funció, d'acord amb les normes que la regulin, o per la persona que designi a aquest efecte l'òrgan competent.*" Serà per tant el degà o la persona que actuï, sense perjudici que de forma estable com de forma concreta delegui en un altre membre de la Junta.

Nomenar Patró al degà del Col·legi. En aquest cas, entenem, només pot ser substituït per qui sigui revesteixi aquest càrrec, el vicedegà o al que correspongui d'acord amb el Reglament del Col·legi, sense que pugui nomenar per a un cas concret a un altre membre de la Junta.



Nomenar a la persona que ocupi el càrrec de degà. Cal entendre que el nomena per la confiança en la persona que ocupi en cada moment aquest càrrec. En aquest cas no hi ha cap delegació, excepte en la d'un altre membre del Patronat.

Encara que, com he dit abans, es va presentar recentment el cas en una Fundació Cultural de molta importància, no es va produir consulta al Protectorat, sinó que es va resoldre en la pràctica perquè havia de tota manera quòrum suficient. És el notari en constituir la fundació qui ha de preguntar sobre això, i redactar clarament el paràgraf corresponent dels Estatuts.

Quant a la gratuïtat del càrrec, en la regulació catalana el càrrec de patró sempre ha estat gratuït (art. 332-10), tot i que s'inverteixen els termes de la redacció legal millorant-la, ara diu "*Els patrons exerceixen llurs càrrecs gratuïtament (...)*", mentre que l'article 23 de La Llei de Fundacions 2001 establia que "*Els membres del patronat no són retribuïts pel mer exercici del seu càrrec (...)*". El legislador català ha volgut ser completament fidel al principi no lucratiu de les fundacions, evitant que es poguessin rescabalar recursos econòmics de la fundació per aquesta via, però aquesta postura genera els seus inconvenients: impedeix la professionalització dels càrrecs fundacionals, doncs la política econòmica i fins i tot el Codi civil, art. 1726 ens evidencia que no se li pot exigir la mateixa diligència a un mandatari quan actua gratuïtament que quan és remunerat<sup>52</sup>. Quant a dret comparat, la compensació econòmica raonable de l'exercici de funcions de govern fundacional està permesa a la majoria de països europeus<sup>53</sup>, on les principals excepcions són Espanya, França i Anglaterra.

S'ha reconegut també sempre el dret a la bestreta i reemborsament de despeses les quals, però, han de quedar ara degudament justificades, cosa que ha de permetre una major transparència i un control més clar per part del mateix patronat i del protectorat a través de la seva constància en els comptes de la fundació.

A més del principi de no retribució, la llei catalana ha introduït diverses regles que pretenen minimitzar els riscos inherents a les situacions de conflicte d'interès. En disposa una amb caràcter general per a totes les persones jurídiques, art. 312-9 que

---

<sup>52</sup> DE PRIEGO FERNÁNDEZ, V. *El negocio fundacional y la adquisición de personalidad jurídica de las fundaciones*. Madrid 2004. p. 465

<sup>53</sup> Informe editat per la Universitat de Heidelberg i el Max-Planck Institut de Dret Comparat i Internacional Privat d'Hamburg, es poden trobar a la web de la comissió europea. [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/eufoundation/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/company/eufoundation/index_en.htm)

en prohibeix la intervenció de la persona que té un conflicte d'interessos amb la persona jurídica en la presa de decisions relatius a l'assumpte objecte del conflicte. Però de forma cautelar ha dictat dos preceptes més, en concret l'article 332-9 que requereix comunicació prèvia al protectorat i l'article 332-10.2 que restringeix al compliment de cert requisits la possibilitat que els patrons mantinguin relacions laborals o professionals retribuïdes amb la fundació. En les fundacions grans s'estableix una prohibició radical.

En aquest punt hem de recordar el que s'estableix a efectes d'obtenir els beneficis fiscals disposa la Llei 42/2002, de 23 de desembre, de règim fiscal de les entitats sense ànim de lucre i dels incentius al mecenatge. Disposo la mateixa en el paràgraf 3<sup>o</sup> del n<sup>o</sup> 5 de l'art. 3: *“Els patrons, representants estatutaris i membres de l'òrgan de govern podran percebre de l'entitat retribucions per la prestació de serveis, inclosos els prestats en el marc d'una relació laboral, diferents dels que implica l'exercici de les funcions que li corresponen com a membres del Patronat o òrgan de representació, sempre que es compleixin les condicions previstes en les normes per les quals es regeix l'entitat. Aquestes persones no podran participar en els resultats econòmics de l'entitat, ni per si mateixes, ni a través de persona o entitat interposada”*

Caldrà veure l'actuació del protectorat, però entenem serà de salut pràctica i jurídicament recomanable la possibilitat que els patrons tinguin retribució i que així figuri en els estatus, sempre que es compleixin les normes o requisits establerts per les Lleis de fundacions i de Règim fiscal i Mecenatge.

El Codi obliga a les fundacions d'una certa magnitud econòmica, art. 332-2.1 “[...] més de vint-cint treballadors [...]”, a separar les funcions de govern i les de gestió ordinària. Aquesta mesura pretén garantir un grau òptim de professionalització de la gestió i ho fa amb dues mesures complementàries; d'una banda, obliga que hi hagi una o més persones que exerceixin les funcions de direcció de la gestió, que no siguin membres del patronat (art. 332-2) i per altre banda, la separació de funcions es complementa amb una disposició molt estricta que prohibeix als patrons d'aquestes fundacions grans tenir cap tipus de relació laboral o professional retribuïda amb la fundació al marge de les funcions corresponents al càrrec de patró, que recordem són gratuïtes en tot cas (art. 332-110).

És una bona mesura pràctica la separació de les funcions de govern que permet al patronat consolidar la seva posició sobirana com a òrgan de govern de la fundació i

cedeix sense perdre el control, la funció de gestió de la fundació a un equip gestor amb formació concreta. Això fa cohabitar dues formes ben diferents a l'hora de prendre decisions, per un costat tenim al patronat, amb un horitzó temporal més permanent, lligat a la preservació de la missió fundacional i al respecte a la voluntat del fundadors i per altre un òrgan executiu més dinàmic, lligat a la viabilitat econòmica i bon funcionament de la fundació. Aquesta mesura perd el seu atractiu en el moment que el legislador català torna a extralimitar-se i ho fa en el moment que prohibeix que alguns dels patrons pugui assumir funcions de direcció, talant de soca arrel la llibertat del fundador per a determinar l'organització interna de la fundació i generant dins l'òrgan de govern de la fundació, dos cossos totalment distants, sense connexions entre sí, amb les dificultats operatives que pot generar aquesta divisió de poders.

La funció del patró en les fundacions no considerades de gran volum, engloba en aquesta figura totes les tasques anteriors, però el codi obliga a formalitzar contractualment aquest relació i establir clarament les funcions que es retribueixen, que en cap cas poder tenir relació amb la funció de patró. Caldrà que el protectorat supervisi aquest contracte.

Previ a l'anàlisi de la responsabilitat dels patrons de les fundacions, és convenient per a major comprensió assenyalar les facultats que la llei atribueix al patronat. Estan assenyalades en l'art. 332-1. Podríem dir que assumeixen la plena representació i poden realitzar la gestió ordinària sense limitacions. Necessiten, per descomptat autorització, o millor dit, aprovació del Patronat per a les modificacions estatutàries i fonament per a la fusió, transformació i escissió. Però el problema real i freqüent es planteja en la disposició i gravamen dels béns. En aquest punt fem una breu retrovisió històrica del concepte per analitzar la seva evolució.

La llei de 1982, disposava: "*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*". I en la pràctica s'acudia sempre, si més no en la venda o gravamen d'immobles, a demanar autorització al Protectorat.

La Llei de 2001, era més explícita. Disposava en el seu art. 15 que "*1.-El Patronat és l'òrgan de govern i representació de la fundació. Pot dur a terme tota classe d'actes i negocis jurídics, i pot actuar en l'àmbit jurisdiccional, només amb les limitacions que resultin de la Llei 2 .- Que el Patronat li correspon vetllar perquè es compleixi la finalitat fundacional, la realitat de la dotació i la destinació a favor dels beneficiaris*

*dels fruits, les rendes i els béns de què disposi la fundació*". I en el règim del Patronat no esmentava l'autorització per alienar o gravar. I a més en la disposició transitòria tercera establí que *"el Protectorat ha de vetllar pel manteniment de les limitacions sobre la disposició del Patrimoni de la fundació establertes per la legislació anterior i que es tenen per implícites en la voluntat de la persona fundadora"*.

Semblava, doncs, que la Llei de 2001 partia de la base de la llibertat de disposició per part dels patrons, que només estava limitada en les anteriors a la Llei. I llevat, evidentment de les limitacions imposades pel fundador. Però a la pràctica, en aplicació de la *"soft law"* del sector, s'anava moltes vegades a demanar l'autorització del Patronat, que solia concedir amb facilitat i a més, segons l'art. 51, l'autorització s'entenia concedida, per silenci administratiu, si no hi havia resolució en el termini de tres mesos.

La gratuïtat en el càrrec del patró no eximeix a aquests de responsabilitat i així es reflexa en l'article 332-11 de l'actual Codi, no obstant es permet, com a excepció i complint els requisits anteriorment exposats, la seva retribució. La responsabilitat que s'estableix és incompleta, doncs només contempla la responsabilitat dels patrons enfront la pròpia fundació<sup>54</sup>, però no front a tercers, a qui se'ls pot haver ocasionat un perjudici. Els tercers perjudicats només els queda la via de l'aplicació analògica com si fossin administrador d'una societat mercantil, però com bé exposa la sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona de 17 de gener 2008 i també la Sentència de 16 de març de 2006 desestimen indicant que no es poden apreciar que concorrin en aquest cas els pressupostos exigits per l'article 4.1 del Codi Civil per l'aplicació analògica als patrons de la fundació els articles referents a la responsabilitat dels administradors de les societats mercantils, per manca d'igualtat o similitud jurídica essencial entre el cas que es pretén resoldre i el ja regulat. Arribats a aquest punt es deixa obert el dubte de les vies que usaran els tribunals per a resoldre accions per part de tercers contra els patrons, la més plausible és la fundació la qui respondrà com a persona jurídica que és i aquesta podrà repetir contra el patró si la seva gestió es demostra que ha estat negligent o il·lícita. Tampoc està previst en la Llei supòsits de responsabilitat penal o fiscal, però tal i com afirma Cusco i Cunillera<sup>55</sup>, si ens trobem davant un responsabilitat penal, la cobertura legal

---

<sup>54</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, R. *"Responsabilidad de los patronos de una fundación frente a terceros"* en RCDI, núm 664, p. 723

<sup>55</sup> CUSCO M. Y CUNILLERA, M., *Comentarios a la nueva Ley de Fundaciones ley 50/2002*. Dijusa, 2004. p. 30

la trobaríem en l'article 31 del Codi Penal; si es tracta d'una responsabilitat fiscal seria d'aplicació l'article 40 de la Llei General Tributària.

El règim econòmic de la fundació, es divideix en dues seccions, la primera anomenada "*Patrimoni i activitats econòmiques de la fundació*" que conté sis articles, del 333-1 al 333-6 i la segona anomenada "*Comptes anuals*" que conté sis articles més, del 331-7 al 333-12. Deixarem fora de l'estudi la secció segona pel fet que tan sols contenen requisits econòmics, que no són objecte d'estudi del present treball.

A la gestació de la Llei actual, en el projecte de l'anterior Govern es tendia a la llibertat gairebé plena. En canvi en el primitiu projecte del primer Govern socialista, s'anava a una intervenció molt forta, amb necessitat d'intervenció del Patronat en gairebé tot acte dispositiu o de gravamen.

El règim actual està contingut en l'art. 333-1 i tampoc és un prodigi de claredat, ja que sota una aparent liberalització amaga una desconfiança total en els patrons. La normal general és que "*El patronat és l'òrgan de govern de la fundació, a la qual administra i representa d'acord amb la llei i els estatuts*" (332-1,1). Però "*L'alienació, el gravamen o qualssevol altres actes de disposició dels béns i drets que integren el patrimoni de la fundació s'han de fer a títol oneros i respectant les condicions dels fundadors o dels donants d'aquests béns. En qualsevol cas, l'import total obtingut s'ha de reinvertir en l'adquisició d'altres béns i drets que subroguin el lloc dels alienats o gravats, o en el millorament dels béns de la fundació*"

Exigir la reinversió total sembla que el legislador desconegui com funciona el comerç. En molts casos serà difícil acreditar aquesta reinversió. És clar que sempre es pot demanar en aquests casos autorització del Patronat i segons s'ha redactat el precepte sempre serà així, per por a possibles responsabilitats.

La novetat més important que introdueix aquest precepte (apartat 2, *in fine*) és que, amb caràcter general, "*els patrons han de comunicar al protectorat els actes de disposició o gravamen.... en el termini de trenta dies hàbils a partir del moment en què es fan*". Per tant, fent una interpretació estricta dels citats articles, la norma obliga a comunicar al Protectorat tots els actes dispositius que faci la fundació. Es pot afirmar amb tota fermesa que el nou sistema és notòriament més carregós per a l'administració fundacional que l'anterior amb el consegüents elevats costos de gestió que comporta aquest sistema. En aquest sentit Marin García critica aquest

sistema<sup>56</sup>. Caldria que el legislador català enlloc de reforçar el control preventiu, posés més accent en potenciar les actuacions d'inspecció allà on es detectin riscos de mal funcionament, tal i com ho fan altres estats en aquesta matèria.

La resta d'articles refermen la tendència històrica favorable a permetre l'exercici d'activitats empresarials per les fundacions, tant de manera directa (actuant com a empresari), com per mitjà de la participació en societats, fins i tot, fer-ho en societats personalistes, com ara unions temporals d'empreses. Sempre amb prèvia aprovació per part del protectorat.

Els articles 334-1 a 334-8 estableixen els requisits per a l'execució dels fons especials, com a una alternativa per a vehicular projectes fundacionals més petits. Aquesta interessant figura ha estat ja descrita en el capítol I relatiu a la naturalesa i constitució de fundacions.

Referent a les modificacions estructurals i dissolució de es fundacions, l'extensió i la problemàtica excedeix la intenció d'aquest treball, però farem esment de les modificacions més noves i de més interès pràctic. Cal recordar que el tractament dels processos de fusió, escissió i transformació s'inspiren en la legislació mercantil de societats (art. 223 a 259 LSA), que és l'àmbit natural de desenvolupament d'aquesta matèria. D'aquest règim de la fusió i l'escissió és remarcable el tractament especial que el Codi fa de les fundacions de petita dimensió amb la intenció de facilitar, econòmicament parlant, l'accés a un procediment d'aquest tipus, d'una forma aparentment més senzilla. Aquest règim hi poden optar amb caràcter voluntari les entitats que, en el moment de tancament de l'exercici econòmic, puguin portar un règim simplificat de comptabilitat. La normativa reguladora del pla de comptabilitat de les fundacions (Decret 259/2008, de 23 de desembre, DOGC núm. 5288, de 31 de desembre) estableix els requisits que s'han de complir per a poder acollir-se a aquest règim simplificat. Segons unes estimacions dutes a terme es conclou que l'aplicació d'aquest règim cobreix a un 70% de les fundacions catalanes, per tant, el que volia ser un règim optatiu al procediment ordinari, pot passar a ser el règim d'aplicació majoritari en la realitat pràctica.

#### **4.2.3. El protectorat o control públic sobre les fundacions.**

---

<sup>56</sup> MARIN GARCÍA DE LEONARDO, T. *"El patrimonio de las fundaciones. Enajenación y gravamen"*. Revista General de derecho. ISSN 0210-301X, vol 42, núm 3, 1989, p. 813-868

El Llibre dedica aquest darrer capítol a la regulació del protectorat i ho fa en els articles 336-1 a 336-4, que cal completar amb la disposició transitòria quarta. Tot i la importància innegable de la institució, el legislador no ha regulat d'una manera complerta i unificada la matèria, tal i com adverteix en el preàmbul del llibre tercer on indica *“Aquestes disposicions bàsiques han d'ésser desplegades per altres instruments normatius, que, atesa llur naturalesa essencialment administrativa, s'ha considerat preferible que restin fora del Codi civil”*. La Disposició Transitòria Quarta, endega al Govern l'encàrrec de dur a terme aquest desplegament, fent el manament exprés per a la presentació d'un projecte de llei del protectorat en el termini de sis mesos posteriors a l'entrada en vigor del llibre tercer, per tant el termini finalitzava el 2 de febrer del 2009.

Observant el codi, el Protectorat és la institució que més apareix al llarg de la regulació de les fundacions que fa el llibre III. En el Títol III, just abans d'entrar en la regulació del protectorat, trobem fins a 27 articles que hi fan una o més referències, les quals no sempre han quedat degudament coordinades amb els articles destinats pròpiament al protectorat. Per tant la impressió que ens dona el codi en aquesta matèria és d'una regulació dispersa que dificulta la integració posterior en la recopilació de funcions que fa l'article 336-2, que en diferents casos reitera i en d'altres fa omissió i al final tot queda sota cobert de la clàusula residual de l'article 336-2.i. D'aquesta manera el protectorat queda sense definició legal, es regula únicament referint-se a l'exercici de les seves funcions, tal com esmenta l'article 336-2.1 *“el protectorat ha de vetllar perquè es compleixin les finalitats fundacionals, les disposicions legals i els estatuts de les fundacions i perquè es respecti la voluntat fundacional”*.

El protectorat exerceix el control administratiu sobre les fundacions. La subjecció de les fundacions a aquest control administratiu té un doble fonament, per un costat el govern de les fundacions correspon en exclusiva a un òrgan integrat per persones que ocupen la posició pròpia d'un fiduciari, per tant tenen deures d'administrar amb diligència i lleialtat un patrimoni en interès aliè, a finalitat preestablertes pels fundadors en els estatuts. Per altre costat aquestes finalitats han de ser d'interès general, qualitat que justifica la protecció constitucional de les fundacions, l'accés de les mateixes a subvencions i a altres formes de cooperació amb el sector públic, com també el gaudi d'un règim fiscal especial, que més endavant analitzarem. Per tant, és la conjunció d'aquest dos factors el que determina la subjecció a control públic de les fundacions, tal i com indica l'article 336-2.

Aquest control de les fundacions és doble, doncs no només existeix el control administratiu per part del Protectorat, sinó el codi en el seu article 336-4 permet que el Protectorat d'ofici o de qualsevol persona amb un interès legítim pugui sol·licitar la intervenció judicial.

A més l'article 336-2 enumera en format "numerus clausus" les funcions concretes que ha de dur a terme el protectorat. S'exerceix per un òrgan del Departament de Justícia, en concret la Direcció General d'Entitats Jurídiques i Dret, que disposa d'un Serveis de Fundacions. Fora del Protectorat, l'Administració té altres tipus d'intervenció "foment, ajuda i coordinació", corresponents a altres Departaments "segons la naturalesa de les fundacions". L'apartat i) d'aquest precepte deixa la porta oberta per a que l'esperada llei del protectorat pugui ampliar les funcions i ho fa indicant "*i. Les altres que estableixi la Llei*". Però en cap moment la llei qualifica el protectorat com a òrgan, cosa que tampoc fa la llei estatal i que com veiem les seves funcions no són exercides unitàriament sota una estructura orgànica definida legalment, ja que no s'ha volgut crear ni definir el protectorat com a òrgan administratiu, sinó com hem vist les funcions són adscrites directament al Departament de Justícia de la Generalitat, que les exerceix a través de la seva pròpia estructura orgànica. Per tant el protectorat tot i les modificacions recents en matèria estructural que ha dut a terme del Govern de la Generalitat<sup>57</sup>, segueix sense existir administrativament i es manté com a conjunt de funcions que són exercides per càrrecs o òrgans administratius que actuen com a Protectorat, però sense estar unificades en una estructura administrativa especialitzada a tal efecte ni tenir com a tal personalitat.

Com hem indicat, el llibre tercer es limita a enumerar les funcions del protectorat i a regular algunes de les mesures però sense fer-ho amb caràcter exhaustiu, doncs la regulació detallada d'aquestes haurà de fer-se, com apunta la DT 4<sup>a</sup>, per mitjà de la llei especial, al marge del Codi civil. Més endavant farem un anàlisi del projecte de llei del protectorat publicat per la Generalitat i entrarem a valorar si s'esmenen les mancances detectades en la present llei, en la figura del Protectorat.

L'article 336-2 fa un llistat de les funcions que té atribuït el protectorat partint de la seva funció o missió bàsica, s'ha millorat el grau de detall de les actuacions del

---

<sup>57</sup> El Decret 421/2006, de 28 de novembre de creació, denominació i determinació de l'àmbit de la competència dels departaments de l'Administració de la Generalitat de Catalunya (DOGC núm 4771, de 29 novembre) i Decret 166/2008, de 26 d'Agost, de reestructuració parcial del Departament de Justícia (DOGC nú., 5204, de 28 agost).



protectorat en relació a l'anterior llei, malgrat que les novetats introduïdes, a excepció de la reintroducció expressa de la potestat inspectora, són més aviat escasses. El protectorat ha posat ja en pràctica aquesta potestat, fins i tot per mitjà de la realització d'inspeccions aleatòries. El Protectorat no disposa de potestat sancionadora, per tant es pot deixar obert aquí el debat sobre la necessitat d'adjudicar potestat sancionadora al Protectorat. És interessant les reflexions sobre el règim sancionador de Muñoz Puigros<sup>58</sup> partidari d'introduir aquesta potestat sancionadora.

Es poden dividir les funcions en tres tipus, les de registre, les d'assessorament i les de control o supervisió, s'inclou en aquest últim les funcions de suplència.

L'apartat a i b de l'article 336-2.2 regula la funció de registre "*de resoldre les sol·licituds d'inscripció de les fundacions, de les delegacions de fundacions estrangeres que s'hagin d'establir a Catalunya i dels fons especials*". Amplia així l'anterior normativa per a incloure expressament els supòsits d'inscripció previstos en l'articulat del llibre III. Amb la inscripció es compleix el requisit específic que existeix en el cas de les fundacions, a diferència de les associacions, previst per a l'adquisició de la personalitat jurídica (art. 311-2). A més del contingut que ha de constar a la carta fundacional cal incloure els estatuts, la dotació i la designació del patronat inicial i la inscripció, tal i com estableix l'article 333-1.4 expressament per a les fundacions. La inscripció de la fundació al registre de fundacions no presenta novetats substancials, essent un deure dels designats com a patrons (art. 331-10), que pot ser exercit pel protectorat en funcions de suplència (331-11). A més en la nova regulació s'esmenten les fundacions estrangeres que s'hagin d'establir a Catalunya, les quals s'han d'inscriure al Registre, tal com ja es preveu en els articles 311-9 i 315-1.b. Recordem el tema controvertit ja comentat en el capítol I referent a la personalitat jurídica i els seus atributs, on s'aborda amb profunditat la discrepància competencial en aquest punt entre l'Estat i la Generalitat, que va precisar diferents negociacions de la Subcomissió de Seguiment Normatiu. L'apartat b recull la funció de "*portar al registre*", la qual, a més d'incloure la resolució de les sol·licituds d'inscripció esmentades a l'apartat anterior, comporten, d'acord amb l'article 315-1, les funcions de qualificació, inscripció i certificació, podent també comportar la de dipòsit de comptes i altres documents.

---

<sup>58</sup> MUÑOZ PUIGROS, X. *Potestades administrativas del Protectorado de fundaciones con especial referencia a la regulación de un posible régimen sancionador*, Diario la Ley, nº 7003, 2008, p. 123

Quant a les funcions d'assessorament està recollit a l'article 336-2.2 apartat c, que no varia en contingut en relació a l'anterior Llei del 2001.

Quant a les funcions de control o supervisió trobem novetats més rellevants, on s'incorpora la funció d'inspecció. La forma d'exercir aquesta funció és per mitjà la verificació dels comptes anuals que han d'incloure el balanç de situació, el compte de resultats, l'estat de canvis del patrimoni net, l'estat de fluxos d'efectiu i una memòria on, a banda de completar, ampliar i comentar la informació del balanç i del compte de resultats, s'ha de detallar les actuacions dutes a terme en compliment de les finalitats fundacionals. La potestat d'inspecció ja havia aparegut en la Llei del 1982 (article 15.2 c), però sorprenentment i sense entendre el criteri seguit pel legislador català, s'omet la inspecció en la Llei del 2001, que es limita en aquest punt a vetllar pel compliment dels fins fundacionals i a verificar els comptes presentats. El legislador esmena aquesta situació en el llibre III on introdueix un llistat obert de supòsits en els que es considera que el protectorat té la legitimació, i el deure, d'iniciar una inspecció, el procediment de la qual, tal i com ja hem apuntat, queda també sense regulació a l'espera de l'esmentada Llei. En concret regula els casos de no presentació de comptes anuals durant almenys dos exercicis, fer operacions sense l'autorització pertinent, no atendre requeriments del protectorat, mantenir una inactivitat continuada, no establir el percentatge establert per llei al compliment de les finalitats fundacionals, patir un deteriorament de la massa patrimonial que incapaciti la fundació per complir les seves finalitats, pel fet de destinar recursos a despeses no relacionades amb l'objecte fundacional, per les modificacions estructurals de la fundació i sobre la dissolució, si s'escau, de la mateixa. En resum el Protectorat actuarà quan tingui indicis de la possible desviació de les activitats de la fundació de les seves finalitats.

L'article 336-2 apartat g atorga legitimació al protectorat per a exercir l'acció de responsabilitat contra els patrons, ja prevista en les lleis del 2001 i la del 1982, però li atorga com a novetat l'acció d'impugnació d'acords, decisions o actes contraris a la llei o als estatuts o que lesionin l'interès de la fundació, tals com danys que causin a la fundació per incompliment de la llei o dels estatuts o per actes o omissions negligents en l'exercici de les seves funcions, les quals han de ser exercides amb la diligència d'un bon administrador (art. 332-8).

Per últim l'apartat h) atribueix al protectorat funcions de suplència en relació a *“la manca d'actuació dels fundadors o dels executors de la voluntat fundacional i la manca d'actuació dels patrons o dels encarregats de liquidar la fundació, en els*

*casos en què la llei estableix aquesta modalitat d'intervenció*". Cal recordar que el Protectorat té àmplies funcions de suplència (331-11) que li permeten fins i tot inscriure d'ofici la fundació, malgrat que en la pràctica sigui poc aplicable en el cas de fundacions creades per acte entre vius i més justificable per a la constitució *mortis causa*, doncs la voluntat del fundador ha quedat plasmada en el testament o codicil i es pot actuar atenent a aquesta voluntat del causant per inactivitat de les persones designades a tal efecte, sense entrar aquí a valorar el motiu d'inactivitat de les persones responsables.

La funció de suplència del protectorat també es produeix quan la fundació ja existeix, però es detecta una actitud d'inactivitat per part del patronat.

Per a tancar el cercle de les funcions, l'article 336-2.2.i) fixa una clàusula residual de tancament, sobretot amb la intenció de deixar la porta oberta a les possibles incorporacions que pugui fer el legislador català en la ja tant anunciada llei del protectorat que en breu ha de veure la llum.

El protectorat pot també demanar la intervenció judicial en els supòsits que estableix el codi, tals com la no presentació dels comptes anuals (art. 336-3), fins arribar a conseqüències tant rellevants com la possibilitat d'instar per part del protectorat la dissolució de la fundació (art. 336-4). En el dret anterior per a poder dur a terme aquestes actuacions calia que l'incompliment de la obligació es produís durant dos anys consecutius, amb la regulació nova n'hi ha prou amb un any. Paradoxalment, recordem que per a iniciar actuacions d'inspecció la norma estableix que la no presentació de comptes hagi tingut lloc durant dos anys consecutius, per tant el protectorat està legitimat per a iniciar com a mesura extrema la intervenció judicial però haurà d'esperar a que es repeteixi la inactivitat per en un segon exercici per a poder iniciar una inspecció. Lloveras Ferrer posa de relleu aquesta incongruència<sup>59</sup>. No obstant, la inspecció i la sol·licitud d'intervenció no venen predeterminades per cap ordre i queda, per tant, en mans del protectorat prendre una via o altra segons les circumstàncies que es produeixin en cada cas concret. Tot i no existir un ordre successiu fixat legalment entre inspecció i sol·licitud d'intervenció, ja que poden donar-se circumstàncies en les que no calgui practicar una inspecció, el CC sí que preveu que, essent la intervenció una mesura extrema, el protectorat no la pugui sol·licitar sense abans haver requerit al patronat per a què adopti les mesures

---

<sup>59</sup> LLOVERAS FERRER, M. "Notes a la nova regulació de les fundacions en el Codi civil de Catalunya". InDret 4/2008 p. 24-26

pertinents per a poder complir la normativa corresponent i respectar la voluntat fundacional, tal com indica l'art. 336-4.2.

El legislador conscient de la dificultat d'instar una intervenció judicial ha establert una mesura alternativa, més fàcil d'executar i menys costosa, per a reaccionar contra la no presentació dels comptes, que és el tancament registral (art. 336-3.2) i indirectament la impossibilitat d'obtenir subvencions o ajust per par de l'Administració de la Generalitat (art. 336-3.1), però això sempre suposant que hi hagi una bona coordinació de la informació entre el protectorat i l'entitat encarregada d'adjudicar les subvencions. Tot i procedir a un tancament registral, hi ha cert accés a la inscripció d'actes esmentats per la llei, tals com la liquidació, dissolució, assentaments per ordre judicial, cessament de patrons, revocació o renúncia de poders i nomenaments de liquidadors.

En un últim cas, segons indica l'article 336-4.4 el protectorat pot instar també la dissolució judicial de la fundació quan es compleixin les causes que estableix el codi, que venen fixades per l'article 335-4. Aquesta potestat la trobem ja regulada amb caràcter general a l'article 335-5.3, per tant aquest doble regulació pot portar problemes d'aplicació, doncs el general (335-5.3) fixa com a requisit essencial i previ a la dissolució el requeriment previ al patronat per a que actuï en aquest sentit, en canvi l'article específic (336-4.4) omet aquest requeriment previ. Es pot interpretar que aquesta omisió és perquè prèviament a la dissolució s'haurà produït la intervenció judicial i per tant el protectorat podrà instar judicialment la dissolució sense necessitat del requeriment previ al protectorat.

Cal tenir present que la supervisió administrativa del protectorat no és l'únic instrument de control per part de l'Administració de l'activitat fundacional<sup>60</sup>. L'Administració Tributària pot, amb caràcter general, verificar si es compleixen les normes que regulen els beneficis fiscals que la llei atribueix a les fundacions i amb aquesta finalitat pot exercir actuacions d'inspecció i de sanció. En aquesta línia de col·laboració el Protectorat en els darrers anys ha posat en coneixement del Departament d'Economia i Finances i de l'Agència Tributària un nombre significatiu de fundacions per presumptes irregularitats que podien incórrer en incompliment fiscals<sup>61</sup>.

---

<sup>60</sup> FERRER RIBA, J. *Les finalitats fundacionals: la seva naturalesa, compliment i modificació* ÀREA DE DRET CIVIL DE LA UNIVERSITAT DE GIRONA. . p. 147-160.

<sup>61</sup> MUÑOZ PUIGROS, X., "Potestades administratives del Protectorado de fundaciones con especial referencia a la regulación de un posible régimen sancionador", *Diario la Ley* núm 7003 (Secció Doctrina), de 2 de setembre de 2008 (La Ley 39219/2008) ap. 1.7

A les fundacions actuals participen d'una manera molt activa els mecanismes de control intern, una mostra ben representativa és l'article 332-4 que permet que els fundadors es puguin reservar en la carta fundacional, fins a la seva mort o extinció, el dret a designar, separar i renovar els patrons i els càrrecs del patronat. Aquest instrument és constitutiu d'un poderós mitjà de control de l'activitat de la fundació en mans del fundador, especialment si aquest és una persona jurídica.

#### **4.2.4. Anàlisi del Projecte de Llei del Protectorat respecte de les Fundacions i associacions d'utilitat pública.**

Abans de tancar aquest capítol és escaient fer un petit anàlisi del "Projecte de Llei del Protectorat de Fundacions i Associacions d'Utilitat Pública" que el Govern de la Generalitat va aprovar el passat 23 de març del 2010 a corre cuita arrel de l'escàndol originat pels abusos comesos en el Palau de la Música Catalana. Val a dir que el govern havia de complir el manament exprés que fa el Llibre III en la seva Disposició Transitòria Quarta, on estableix la promulgació i presentació del projecte de Llei que reguli les funcions del protectorat i estableix com a termini màxim el 2 de febrer del 2009 per a la presentació.

El nou text estableix l'objecte i l'àmbit d'actuació del Protectorat, regula els instruments de control per garantir el compliment de la voluntat fundacional i el bon ús dels recursos públics, i inclou un conjunt de mesures per potenciar la transparència de les entitats. S'estructura en vuit capítols, deu disposicions addicionals, una disposició transitòria, dues disposicions derogatòries i dues disposicions finals.

Capítol I: Objecte i àmbit d'actuació del Protectorat. Aquí el Protectorat es caracteritza com la funció que du a terme l'Administració per vetllar pel correcte desenvolupament del dret de fundació, que també s'amplia ara a les associacions declarades d'utilitat pública. La Llei estableix l'àmbit d'actuació del Protectorat, que ja es preveia en la disposició transitòria quarta de la Llei 4/2008, de 24 d'abril, del llibre tercer del Codi civil de Catalunya, relatiu a les persones jurídiques.

Capítol II: Funcions del Protectorat respecte de les fundacions. Es preveuen tres tipus de funcions que a la pràctica ja exerceix el Protectorat i a les quals es dóna, per tant, un reconeixement legal: funcions d'assessorament, de registre i de supervisió. Així, les funcions tradicionals de control del Protectorat s'amplien, per

una banda, amb el reconeixement explícit de les funcions d'assessorament, suport i promoció i se separen, per altra banda, de les funcions de registre.

Capítol III: Actuació inspectora del Protectorat respecte de les fundacions, legitimació per a les accions judicials de responsabilitat i impugnació d'acords, funcions de suplència i règim d'intervenció temporal de les fundacions. La potestat d'inspecció del Protectorat s'exercita amb ple respecte als drets de les entitats inspeccionades. S'encarrega de la verificació i control de les activitats fundacionals, així com de la destinació adequada dels fons i els recursos de les fundacions al compliment de les seves finalitats.

La inspecció és procedent quan existeixen indicis d'irregularitat de qualsevol mena i, especialment, en una relació de supòsits, com ara la no presentació dels comptes, la falta de sol·licitud d'autorització per fer les operacions que la requereixen, l'incompliment reiterat dels requeriments del Protectorat o la destinació de recursos a despeses no relacionades amb l'objecte fundacional, entre d'altres.

En l'exercici de les funcions de supervisió també es preveu el desenvolupament d'un pla anual on es planifiquen les actuacions inspectores<sup>62</sup> d'acord amb uns criteris objectius i preferentment aleatoris. Amb caràcter excepcional, s'habilita el Protectorat per demanar a la fundació una auditoria de comptes encara que no es donin les circumstàncies que preveu el Codi civil de Catalunya.

Aquest capítol desenvolupa també la sol·licitud, per part del Protectorat, a l'autoritat judicial de la intervenció temporal de la fundació i els efectes d'aquesta. El Protectorat està legitimat per instar, en els casos més greus d'irregularitats en la gestió de les fundacions, una intervenció de caràcter judicial limitada temporalment. Aquest fet comporta que el Protectorat assumeixi les funcions legals i estatutàries del Patronat, que pot restar suspès de les seves funcions. El Protectorat també pot, com a garant del correcte exercici del dret de fundació, exercir funcions de suplència i de nomenament de patrons, tal com es preveu al Codi civil de Catalunya.

Capítol IV: Es regula, per primera vegada, un règim sancionador per tal de garantir el compliment efectiu de la voluntat fundacional i el funcionament correcte de l'entitat.

---

<sup>62</sup> *Resolució de Justícia JUS/194/2010, de 29 de gener per la qual s'aproven els criteris generals que han de regir el Pla d'inspecció de fundacions per a l'any 2010 DOGC núm 5560 de 4 de febrer de 2010.*

Així, fa responsables a les fundacions, com a entitats amb plena capacitat per al compliment de les seves finalitats, si bé aquestes podran exercir l'acció de rescabament de l'import de les sancions a les persones membres del patronat i les persones amb funcions de direcció (sempre que es pugui determinar la seva responsabilitat individual i sense perjudici d'altres responsabilitats que puguin correspondre).

Les infraccions previstes es divideixen en molt greus (com ara incomplir en més d'un exercici el deure de presentació dels comptes anuals dins del termini establert i de les seves entitats vinculades), greus (com ara desatendre reiteradament els requeriments d'informació sol·licitats pel Protectorat) i lleus (desatendre el primer requeriment d'informació efectuat pel Protectorat).

Les infraccions molt greus són sancionades amb una multa de 3.000 a 9.999 euros; les greus, amb una multa de 600 a 2.999 euros, i les lleus, amb una multa de 300 a 599 euros.

Capítol V: Funcions del Protectorat respecte de les associacions d'utilitat pública. Els avantatges derivats de la declaració d'utilitat pública en les associacions justifiquen la implicació del Protectorat, que desenvolupa funcions d'assessorament i suport, així com de dipòsit de comptes i de seguiment.

Capítol VI: Règim jurídic de les actuacions del Protectorat, competència per resoldre les qüestions en matèria de fundacions i règim de recursos contra els actes del Protectorat.

Capítol VII: S'incorporen, com a novetat, les relacions del Protectorat amb les anomenades entitats sense ànim de lucre vinculades a les fundacions i les associacions d'utilitat pública. Es defineix el que s'entén per entitat vinculada i els efectes que comporta respecte del Protectorat, tant pel que fa a l'obligació de comunicació dels càrrecs com al deure de presentar els comptes de les entitats vinculades. D'aquesta manera, s'estableixen aquelles situacions en què concorren una pluralitat d'entitats sense ànim de lucre que actuen, a la pràctica, amb uns mateixos criteris (com per exemple, quan una associació crea, per complir de forma més eficient les seves finalitats, una fundació a la qual transmet el seu patrimoni, o quan una fundació en constitueix una altra, amb caràcter instrumental, per atendre de manera més adient l'interès general).

Ara bé, el text estableix que les caixes d'estalvis -que tenen naturalesa fundacional i sovint constitueixen fundacions com a ens instrumentals per desenvolupar la seva obra social- queden exemptes de les prescripcions d'aquest capítol. La raó és que són objecte de supervisió específica pel departament competent (d'acord amb el text refós de la Llei de caixes d'estalvis de Catalunya), de manera que no es considera adient duplicar els requisits.

Capítol VIII: Col·laboració i coordinació entre administracions públiques per millorar els sistemes de control sobre les entitats i pel que fa a la concessió d'ajuts i subvencions.

El Projecte de Llei té 10 disposicions addicionals. Es destaca explícitament la col·laboració dels notaris i notàries, que hauran de trametre d'ofici al Protectorat una còpia electrònica de les escriptures que elevin a públiques dels actes inscripcions en el Registre de Fundacions.

També destaca la regulació del balanç social com a eina d'avaluació de les tasques de les entitats sense ànim de lucre en el futur. Malgrat que l'elaboració del balanç social no és obligatori, es pretén que aquest instrument contribueixi a augmentar els hàbits de transparència en la gestió de les entitats i estableixi indicadors per avaluar la relació entre l'activitat de les entitats i les finalitats establertes en els seus estatuts.

El balanç social, establert com una pràctica generalitzada en països del nostre entorn, constitueix un bon instrument per avaluar el grau d'assoliment efectiu dels objectius de les fundacions, del seu impacte real en el si de la societat i, per tant, pot esdevenir una eina útil en les futures concessions d'ajuts públics.

També estableix que el Protectorat haurà de fomentar la creació d'òrgans d'autocontrol en el si de les mateixes entitats. I, per últim, i en un termini de 18 mesos des de l'entrada en vigor de la Llei, que haurà d'elaborar un inventari de les fundacions inscrites en el Registre de Fundacions que es trobin en algun dels supòsits que s'hi detallen i que tinguin indicis d'inactivitat. L'objectiu és adequar la realitat registral a l'extra registral. Així, es podria donar el cas que, a la fi de la tramitació pertinent, el Protectorat insti la dissolució de la fundació davant de l'autoritat judicial.

Podem concloure aquest apartat que les mesures que es volen adoptar pel que fa referència al protectorat, consisteixen bàsicament en la informació sobre la



comptabilitat de comptes relacionats a entitats vinculades i la presentació dels comptes d'aquestes mateixes, un increment de la informació comptable a subministrar a través de la pertinent modificació del pla comptable refent a les subvencions rebudes i els convenis de col·laboració que s'hagin establert amb altres entitats. També s'inclouen dues mesures genèriques, que és el reforçament dels mecanismes d'inspecció i un impuls de la creació d'òrgans de control intern, tot i que aquestes mesures ja consten actualment regulats i no s'observa cap novetat important. Per tant, malgrat l'impacte del cas del Palau el text introdueix poques novetats en relació al protectorat que ja regula el llibre III. Com a novetat més rellevant és la incorporació de la possibilitat de sancionar a les fundacions que cometin infraccions tipificades en el mateix text legal, que de ben segur portarà la seva polèmica. Hi ha doctrines que defensen<sup>63</sup> aquesta potestat sancionadora del protectorat en contra, d'altres doctrines, en bona part espanyola, segueix fidel a la defensa de la mínima intervenció del protectorat<sup>64</sup> i en la potenciació de les funcions d'assessorament.

El projecte en cap moment profunditza en els deures del mateix protectorat, doncs potser abans d'entrar a executar la potestat sancionadora caldria fer una mirada crítica interna a l'organització i analitzar el seu comportament en relació als seus deures, malgrat no es pugui negar que un règim sancionador pot aportar per la seva sola existència l'augment de compliment per part del patronat dels seus deures fundacionals.

Queda però una qüestió pendent de resoldre, la llei no permet la responsabilitat directa i individual dels patrons. Històricament s'ha defensat aquesta postura per por a desincentivar la participació en aquest tipus d'entitats de persones amb voluntat altruista, però si tenim en compte les recents declaracions<sup>65</sup> de varis patrons de la fundació Orfeo-Palau de la Música reconeixent la poca cura a l'hora de dur a terme l'exercici de les seves responsabilitats, potser convindria moderar el gran creixement de fundacions i per contra, fer un teixit fundacional més reduït però més saludable, en la línia del que estableix la "coordinadora catalana de fundacions", associació catalana que consta amb un teixit associatiu de 509 fundacions i que ha publicat un codi ètic per a les fundacions i una guia anomenada "el bon govern de les

---

<sup>63</sup> MUÑOZ PUIGROS, X. *Obra cit.* Diario la Ley ISSN 1138-9907 N° 7003 2008, p. 123

<sup>64</sup> CUÑAT EDO, CUENCA GARCÍA Y OTROS: *Comentarios a la Ley de Fundaciones*. 2008 Tirant lo Blanc p. 853 i ss.

<sup>65</sup> EL PERIODICO DE CATALUNYA, 11.11.2009. "El mea culpa" per Antoni Serra Ramoneda, article "Sangre nueva en el Palau"

Fundacions” que estableix un cert codi ètic per a perseguir les bones pràctiques en l'àmbit fundacional<sup>66</sup>.

---

<sup>66</sup>*Es recomana Visitar la web de la Coordinadora Catalana de Fundació a <http://www.ccfundacions.cat>*

## **5. Tributació de la Fundació i incentius al mecenatge.**

Cal concretar en primer lloc el concepte de “sense ànim de lucre” que configura com a destí final de l'activitat econòmica que duen a terme les fundacions. Es defineix a una entitat que persegueix fins lucratius, quan els beneficis que genera els distribueix entre els membres que la integren. El resultat de l'activitat econòmica es reinverteix en si mateixa, de tal manera que queda en benefici singular dels membres de l'entitat el remanent de l'activitat econòmica. Quan parlem d'una activitat que s'exerceix sense ànim de lucre, en cap cas lucra les butxaques dels qui conformen el seu component humà sinó que es reintegra a l'haver de l'organització. La funció contemporànea que duen a terme les fundacions, tot i generar beneficis o resultats econòmics positius, no perd la seva condició d'entitat sense ànim de lucre, doncs els excedents de la seva explotació es destinen íntegrament al compliment dels fins estatutaris.

L'estat es veu en la necessitat de potenciar la creació d'aquestes entitats que formen en conjunt l'anomenat tercer sector, doncs per si mateixes són capaces de cubrir àrees d'interès general gestionats de manera nula o deficitària per part de l'Estat. Per a promocionar i donar més opcions de pervivència a aquestes entitats passava necessàriament per l'articulació d'un sistema d'incentius per part de l'administració. Aquests incentius es duen a terme a la pràctica en dues vessants, una forma directa, que serien el desemborsament per part de l'Estat de subvencions a favor d'aquestes entitats i la indirecta que és per mitjà de la reducció de la càrrega tributària com a conseqüència de l'obtenció d'ingressos en l'exercici de les explotacions econòmiques, sense oblidar, però, que cal respectar els principis de la llibertat de competència en el mercat. Sota aquestes premises es va promulgar la Llei 49/2002 de 23 de desembre de Règim Fiscal de les Entitats sense Fins Lucratius i dels Incentius Fiscals del Mecenatge. La idea marc d'aquesta llei és incentivar la constitució d'entitats sense fins lucratius dedicats a la consecució d'objectius d'interès general i ho fan adjudicant certs beneficis fiscals als rendiments econòmics sempre que es reinverteixin en les finalitats que han motivat la seva constitució.

Els Estatuts d'Autonomia han assumit amb caràcter general, competència en la regulació de les fundacions en base a l'àmbit territorial de les mateixes, com succeeix amb alguns impostos que l'Estat ha cedit la seves competències a les Comunitats Autònomes. La Llei que regula el Règim fiscal de les entitats sense fins lucratius ho fa regulant aquelles figures, la competència de les quals recauen en

exclusiva a l'Estat, sense perjudici de les que s'estableixen en l'àmbit de l'Impost sobre Transmissions Patrimonials y Actes Jurídics Documentats per tractar-se d'un tribut amb competència normativa compartides entre Estat i CCAA.

Per un costat tenim la regulació estatal i autonòmica que regula els requisits de la figura de la fundació per a que sigui considerada com a tal i per altre banda trobem la normativa fiscal d'àmbit només estatal que armonitza uns requisits únics, aplicables a tot tipus de fundacions, hagin estat constituïdes en base a la legislació estatal o bé en base a la legislació autonòmica, que han de complir inexcusablement per a poder-se acollir als privilegis i beneficis que la Llei 49/2002. En l'anàlisi posterior que farem dels requisits que estableix la Llei 49/2002 per a optar a les avantatges fiscals, en molts casos no eren coincidents amb els que havien establert les diferents lleis autonòmiques, que han regulat dins les peculiaritats del seu territori i fent ús de les seves competències. D'alguna manera la Llei 49/2002 ha provocat de manera involuntària l'armonització del règim d'aquest tipus d'entitats, doncs totes elles voldran gaudir dels beneficis fiscals que estableix la Llei i per tant, hauran de complir els requisits que estableixi la Llei 49/2002. En aquest sentit també cal precisar que existeixen altres organitzacions que, sense tenir el caràcter d'entitats sense ànim de lucre són també susceptibles de rebre el tractament fiscal de caràcter especial que la Llei 49/2002 preveu.

Quan al criteri subjectiu, és a l'article 16 on el legislador efectua l'enumeració de les entitats beneficiàries del mecenatge, amb pretenció de *numerus clausus*, tal i com es dedueix de l'Exposició de Motius i s'evidencia de la redacció dels articles 2 i 3 respecte a les entitats privades<sup>67</sup>. No obstant això s'ha d'ampliar aquesta relació amb les previstes en les Disposicions Adicionals 5<sup>a</sup> a 10<sup>a</sup> de la Ley 40/2002, per tant l'article 16 no conté la definició de totes les entitats beneficiàries, si bé només la llei les podrà definir. Aquesta restricció s'explica per fomentar només aquestes entitats que persegueixen l'interès general. Les entitats es poden agrupar en tres grans categories, les entitats privades sense ànim de lucre (objecte del present treball), les entitats públiques, tals com entitats territorials, organismes autònoms i altres entitats institucionals de caràcter cultural (CCAA, universitats públiques, etc.) i en tercer lloc les entitats assimilades a les anteriors que engloben algunes entitats públiques i

---

<sup>67</sup> CASANELLAS CHUECOS, M. *El nuevo regime tributario del mecenazgo. Ley 49/2002, de 23 de diciembre*. Marcial Pons. 2003, p. 74 i 75.

privades reconegudes expressament com a entes beneficiàris (ONCE<sup>68</sup>, Creu Roja, ...)

En concret són deu requisits els que estableix la Llei en el seu article 3, a mode dels deu manaments, que són indispensables per a que l'organització tingui la naturalesa d'una entitat sense ànim de lucre en l'àmbit dels incentius fiscals que regula la Llei 49/2002.

El primer és ben simple, cal que les entitats reuneixin els requisits que son consustancials amb la naturalesa fundacional, és a dir, ha de tractar-se d'organitzacions que es constitueixin sense ànim de lucre i que persegueixin fins d'interès general (article 3.1<sup>o</sup>).

En segon lloc i també com a requisit sustantiu, cal que hi dediquin a la realització de les esmentades finalitats almenys el 70 per 100 dels seus ingressos.

En tercer lloc que l'activitat realitzada no consisteixi en el desenvolupament d'explotacions econòmiques alienes al seu objecte o finalitat estatutària, sens perjudici que si se'ls permet l'exercici d'aquest tipus d'explotacions no exemptes de l'impost sobre societats sempre que l'import net de la seva xifra de negocis no sobrepassi el 40 per 100 dels ingressos totals de l'entitat o aquelles altres que, essent complementàries de l'activitat estatutària l'import net de la xifra de negocis de l'exercici no excedeixi del 20 per 100 dels ingressos totals de l'entitat.

Quart lloc cal que els fundadors, patrons o altres no siguin els destinataris principals de les activitats.

En cinquè lloc, cal que els càrregos de l'entitat siguin gratuïts.

En sisè lloc, que en cas de dissolució, el patrimoni de la liquidada es destini a una entitat d'igual naturalesa

En setè lloc, que estiguin inscrites en el registre corresponent.

---

<sup>68</sup> Disposició addicional Cinquena. Règim tributari de la Creu Roja Espanyola i l'ONCE. El regim previst en els articles 5-16, ambdós inclosos, d'aquesta Llei serà aplicable a la Creu Roja i ONCE sempre que compleixin els requisit establert en l'últim paràgraf del número 5 de l'article 3 d'aquesta Llei, conservant la seva vigència las exempcions concedides amb anterioritat a la seva entrada en vigor. Aquestes entitats seran considerades com entitats beneficiàries del mecenatge als efectes previstos en els articles 16 a 25, ambdós inclosos, d'aquesta Llei.

Vuitè, que compleixin les obligacions comptables per a que els aportants, entre elles l'administració, pugui disposar d'un instrument per a evaluar l'activitat de la fundació<sup>69</sup>.

Novè lloc, que compleixin les obligacions de rendició de comptes que estableixi la seva legislació específica.

Desè i últim lloc, que elaborin anualment una memòria econòmica.

Quant al beneficis fiscals, cal diferenciar els incentius fiscals destinats per les aportacions i/o donacions fetes a les entitats i els incentius propis de l'entitat sense ànim de lucre.

Els beneficis fiscals per les aportacions i/o donacions a entitats, cal diferenciar si l'aportant és persona física o bé entitat mercantil. En el primer cas, que el donant és una persona física els donatius realitzats donen dret a una deducció del 25 per 100, ja siguin diners, de béns, constitució de drets reals d'usdefruit i s'incrementa a un 30 per 100 les quantitats donades quan les entitats destinin a la realització d'activitats i programes prioritaris de mecenatge que determinin les Lleis de Pressupostos Generals de l'Estat. En el segon cas, quan el donant és una persona jurídica mercantil s'estableix una deducció del 35 per 100 en l'àmbit de l'Impost sobre Societats i poden donar lloc a una deducció de fins al 40 per 100 les quantitats donades a les entitats prioritàries de mecenatge que determinin les LPGE.

Els incentius propis de l'entitat sense ànim de lucre gaudixin de exempcions en tots els tributs, aquí farem referència als més representatius amb la intenció de cercionar al lector, de l'important estalvi fiscal que gaudeixen aquestes entitats.

En l'àmbit de l'Impost de societats<sup>70</sup>, queden exempts els ingressos i les rendes que procedeixin de l'activitat pròpia del seu objecte estatutari sense considerar-se explotació econòmica, en el cas que es consideri una activitat econòmica, l'article 7 ens detalla les activitats que queden exemptes tot i ser considerades d'explotació econòmica, tals com serveis de reinserció social, assistència sanitària, béns d'interès cultural, espais naturals, edició llibres, serveis esportius, explotacions econòmiques

---

<sup>69</sup> MOLINA SÁNCHEZ, H. *La información económica suministrada por las entidades sin animo de lucro*, Técnica contable, núm 590, febrer, 1998, pàg 113.

<sup>70</sup> ARIAS VELASCO. J. *La fiscalidad de las entidades sin animo de lucro*, 3ª edición, Marcial Pons, Madrid 1995, p. 14 a 57

d'escassa rellevància (cal que l'import net de la seva xifra de negocis de l'exercici no superi en conjunt els 20.000€), entre d'altres.

En l'àmbit de l'Impost sobre Transmissions Patrimonials i Actes Jurídics Documentats (ITP i AJD)<sup>71</sup> queden exemptes les transmissions oneroses d'elements patrimonials, les operacions societàries i els actes jurídics documentats.

Queden exempts de l'Impost sobre Béns Immobles (IBI) amb l'excepció dels afectes a explotacions econòmiques no exemptes per l'Impost de Societats. També quedem exempts de l'Impost sobre l'Increment de valors dels Terrenys de Naturalesa Urbana (IIVTNU) sempre que l'obligació legal recaigui sobre les entitats relacionades en la Llei. També estaran exemptes de l'Impost sobre Activitats Econòmiques (IAE) aquelles explotacions relacionades en l'article 7 de la Llei 49/2002 anomenat en el paràgraf anterior.

Després d'aquest regitzell d'exempcions, sembla que el legislador ha oblidat la figura tributària de l'IVA, doncs la majoria de les fundacions desenvolupen activitats que estan exemptes de l'IVA i per tant, se'ls consideren consumidors finals a efectes de l'IVA<sup>72</sup>, que no poden desgravar-se. També cal considerar que el règim del mecenatge és millorable quant als incentius fiscals que s'ofereixen a empreses i particulars són força escaços i per tant, desincentivadors.

En resum, estem davant una regulació Estatal del règim fiscal de les entitats sense ànim de lucre en una llei independent d'aquella que regeix el règim sustantiu de les fundacions, tant si han estat contitudes a l'ampara d'una llei autonòmica com si s'han constituït en aplicació de la llei de fundacions estatal.

---

<sup>71</sup> PEDREIRA MENENDEZ, J. *Las actividades empresariales de las fundaciones y su tributación*, Lex Nova, Valladolid, 1999, pàg 176

<sup>72</sup> PEDREIRA MENENDEZ, J. *Obra cit.*, pàg 338

## 6. Conclusions.

El termòmetre socioeconòmic ens indica que el tercer sector social té major presència social cada any i incrementa el seu volum econòmic i el nombre de persones contractades any a any. L'important paper d'aquestes entitats fa que se li reconeixin funcions d'agent social i per tant mereixin d'un ple recolçament institucional per a dur a terme tal lloable funció. Tal i com diu J.L Sanpedro *“Si las fundaciones no existieran, habría que inventarlas, para que realizaran justamente lo que es su función primordial: ser vanguardista de la sociedad, vanguardia social”*

Tot i que les fundacions es caracteritzen per la pràctica del bé, no es pot esperar que els componenets de les fundacions sigueixin fidels a aquesta pràctica i per tant, cal que la llei prevegi mesures de control suficients. Però el legislador català, poc creatiu en aquest àmbit, ha mantingut un sistema de control preventiu, amb un costos de gestió i d'intervenció administrativa molt elevats i de poca efectivitat pràctica. Incomprensiblement el legislador es manté reticent a exercir polítiques d'exigència de responsabilitats als patrons i gestors que incompleixin les lleis i que causen danys a les fundacions, donant indirectament cobertura per a pràctiques no afins a la finalitat fundacional. El manteniment de la gratuïtat del càrrec en la regulació del llibre III concilia malament amb l'exigència a aquests de responsabilitat i amb la professionalització dels càrrecs fundacionals, evitant que se li pugui exigir màxima diligència als patrons. Seria totalment convenient la compensació econòmica raonable de l'exercici de funcions de govern fundacional, tal i com passa a la majoria de països europeus i que incomprensiblement tant el legislador català com l'espanyol es mostren reticents a la seva introducció.

El projecte de Llei del Protectorat poques esperances ens dóna per a reconduir aquesta situació, doncs el text introdueix poques novetats en relació al protectorat que ja regula el llibre III. El projecte deixa novament pendent de regular la definició legal de fundació i en regula només les seves funcions. En definitiva segueixen persistint els inconvenients d'una regulació dispersa de la figura del Protectorat, que es projecta en una incertesa jurídica de la figura poc recomenable atenent a la importància d'aquest sector en el nostre teixit social.

Per a introduir un canvi sustantiu i com a modesta opinió personal, el legislador podria haver optat per a crear uns sistemes dual d'intervenció. Per un costat un sistema d'incentius en funció dels resultats dels projectes que incentivaria implantar



uns sistemes de qualitat a les fundacions i per a professionalitzar l'estructura de les mateixes, amb la mateixa intensitat que s'estan organitzant les empreses mercantils a fi d'optimitzar els recursos propis de l'entitat i a la vegada crear una institució jurídica ben reglada i organitzada del Protectorat com a entitat que ha de dur a terme amb eficiència aquests controls. En segon lloc dissenyar en el si del Protectorat nous mecanismes legals de control, inspecció i sanció, en la línia del dret administratiu, que permetin una intervenció més àgil per a fer front a possibles incumpliments.

A més, sembla que el legislador pretengui la dependència financera d'aquestes entitats a les aportacions directes de l'Estat via subvencions, doncs els beneficis fiscals per part dels aportants són molt poc incentivadors i frena les possibles aportacions de capital a fundacions per part de persones privades, encara que no prediquin íntegrament amb la finalitat social i només sigui per a beneficiar-se d'un incentiu fiscal, que indirectament revertirà a la societat a través de l'execució de la seva funció social.



## Bibliografia

### A) Bibliografia bàsica

*Llei 1/1982, de 3 de març, de fundacions privades (DOGC núm. 206, de 10-03-1982) [Llei derogada per la Llei 5/2001, de 2 de maig, de fundacions (DOGC núm. 3388, de 15.05.2001, p. 6899)]*

*Llei 5/2001, de 2 de maig, de fundacions (DOGC núm. 3388, de 15.05.2001, p. 6899) [Llei parcialment derogada per la Llei 4/2008, de 24 d'abril, del llibre tercer del Codi civil de Catalunya, relatiu a persones jurídiques (DOGC núm. 5123, de 02-05-2008, pp. 34378-34424)]*

*Llei 4/2008 de 25 d'Abril, Llei del llibre tercer del Codi Civil de Catalunya i publicada al DOG de 2 de Maig*

### A) Bibliografia complementària

AREA DE DRET CIVIL DE LA UNIVERSITAT DE GIRONA (COORD.) *Les persones Jurídiques en el dret civil de catalunya: associacions i fundacions (Materials de les Novenes Jornades de Dret Català a Tossa), València, Tirant lo Blanch, 1996*

ALBALADEJO, M. *Derecho Civil, I: Introducción y parte general.* Madrid 2009

ARIAS VELASCO, J. *La Fiscalidad de las entidades sin ánimo de lucro.* Marcial Pons, Madrid, 1995.

ARRIBAS LEÓN, M. *Donativos, donaciones y aportaciones a ONG: régimen fiscal en los impuestos directos que gravan la renta, Revista Contabilidad y Tributación, Centro de Estudios Financieros, nº 283, 2006.*

CASANELLAS CHUECOS, M. *El nuevo regime tributario del mecenazgo. Ley 49/2002, de 23 de diciembre.* Marcial Pons. 2003

CRUZ AMORÓS, M. LÓPEZ RIBAS, S. *La Fiscalidad en las entidades sin ánimo de lucro: estímulo público y acción privada,* Cideal, Madrid, 2005.

CUÑAT EDO, CUENCA GARCÍA Y OTROS *Comentarios a la Ley de Fundaciones.* 2008, Tirant lo Blanc

DE CASTRO Y BRAVO, F. *Derecho Civil de España,* Civitas, Madrid, 1984, tomo 2.º

DE PRIEGO FERNANDEZ, V. *El negocio fundacional y la adquisición de personalidad jurídica de las fundaciones.* Madrid 2004

FERRER RIBAS, J. *Les fundacions en el Llibre tercer del Codi civil de catalunya.* Ponència organitzada pel col.legi de Notaris de Catalunya el 22 febrer 2008.

FERRER RIBA, J. *Les finalitats fundacionals: la seva naturalesa, compliment i modificació* ÀREA DE DRET CIVIL DE LA UNIVERSITAT DE GIRONA

FOLLIA I CAMPS, R. *Aspectes principals de la regulació de les fundacions en el Llibre III del Codi Civil de Catalunya. Revista Jurídica de Catalunya. Núm 3-2009*

GARCIA VALDECASAS, J.. *Parte general del Derecho Civil Español*. Civitas, Madrid 1983

LACRUZ BERDEJO, J.L. *Aportación para la futura Ley de fundaciones. Estudios de Derecho privado común y foral*. Centro de Estudios Registrales, Bosch, Barcelona, 1992

LLOVERAS FERRER, M. "Notes a la nova regulació de les fundacions en el Codi civil de Catalunya". InDret 4/2008.

MOLINA SÁNCHEZ, H. *La información económica suministrada por las entidades sin animo de lucro, Técnica contable*

PEDREIRA MENENDEZ, J. *Las actividades empresariales de las fundaciones y su tributación, Lex Nova, Valladolid, 1999,*

PUIG FERRIOL, L., ROCA TRIAS, E. *Institucions del dret Civil de Catalunya, Volum IV, dret de persona i dret de familia.*, 1998, Tirant lo Blanc

OLAVARRÍA IGLESIA, J. *Comentarios a la Ley de Fundaciones (coord.) Tirant lo Blanch, Valencia, 2008*

TOMAS I VALIENTE, F. *El marco político de la desamortización en España, Obras completas, I, Madrid, 1997*

VALERO AGUNDEZ, U. *La Fundación como forma de empresa*, Valladolid, 1969

VILASECA I MARCET, J.M. *Fundacions privades i públiques*. Revista Jurídica de Catalunya, 1992