

XORNADAS SOBRE ASPECTOS XURÍDICO-ECONÓMICOS DAS FUNDACIONES

(Escola Oficial de Idiomas da Coruña, 18 e 19 de xuño de 2001)

Alfredo Romero Gallardo

Bolseiro

O salón de actos da Escola Oficial de Idiomas da Coruña foi o escenario elixido pola Escola Galega de Administración Pública (EGAP) para levar a cabo, durante os días 18 e 19 de xuño de 2001, unhas interesantes «Xornadas sobre aspectos xurídico-económicos das fundacións».

Ó longo destas, destacados expertos en dereito do noso país e do estranxeiro analizaron diversas cuestións relacionadas coa dimensión xurídico-económica das fundacións. A dotación fundacional, o réxime do patrimonio, o mecenado e o réxime tributario, o exercicio de actividades económicas, o Protectorado e as súas funcións de fomento e control sobre a economía da fundación, a reversión do patrimonio fundacional á familia do fundador, as fundacións bancarias italianas e o réxime da dotación no dereito italiano foron os principais temas de estudo abordados nas súas sesións.

1. No acto inaugural, que tivo lugar na mañá do día 18 de xuño, D. Domingo Bello Janeiro, catedrático de dereito civil da Universidade da Coruña e director da EGAP, deulle a benvinda ó numeroso público asis-

tente e comentou de forma moi sucinta o contido das xornadas, facendo especial fincapé na crecente importancia das fundacións dentro do panorama económico español e na necesidade de compara-lo tratamento xurídico que reciben nas lexislacións estatal e autonómicas, co fin de busca-las mellores solucións para os problemas prácticos que suscitan ou que vaian suscitar no novo século XXI.

A continuación, interveu brevemente D. Agustín Luna Serrano, catedrático de dereito civil da Universidade de Barcelona e director das xornadas, para mostrarlle a súa enorme satisfacción por estar en Galicia e o seu agradecemento á EGAP pola súa boa disposición para organiza-lo seminario.

Despois tomou a palabra D. Rubén Miguel Citara, presidente da Fundación Bonaerense de Ciencias da Administración e catedrático de dereito administrativo da Universidade de Bos Aires, quen lle agradeceu á EGAP a súa invitación ás xornadas. Ademais, realizou unhas sinxelas reflexións acerca da crise actual do fenómeno asociativo e a súa incidencia sobre a actividade fundacional, e destacou a esixencia de establecer mecanismos de control non só sobre as finanzas das fundacións, senón tamén sobre o cumprimento dos seus fins, co obxecto de que estas entidades sexan certamente «a expresión idealista e xenerosa do espírito».

2 O primeiro relatorio titulouse «A dotación da fundación» e correu a cargo de D^a. María Dolores Gramunt Fombuena, profesora titular de dereito civil da Universidade de Barcelona, moderado por D. Rubén Miguel Citara.

Ó inicio da súa exposición, a relatora deu unha lixeira pincelada acerca do proceso histórico de regulación xurídica das fundacións en España. Este proceso desenvolveuse ó longo do século XIX, e acadou o seu punto culminante co recoñecemento da fundación como persoa xurídica por parte do artigo 35 do aínda vixente Código civil de 1889.

Posteriormente produciuse outro feito importante neste proceso: a nosa Constitución de 1978 proclama, no seu artigo 34.1, «o dereito de fundación para fins de interese xeral, de acordo coa lei». Como pode observarse, o texto constitucional establece neste precepto un dereito que non ten carácter absoluto, pois está limitado por dous parámetros básicos: servir a fins de interese xeral e someterse á legalidade vixente.

A «constitucionalización» do dereito de fundación trouxo consigo a garantía da súa tutela xurídica, dado que as fundacións nadas ó seu abeiro son necesariamente obxecto de protección legal, tanto no ámbito estatal, coma no autonómico.

No ámbito estatal, a culminación deste proceso regulador non se produciu ata datas relativamente próximas: en concreto, ata a entrada en vigor da Lei 30/1994, do 24 de novembro, de fundacións e de incenti-

vos fiscais á participación privada en actividades de interese xeral. Esta lei define as fundacións como «organizacións constituídas sen ánimo de lucro que, por vontade dos seus creadores, afectaron de modo duradeiro o seu patrimonio á realización de fins de interese xeral» (artigo 1.1), considerando ademais que tales fins fundacionais deben «beneficiar a colectividade xenéricas de persoas» (artigo 2.2).

Non sucedeu o mesmo, sen embargo, no ámbito autonómico, debido a que algunhas comunidades autónomas (Cataluña, Galicia, as Illas Canarias e o País Vasco) xa contaban, con anterioridade á promulgación da lei estatal, coa súa propia regulación en materia de fundacións.

A profesora Gramunt centrou a súa intervención no estudo da dotación na referida Lei 30/1994, revisando en primeiro lugar o réxime de constitución das fundacións a través do xurdimento do negocio xurídico fundacional. Este require a concorrencia de dous elementos esenciais: a vontade do fundador e, o que máis interesa agora, a existencia dun acto de disposición de bens e dereitos de calquera clase que se lle achegan á entidade nacente, isto é, a previsión da dotación fundacional.

Este último elemento supón a creación dun patrimonio independente e autónomo, que se converterá no patrimonio orixinal da fundación. De acordo co artigo 10.1 da lei, a dotación «ha ser axeitada e suficiente para o cumprimento dos fins fundacionais», correspondéndolle ó Protectorado a tarefa de verificar se se dan ámbalas condicións na dotación realizada (*vid.* tamén o artigo 36. 2 da Lei): en caso de que esta non supere os niveis de adecuación e de suficiencia requiridos, o Protectorado poderá impedi-lo nacemento xurídico da fundación.

Así mesmo, para formar este patrimonio orixinario é preciso facer unha achega efectiva de bens, que se poderá levar a cabo «de forma sucesiva, e neste caso o desembolso inicial será, polo menos do 25 por 100, debendo facerse efectivo o resto nun prazo non superior a cinco anos contados desde o outorgamento da escritura pública de constitución da fundación», *ex* artigo 10.2 da lei.

En canto ó contido da dotación, o antedito artigo 10.1 limitáase a indicar de maneira xenérica que estará integrada por «bens e dereitos de calquera clase», sen especificar se deberán ser susceptibles de valoración económica ou se poderán someterse a gravames ou cargas. Non obstante, noutros lugares a lei precisa qué tipo de bens poden compoñe-lo conxunto dotacional: achegas diñeirais e non diñeirais (artigo 10.3); o compromiso de achegas de terceiros, sempre que estean garantidas (artigo 10.4); bens inmoebles, establecementos mercantís ou industriais, valores mobiliarios que representen participacións significativas nos anteriores, así como obxectos de extraordinario valor (artigo 19.2); e participacións en sociedades mercantís (artigo 22.2).

Distintas da dotación son as achegas posteriores do propio fundador

ou de terceiras persoas, que quedarán sometidas ó réxime xurídico dos bens dotacionais, pese a non formar parte do patrimonio da fundación.

O réxime xurídico da dotación foi outro aspecto en que a profesora Gramunt puxo especial atención. Este réxime é máis severo có do resto do patrimonio fundacional, por se-lo patrimonio que permite alcanza-los fins marcados polo fundador. Neste sentido, a dotación configúrase como un patrimonio inmovilizado de carácter permanente que, empo-reso, pode ser obxecto de alleacións e de gravames de maneira excepcional. Precisamente para allear e gravar bens, dotacións ou asimilados, compételle ó Padroado da fundación solicitarlle previamente unha autorización *ad hoc* ó Protectorado, non sendo preceptiva no caso de disposición de doazóns ou de subvencións conforme os fins establecidos polo doador ou pola norma en virtude da que se outorgou a subvención (artigo 19.1 da lei).

Os últimos momentos da súa exposición foron dedicados á extinción da fundación e ó destino final dos seus bens. Cando unha fundación é declarada extinguida por algunha das causas legalmente taxadas (artigo 29), o seu patrimonio pasa a se integrar nun proceso de liquidación do que resulta unha masa indiferenciada de bens que reciben o mesmo tratamento xurídico.

Segundo o primeiro inciso do artigo 31.2 da lei, estes bens «seranlles destinados ás fundacións ou ás entidades non lucrativas privadas que persigan fins de interese xeral e que teñan afectados os seus bens, incluso para o suposto de disolución, á consecución daqueles, e que foran designados no negocio fundacional ou no Estatuto da fundación extinguida». O segundo inciso engade que «no seu defecto este destino poderá ser decidido, en favor das mesmas fundacións e entidades mencionadas polo Padroado, cando teña recoñecida esa facultade polo fundador, e, a falta desa facultade, corresponderalle ó Protectorado cumprir ese cometido».

Non obstante, o artigo 31.3 admite a posibilidade de que as fundacións prevegan, nos seus estatutos ou cláusulas fundacionais, «que os bens e dereitos resultantes da liquidación sexan destinados a entidades públicas, de natureza fundacional, que persigan fins de interese xeral».

Como concluíu a relatora, nas normas transcritas prima a idea de destinar estes bens e dereitos á satisfacción de fins de interese xeral, tendo prioridade aqueles ós que a fundación viña dedicándose.

3. D. Carlos Vattier Fuenzalida, catedrático de dereito civil da Universidade de Burgos, foi o encargado de pronuncia-lo segundo e último relatorio daquela primeira sesión matinal, que se titulou «O réxime do patrimonio fundacional». Actuou como moderador deste D. Javier Suárez García, avogado do Estado e director xeral xefe da Asesoría Xurídica Xeral da Xunta de Galicia.

Para facilita-lo seguimento da súa disertación, o relator dividiuna en cinco puntos. No primeiro deles expuxo algúns aspectos característicos do patrimonio fundacional. Entre outros mencionou: o seu carácter esencial para a fundación, no sentido de que constitúe o seu «substrato económico e material», sen o que esta non podería subsistir; o seu carácter finalista, polo que este patrimonio está destinado, adscrito ou afectado polo fundador ó cumprimento dos fins fundacionais; e o carácter irreversible do destino ó que se supeditan os bens patrimoniais da fundación, nota que se asocia claramente coa anterior e que pon de manifesto a imposibilidade de que a vontade do fundador ordene que, unha vez extinguida a fundación, o remanente patrimonial volva a el ou pase ós seus herdeiros ou ás persoas que designe.

Tamén se referiu ó réxime xurídico especial do patrimonio, que supón unha especie de barómetro para medi-lo grao de autonomía patrimonial da fundación, así como o seu nivel de dependencia respecto da Administración, e que comprende dous aspectos fundamentais: a composición do patrimonio, é dicir, os bens, dereitos e obrigas que o forman; e a súa xestión, en particular os medios de control das principais variacións patrimoniais que experimente ó longo da vida da fundación.

No segundo punto da súa exposición, o profesor Vattier falou do complicado panorama lexislativo que se presenta nesta materia trala Constitución de 1978, en que coexisten normas estatais (coma a antedita Lei 30/1994 e o seu desenvolvemento regulamentario, o Real decreto 316/1996, do 23 de febreiro, sobre fundacións de competencia estatal), con diversas leis autonómicas.

A variedade de normas de ámbito autonómico foi clasificada por el en tres grupos. En primeiro lugar, o das leis que esixen a autorización previa do Protectorado só para un número reducido de actos de alleación de bens patrimoniais, pero que obrigan o reinvestimento do prezo obtido sobre o patrimonio da fundación. Tal é o caso das leis catalanas 1/1982, do 3 de marzo, e a máis recente 5/2001, do 2 de maio, así como da Lei galega 7/1983, do 22 de xuño (reformada pola Lei 11/1991, do 8 de novembro). Esta última require a autorización previa unicamente se os bens alleados son inmobles vinculados ó cumprimento directo dos fins fundacionais, mentres que o resto dos bens dotacionais pódense allear libremente, coa obrigación de reinvesti-lo seu prezo en bens da mesma natureza.

O segundo grupo de leis autonómicas sobre fundacións está formado por todas aquelas que esixen só unha comunicación posterior do Padroado ó Protectorado e que fan alusión á responsabilidade civil dos patróns polo seu incumprimento. Aquí encóntranse a Lei vasca 12/1994, do 17 de xuño, a Lei madrileña 1/1998, do 2 de marzo, e a Lei canaria 2/1998, do 6 de abril.

O terceiro e último grupo está integrado por unha soa norma, a Lei valenciana 8/1998, do 9 de decembro, que é a máis restrictiva de todas, pois require a autorización do Protectorado para os actos de disposición de bens, pero tamén para os de administración (incluídos os de arrendamento), para os relativos ás liberalidades, así como para os contratos asinados polos patróns, polos seus parentes (ata determinados graos de consanguinidade e de afinidade) ou polas sociedades por eles participadas coa fundación.

Para Vattier, este complexo e heteroxéneo panorama legislativo mostra que non hai en España unha única forma de articula-la regulación do patrimonio fundacional e que tódalas modalidades existentes son compatibles co marco constitucional vixente. Ademais, no concernente á xestión do patrimonio, cabe distinguir dous grandes modelos: un, que incide no control externo do Protectorado, e outro, que o fai sobre o autocontrol exercido polo Padroado da fundación.

O primeiro modelo descansa sobre a intervención do Protectorado, que pode ser preventiva, cando esixe autorización previa (*técnica de control forte*), ou ben posterior, nos supostos en que basta a comunicación antes ou despois da realización do acto de disposición (*técnica de control débil*). Este modelo localízase na Lei estatal de 1994, onde conviven ámbalas técnicas de control ou intervención administrativa, e en maior ou menor medida en tódalas leis autonómicas, con excepción da Navarra.

O segundo modelo fundaméntase en técnicas propias do dereito privado, e consiste esencialmente na obrigaón imposta ó Padroado de reinvesti-lo prezo dos bens alleados, ó tempo que subliña a posible responsabilidade civil dos patróns. Este modelo, aínda que non se encontra en estado puro en ningunha lei, rexe en Cataluña, Galicia e Navarra respecto dos bens dotacionais.

O terceiro punto do relatorio ocupouse da composición do patrimonio. Tódolos bens da fundación pertencen a un só patrimonio, o da propia fundación, e teñen o mesmo destino, o cumprimento dos fins fundacionais. Non hai bens inalienables, xa que todos se poden allear conforme os requisitos legalmente establecidos en cada caso, a pesar de que certos bens (os dotacionais, os asimilados a eles e os seus incrementos) conservan a súa individualidade desde o punto de vista contable dentro do conxunto patrimonial, mentres non sexan obxecto de alleación.

Despois de aludir á existencia de certas especialidades en materia de usufructo e de arrendamento de terreos urbanos e rústicos, o relator analizou a problemática do embargo de bens fundacionais. Sobre este aspecto, a doutrina está dividida, posto que a Lei 30/1994 non derogou explicitamente antigos privilexios procesuais das fundacións, como a virtual inembargabilidade dos bens das fundacións benéficas e o procedemento especial de constrinximento contra as fundacións culturais.

Así, para un sector doutrinal tales privilexios non se entenderán derogados pola lei estatal; para outro, en cambio, si se produciu unha derogación tácita deles. Vattier subscribiu esta última postura, que concorda coa doutrina do Tribunal Constitucional na súa Sentencia 113/1989, do 22 de xuño, pola que estimou a inconstitucionalidade das declaracións legais que impiden o embargo de forma xenérica e incondicional, as cales, en canto que protexen a existencia e a dignidade humanas, non lles resultan facilmente trasladables ás persoas xurídicas. Esta tese parece corroborarse pola Lei 1/2000, do 7 de xaneiro, de axuizamento civil, cunha disposición derogatoria única que suprimiu tódalas normas opostas ou incompatibles con ela.

Do cuarto punto do seu relatorio, relativo ó réxime dos actos de disposición e á adquisición de liberalidades, simplemente fixo unha remisión a todo o indicado ó respecto anteriormente, polo que foi dado por exposto.

No último punto abordou as liñas básicas do novo anteproxecto de reforma da Lei estatal de fundacións, de 2001. Dun lado, este borrador prelexislativo reduce os actos sometidos a autorización previa ós relacionados coa alleación de bens dotacionais e de bens vinculados directamente ó cumprimento dos fins das fundacións, esixindo para a alleación, tanto onerosa coma gratuíta, unha xusta causa debidamente acreditada. Por outra parte, somete á necesaria comunicación os actos de disposición de bens inmoebles, establecementos mercantís e industriais, bens de interese cultural, así como aqueles cun importe que sexa superior á quinta parte do activo anual da fundación. Outra novidade introducida polo referido anteproxecto é a lexitimación do Protectorado para esixir-la responsabilidade civil dos patróns e para rescindi-los actos do Padroado que prexudiquen ou lesionen os intereses fundacionais.

En definitiva, Vattier destacou a escaseza de novidades do anteproxecto e terminou mostrando a súa predilección por un modelo de autocontrol por parte do Padroado da fundación sobre os actos de disposición de bens patrimoniais, coa obrigaón de reinvesti-lo prezo obtido por eles e sen prexuízo do exercicio de accións de responsabilidade contra os patróns.

4. A sesión vespertina iniciouse cun relatorio sobre «O réxime fiscal das fundacións e do mecenado», a cargo de D^a. Consuelo Castro Rey, avogada do Estado e xefa da Asesoría Xurídica da Axencia Tributaria na Coruña, que foi presentada por D. Luciano Fariña Busto, conselleiro maior do Consello de Contas de Galicia.

Ó inicio da súa intervención, a relatora efectuou unha serie de consideracións acerca do concepto de fundación e o seu réxime xurídico. Neste contexto, resaltou a idea de que as fundacións reciben un trata-

mento fiscal favorable ou privilexiado, na medida en que se orientan á consecución de fins de interese xeral. Tamén se referiu á normativa tributaria aplicable, integrada polo título II da Lei 30/1994, polo Real decreto 765/1995, do 5 de maio, sobre determinadas cuestións do réxime de incentivos fiscais á participación privada en actividades de interese xeral, así como polas diferentes leis reguladoras dos distintos impostos.

Seguidamente centrou a súa explicación no vantaxoso réxime tributario que posúen as fundacións nunha serie de impostos: o Imposto de sociedades, o Imposto sobre transmisións patrimoniais e actos xurídicos documentados, o Imposto sobre o valor engadido e varios tributos de ámbito local. Como premisa xeral, sinalou que en tales impostos as fundacións gozan dun conxunto de beneficios fiscais que se xustifican polo interese do Estado en fomentar e protexe-la contribución dos cidadáns ó logro de finalidades de interese xeral.

Así, no Imposto de sociedades existen dous réximes distintos de tributación para as fundacións: un, o de máis privilexio fiscal, que é regulado pola Lei 30/1994 e está reservado a aquelas fundacións que cumpran determinados requisitos; e outro, o menos favorable en termos fiscais, que está previsto nos artigos 133 a 135 da Lei do Imposto de sociedades e é aplicable ás fundacións que non reúnan os requisitos esixidos para acceder ó réxime de máis privilexio.

Respecto do réxime considerado na Lei estatal de fundacións, Castro Rey explicou de forma breve os seus aspectos máis singulares: o seu ámbito subxectivo de aplicación, as condicións necesarias para gozar este réxime, os requisitos formais para a súa aplicación, o contido, a eficacia e a perda dos seus beneficios fiscais, etc. Respecto do réxime establecido na Lei do imposto de sociedades, a relatora limitouse a resalta-las súas diferencias co anterior en canto á base impositiva, ó tipo impositivo e á cota.

Por outro lado, no Imposto sobre transmisións patrimoniais e actos xurídicos documentados gozarán dunha exención subxectiva «os establecementos ou fundacións benéficos ou culturais, de previsión social, docentes ou de fins científicos, de carácter particular, debidamente clasificados, sempre que os cargos de patróns e representantes legais destes sexan gratuítos e lle rendan contas á Administración», *ex* artigo 45.1.A.b) do Real decreto lexislativo 1/1993, que aproba o texto refundido deste imposto. Acerca deste precepto, a relatora criticou a súa falta de congruencia coa lexislación actual de fundacións, tanto no que respecta ós fins que poden perseguir, coma no concernente ó requisito da clasificación (este último, desaparecido hoxe do noso ordenamento xurídico). Polo demais, a exención citada é de carácter rogado, o que significa que ha ser recoñecida pola Administración.

En canto ó Imposto sobre o valor engadido, a súa Lei 37/1992 non prevé ningunha exención subxectiva para as fundacións, senón determi-

nadas exencións por razón da natureza do feito imponible (é dicir, do tipo de entregas de bens ou de prestacións de servicios), se ben nalgúns casos trátase de exencións de carácter mixto, en que tamén se toma en consideración a natureza do suxeito que realiza a entrega ou prestación. Ademais, aínda que algunhas destas exencións son rogadas, outras son automáticas.

No que atinxe ós tributos de ámbito local, as fundacións que sexan titulares de bens inmoebles poderán quedar exentas do imposto que grava tales bens cando cumpran os requisitos previstos nos artigos 42 e 43 da Lei estatal de fundacións, sempre que estes bens non se lles cederan a terceiros mediante contraprestación, estean vinculados ás actividades constitutivas do fin fundacional e non se utilicen principalmente para o desenvolvemento de explotacións económicas que non constituán o fin específico da fundación.

Igualmente, as fundacións que cumpran os mesmos requisitos estarán exentas do Imposto de actividades económicas polas actividades relacionadas coas súas concretas finalidades.

Por último, o artigo 106.2.c) da Lei de facendas locais establece unha exención do Imposto sobre o incremento de valor dos terreos de natureza urbana para aqueles incrementos de valor que constituán o feito imponible, sempre e cando a obriga tributaria recaia sobre «as institucións que teñan a cualificación de benéficas ou benéfico-docentes».

Na última parte do seu relatorio, Castro Rey examinou o réxime fiscal do mecenado, que comprende todas aquelas modalidades de contribución privada a fins de interese xeral en que non é esixible a permanencia ou continuidade na persecución de tales fins. Baixo esta concepción do mecenado teñen cabida as achegas ás fundacións, os convenios de colaboración con elas e a realización directa de actividades de interese xeral, ás que lles dedicou as súas palabras finais.

Estas formas de contribución ó logro de fins de interese xeral repórta-lles beneficios fiscais ós que as levan a cabo. Así, por exemplo, son dous os beneficios dos que poden gozar os que lles fagan achegas a entes fundacionais: a dedución dunha porcentaxe do valor da achega e a non suxeición do incremento patrimonial que se poña de manifesto con esta achega. Respecto ós convenios de colaboración, as cantidades satisfeitas ás fundacións son deducibles na base imponible da imposición persoal do colaborador, con independencia de que se trate dunha persoa física ou xurídica. En canto á realización directa de actividades de interese xeral, o beneficio consistirá na dedución das cantidades empregadas, que se practicará sobre a base imponible do Imposto de sociedades ou do Imposto sobre a renda das persoas físicas, segundo o caso.

5. «O exercicio de actividades económicas por parte da fundación» foi o título do segundo relatorio da tarde, pronunciado por D^a. Inmacu-

lada Barral Viñals, profesora titular de dereito civil da Universidade de Barcelona, e moderado por D. Antonio Grandío Dopico, decano-presidente do Ilmo. Colexio de Economistas da Coruña e catedrático de economía aplicada da Universidade da Coruña.

As súas primeiras palabras foron para poñer de relevo a moderna evolución do concepto de fundación no noso dereito que se produciu a través do artigo 1.1 da Lei estatal de fundacións, anteriormente transcrito. Conforme este, a figura da fundación asimilase non a un patrimonio destinado a fins de interese xeral (fundación-patrimonio), senón a unha organización non lucrativa, en que o elemento patrimonial está afectado de modo duradeiro ós referidos fins (fundación-organización).

A concepción do patrimonio estático como criterio definidor da fundación foi superada pola Lei 30/1994, que concibe a institución fundacional coma unha figura xurídica «liberada» das cautelas sobre a vinculación de bens que presidiran a codificación e a lexislación sobre fundacións ata mediados do século XX.

Este cambio de orientación trouxo unha nova consecuencia: a finalidade de interese xeral vincúlase agora non tanto á noción de patrimonio, canto á idea de actividade esencialmente rendible. De aí que no concepto actual de fundación se lles dea cobertura a diferentes formas de estrutura-la obtención de recursos para investir na consecución dos fins fundacionais.

Desde esta dimensión «organizativa» da fundación poténciase a necesidade de que as fundacións desenvolvan actividades de carácter económico para aumenta-la súa produtividade; necesidade á que responde a Lei estatal de 1994 ó configurar dúas grandes vías para tomar parte nestas actividades: a vía indirecta, a través da que a fundación participa en sociedades mercantís; e a vía directa, pola que a fundación se converte en titular dunha empresa.

A participación en sociedades mercantís aparece recollida no artigo 22 da lei. Conforme o seu apartado 1, «as fundacións non poderán ter ningunha participación en sociedades mercantís en que deban responder persoalmente das débedas sociais», o que reflicte un claro límite a esta primeira vía: só cabe a participación en sociedades non personalistas, isto é, de corte capitalista, a cal poderá chegar a ser maioritaria, como admite o seu apartado 3. Por isto, cando formen parte da dotación participacións maioritarias en sociedades personalistas, a fundación deberá promove-la transformación destas en sociedades onde a responsabilidade por débedas sociais estea limitada, segundo ordena o apartado 2.

Maiores problemas ofrece a vía directa, en virtude da cal a fundación se converte en axente económico de bens e servicios a través da actividade empresarial. Tres preceptos da lei avalan esta opción: o artigo 10.1, cando sinala que a dotación «poderá consistir en bens e dereitos de cal-

quera clase»; o artigo 19.2, que prevé o procedemento de alleación de establecementos mercantís ou industriais; e o artigo 24, que habilita as fundacións para obter ingresos polas súas actividades.

Para a profesora Barral, este trío de preceptos evidencia que as fundacións poden ser titulares directas de empresas, o que non significa que se convertan en empresarios, pois non adoptan ningunha forma societaria de empresa (manteñen a súa propia de fundación) e porque resultaría difícil aplicárille-lo estatuto do empresario individual, que comportaría un réxime de responsabilidade excesivamente rixido para elas. Pero a idea de que as fundacións non son en realidade empresarios estriba fundamentalmente na contraposición entre a finalidade de interese xeral, elemento consubstancial á fundación, e o afán de lucro, que preside as formas societarias de carácter mercantil.

O fio deste tema, a relatora reflexionou sobre a finalidade de interese xeral como trazo básico da organización fundacional. O fin de toda fundación non consiste na consecución de intereses particulares (é dicir, en obter e repartir ganancias ou beneficios), senón no logro de fins que sexan sempre de interese xeral, o que non lle impide a esta realizar actividades economicamente rendibles, isto é, que xeren ingresos (lucro en sentido obxectivo). Neste sentido, convén diferenciarmos entre a persoa xurídica, cun fin que é de interese xeral, e os instrumentos de que se vale para conseguir ese fin, cunha acción que segue un principio elemental de rendibilidade.

O logro desa rendibilidade xustifica a actividade mercantil da fundación, e permite que o seu patrimonio sexa verdadeiramente dinámico e de difícil descapitalización. O límite á obtención de rendementos descansa sobre a obriga de investir polo menos o 70% destes na consecución dos fins fundacionais, que propugna o artigo 25.1 da lei.

A fronteira do interese xeral está en non confundí-la finalidade coa actividade: a fundación pode levar a cabo todo tipo de actividades económicas, incluso actuar directamente como empresa, sempre e cando as actividades lle sirvan á súa finalidade de interese xeral.

Esta concepción apártase, sen embargo, da noción de «fundación-empresa» que se importou da dogmática alemana, conforme a que o ente fundacional é titular directo dunha empresa e o seu fin consiste en realizar actividades empresariais, seguindo unhas directrices beneficiosas para o ben común, que foron previamente fixadas polo fundador e os estatutos.

A xuízo de Barral Viñals, o encaixe desta institución na idea de interese xeral entraña unha enorme dificultade porque implica pasar da actividade económica entendida coma fonte de rendibilidade (isto é, coma fonte de lucro en sentido obxectivo), ó ánimo de lucro subxectivo coma interese directo na ganancia que persegue a empresa, xa que esta pasaría

a se-lo fin fundacional. A Lei 30/1994 parece acoller esta oposición no seu artigo 42.2 cando considera como presuposto para a aplicación do réxime fiscal do seu título II que a fundación non realice actividades mercantís de modo principal: neste caso, a fundación deixaría de ser unha entidade non lucrativa para os efectos do artigo 41 que determina a aplicación do mencionado réxime fiscal. Similar previsión contén o artigo 42.3, respecto ó requisito da indeterminación dos beneficiarios.

O último punto da súa intervención foi dedicado ás actividades económicas e á súa relación coa finalidade fundacional. A problemática que suscita a circunstancia de que as fundacións leven a cabo actividades de índole económica radica en saber se tales actividades deben ou non relacionarse cos fins fundacionais. Aínda que este límite a estas actividades non consta de forma expresa na Lei estatal de 1994, si se recollía, pola contra, no proxecto de lei do Consello de Ministros (concretamente, no seu artigo 22, parágrafo 1º), que seguía a mesma opción que certas leis autonómicas anteriores (ó respecto, *vid.* os artigos 14.4 da Lei 1/1990, do 29 de xaneiro, de fundacións canarias e 25.3 da Lei 12/1994, do 17 de xuño, do Parlamento vasco, de fundacións).

A supresión do referido límite do texto finalmente promulgado da lei estatal, obriga a busca-la solución do problema no título II da propia lei, relativo –como sabemos– ó réxime fiscal das fundacións. Neste título debúxase unha idea máis nítida sobre as relacións entre as actividades empresariais e o fin fundacional: se estas actividades se vinculan a esta finalidade, entón as fundacións que as realicen poderán gozar dos beneficios fiscais que outorga aquel título; se, polo contrario, non gardan relación con ela, entón estas fundacións non poderán acollerse a tales beneficios.

En consecuencia, o desenvolvemento de actividades económicas por parte das fundacións non esixe unha relación directa coa finalidade de interese xeral á que serven, pero este dato constitúe unha *condicio sine qua non* para a aplicación do réxime tributario máis favorable da Lei 30/1994.

Barral Viñals pechou a cuestión e concluíu a súa exposición indicando que a mesma idea aparece considerada sinteticamente na nova Lei catalana de fundacións, cun artigo 36 que permite que a fundación xestione directamente explotacións mercantís, se tal actividade leva o cumprimento inmediato dos fins fundacionais ou está subordinada a eles.

Despois desta disertación fíxose un pequeno descanso, tralo que foron expostas varias comunicacións orais sobre aspectos relacionados coa temática das xornadas:

«A prestación de servizos sociais en Cataluña, dentro do sector non lucrativo ou terceiro sector», a cargo de D^a. Rosa Llacer.

■ «Alcune riflessioni sulla costituzionalità della vigente disciplina in materia di fondazioni bancarie», a cargo de D. Lorenzo Mezzasoma.

■ «Dotación, investimento, reinvestimento e reversión nas fundacións catalanas», a cargo de D^a. Dolores Larrubia de Rojas.

■ E «Herdanza deferida a unha fundación en proceso de constitución», a cargo de D^a. Esther Torrellas.

○ O último relatorio da tarde levou por título «As fundacións bancarias no sistema de persoas xurídicas no dereito italiano» e foi pronunciado por D. Antonino Palazzo, «professore ordinario» de institucións de dereito privado da Universidade dos Estudos de Perugia e conselleiro de administración da Fundación Caixa de Aforros de Perugia. D. Francisco Puy Muñoz, catedrático de filosofía do dereito da Universidade de Santiago de Compostela e presidente da Fundación Alfredo Brañas, foi o encargado de presenta-lo relator e de modera-la súa intervención.

Ó inicio, o profesor Palazzo explicou de modo conciso as orixes e o rol económico das fundacións bancarias. Estas entidades constitúen o resultado final do proceso de privatización ó que se someteron as institucións crediticias públicas en Italia durante os anos noventa, a través de diversas medidas lexislativas. A súa catalogación como «fundacións» é de procedencia doutrinal, tendo en conta a súa actividade de administración dun patrimonio, cuns réditos que veñen sendo empregados historicamente para satisfacer fins de carácter solidario.

As caixas de aforro italianas comparten coas españolas a mesma orixe histórica: naceron como Montes de Piedade, asociacións ou fundacións impulsadas por particulares e entidades públicas (especialmente, de ámbito local) para estimular o aforro das clases populares, para loitar contra a usura, para promover o financiamento de actividades productivas locais de capital privado e, máis contemporaneamente, para destinar unha parte dos seus ingresos a finalidades de interese social.

Trátase de entes xurídicos cunha natureza híbrida, orientados non só a maximizar o beneficio como diferenza entre custos e ingresos, senón tamén a unha función distinta, de natureza obxectiva ou pública en sentido lato. Neles combínanse o principio de economicidade coa persecución de fins sociais. Este peculiar «hermafroditismo» acentuouse tanto que tales entidades chegaron a ser definidas, de forma moi viva e simbólica, coma os «novos Frankenstein» (Giuliano Amato).

Non obstante, o relator non esqueceu o seu carácter *non profit*, da súa consideración coma entes sen ánimo de lucro, cuns móbiles que lle son estraños ó prototipo clásico de operador económico coma «egoísta racional», longamente criticado pola doutrina moderna, encabezada polo premio Nobel A. Sen, quen demostrou como o altruísmo é un ben capaz de incrementarse por si mesmo e sen custos, particularmente cando

o tecido social está fortemente diferenciado. Esta formulación non está exenta de críticas, discutíndose se as fundacións bancarias son un elemento engadido, pero efectivo, do sector da economía non lucrativa, do que sen dúbida constitúen o seu financiador estrutural hoxe.

Respecto á súa natureza fundacional, a cualificación destes entes como fundacións aparece explicitamente recollida no título I do Decreto lexislativo 153/1999, rotulado «réxime civil das fundacións». Sostívose que a forma xurídica máis consoante con eles é a de fundación-empresa ou mellor a de fundación titular dunha ou varias empresas instrumentais.

A catalogación *in iure* destas entidades resulta bastante difícil, sobre todo tendo en conta a circunstancia de que a doutrina mercantilista móstrase compacta á hora de postular a súa natureza empresarial. Baixo esta perspectiva, distínguense as «fundacións de empresa», en que o exercicio de actividades empresariais eríxese na súa finalidade única e exclusiva, e as «empresas de fundación», onde a actividade económica se subordina á consecución dos fins do ente fundacional.

Admítese que unha entidade sen afán lucrativo exercite actividades económicas con métodos empresariais, simplemente para cubri-los seus gastos e sen apartarse dos seus fins estatutarios. Tamén son factibles as hipóteses de fundacións *hólding*, en que o seu fin primordial consiste no exercicio de actividades empresariais, e os resultados obtidos destínanse a actividades non económicas que contribúen á realización daquel fin: en tales supostos, as actividades empresariais son as principais do ente, ó resultar idóneas para satisfacer-los obxectivos do fundador e esenciais para a súa persecución.

De acordo co artigo 2.1.d) da Lei 461/1998, as fundacións bancarias poderán xestionar «empresas directamente instrumentais ós fins estatutarios, exclusivamente nos sectores da investigación científica, da instrución, da arte, da conservación e valoración dos bens culturais e ambientais, da sanidade e da asistencia ás clases sociais débiles». No mesmo sentido, o artigo 3 do Decreto lexislativo 153/1999 sinala que só poden exercer empresas «se son directamente instrumentais ós fins estatutarios e exclusivamente en sectores relevantes», entendendo por tales os previstos no seu artigo 1.d), que coinciden cos mencionados polo referido artigo 2.1.d) da Lei de 1998. Estes sectores son, así mesmo, relevantes para determina-las empresas en que as fundacións poden deter participacións de control, conforme o artigo 6 do citado decreto.

Nestes casos, onde a participación nunha ou máis empresas alcanza o límite do control, fórmase unha fundación *hólding*, que ten funcións de dirección unitaria do grupo, cun marcado carácter empresarial, xa sexa polo seu labor de dirección, xa sexa por conformarse coma unha empresa do grupo, resultante do «collegamento» das empresas participadas.

Encontrámonos, pois, ante un sistema en que do tipo ideal de «fundación» quedan poucas características, dado que: os fins institucionais previstos nos estatutos deben ser reconducidos ós sectores lexislativamente tipificados; a disposición organizativa é imposta por lei; rexe a obriga de distinguir órganos de dirección, de administración e de control, etc. Neste contexto, convértese nun mero enunciado a definición ofrecida polo artigo 2 do Decreto de 1999, segundo o que «as fundacións son persoas xurídicas privadas sen finalidade de lucro, dotadas de plena autonomía estatutaria e xestora».

A antinomia descrita é superada se se repara no feito de que, aínda cando o exercicio da actividade empresarial resulta discordante co sistema de persoas xurídicas non lucrativas do dereito privado italiano, tal capacidade está limitada ás actividades empresariais de carácter instrumental sobre os sectores relevantes xa aludidos, o que reconduce o articulado normativo á solidariedade obrigatoria, que é a causa das atribucións gratuítas que por lei as fundacións deben destinar a entes e organizacións de utilidade social: a actividade empresarial revélase como coincidente con aqueles fins de interese xeral e isto xustifica a capacidade empresarial das fundacións bancarias.

O profesor Palazzo prestoulle especial atención ó destino do patrimonio fundacional. De conformidade co artigo 2.1.a) do Decreto lexislativo de 1999, as fundacións bancarias perseguirán «exclusivamente fins de utilidade social e de promoción do desenvolvemento económico». Respecto dos fins de utilidade social, este precepto é coherente co réxime xeral das organizacións non lucrativas de utilidade social (ONLUS), contido no Decreto lexislativo 460/1997. O artigo 10 deste último decreto reflicte a coincidencia existente entre os sectores de actividade de tales organizacións e os sectores relevantes das fundacións bancarias. As finalidades de utilidade social referiranse, polo tanto, á asistencia social ou socio-sanitaria, á instrucción, á tutela, á promoción e valoración de bens de interese artístico e histórico, á protección do medio natural e da natureza, á investigación científica e á solidariedade social.

En canto á promoción do desenvolvemento económico, en sentido restrinxido enténdese como relativa á prestación de servicios instrumentais para o desenvolvemento económico, ou da actividade auxiliar daquela de utilidade social. En sentido amplo, cabe soste que a actividade de promociona-lo desenvolvemento económico dunha área do país é esa mesma socialmente útil e pode levarse a cabo coa participación no capital das empresas.

Reprodúcese nesta materia o debate sobre o artigo 42 da Constitución italiana, en relación a que o límite da utilidade social vén imposto pola propiedade privada, xa que é certo que a promoción do desenvolvemento económico non supón só a intervención no financiamento

doutra actividade económica útil, senón tamén a xestión directa dunha actividade semellante, porque a actividade empresarial pode ser considerada como ese desenvolvemento económico buscado.

As consecuencias das dúas interpretacións expostas son notables. En primeiro lugar, acollendo a segunda obtense o efecto de considerar *non profit*, incluso en canto á aplicación dun réxime fiscal máis vantaxoso, a un ente que desenvolva unha actividade económica como fin esencial, fortemente activo no mercado e directamente interesado na maximización do beneficio. E en segundo termo, da elección entre fins de utilidade social e aqueles de promoción do desenvolvemento económico derivan decisións non só relativas ó emprego dos rendementos, senón tamén referidas ó investimento final destes para a conservación do patrimonio fundacional.

Nos últimos momentos da súa intervención, o relator fixo unha pequena referencia ós instrumentos de participación das comunidades locais e dos beneficiarios das subministracións no nomeamento dos membros dos órganos fundacionais, comentando en particular a esixencia de determinadas calidades persoais ós que aspiren a integra-los órganos de dirección, de administración e de control das fundacións bancarias.

Concretamente, destacou a obrigación de que os membros dos órganos de dirección posúan a preparación e a experiencia necesarias para poder contribuír eficazmente á persecución dos fins fundacionais, e aqueloutra que require que nos órganos colexiados das fundacións de ámbito local haxa unha representación non inferior ó 50 % de persoas residentes na mesma localidade onde radican esas fundacións, durante polo menos tres anos.

Tales esixencias persoais complementáanse cunha serie de incompatibilidades que lles impiden realizar funcións de dirección, administración e control nas fundacións bancarias ós que se teñan encargado de designa-los compoñentes dos órganos fundacionais, ós que exerzan as mesmas funcións nunha sociedade bancaria ou nunha sociedade controlada por esta sociedade ou banco, e os que teñan unha participación significativa nestas sociedades.

8. O primeiro relatorio da segunda xornada, que se titulaba « A dotación da fundación no dereito italiano », debía ser pronunciado por D. Mario Comporti, profesor de dereito da Universidade de Siena. Sen embargo, unha inoportuna indisposición impediuno estar presente no seminario. A pesar disto, o tema foi tratado polo profesor Palazzo, que tivo a amabilidade de le-lo texto do relatorio do seu colega, sendo moderado polo profesor Luna Serrano.

O punto inicial da exposición tratou dos actos fundamentais no nacemento das fundacións: o acto de fundación e o acto de dotación patri-

monial. Historicamente, a doutrina e a xurisprudencia europeas distinguiron ámbolos actos. O acto de fundación era considerado como un acto de carácter persoal, dirixido á constitución do ente e que comprendía a finalidade e os estatutos deste. O acto de dotación, pola súa parte, considerábase de carácter patrimonial: a través del, o fundador asignábase ó ente un determinado patrimonio para realiza-los seus fins estatutarios.

Na doutrina alemana de finais do século XVIII realizáronse importantes avances dogmáticos sobre esta distinción, catalogándose o acto de fundación coma un acto de creación, de autonomía, de declaración unilateral que facía nace-lo ente; mentres o acto de dotación identificábase cunha doazón unilateral ou, polo menos, cun acto de liberalidade.

A principios do século XX, Francesco Ferrara sénior discrepaba desas teses na súa obra sobre as persoas xurídicas. Na súa opinión, o fundador non era o creador da fundación, pois esta non adquiría personalidade xurídica ata despois do recoñecemento da súa constitución por parte do Estado, subliñando ademais que o acto de fundación era un acto volitivo, unilateral, por si mesmo perfecto e orientado a instituír un ente que logo podía ou non chegar a adquirir personalidade xurídica. Respecto ó acto de dotación, Ferrara destacaba a súa natureza patrimonial e o seu carácter accesorio, negándolle a consideración de acto de doazón: o acto dotacional non era senón un «negocio de destinación» (*negozio di destinazione*) dun patrimonio, é dicir, un acto unilateral de disposición de bens a favor dun novo ente.

Na actualidade prevalece, tanto na doutrina coma na xurisprudencia, a tese da conexión entre o acto de fundación e o de dotación, e con ela a idea de que para o nacemento da fundación é tan necesaria a súa dotación patrimonial coma o acto mesmo de constitución.

O segundo punto da exposición abordou o tema da suficiencia do patrimonio inicial da fundación para levar a cabo os seus obxectivos. Conforme o dereito civil italiano, o patrimonio é un requisito indispensable para permitirlle á fundación perseguir-los seus fins.

O xuízo de suficiencia do patrimonio, que lle compete ó Consello de Estado italiano, revélase esencial para decidi-lo recoñecemento da personalidade xurídica da fundación: se é positivo, o ente adquirirá esta personalidade, pero se é negativo, non chegará a obtela. En opinión de Francesco Galgano, a existencia dun patrimonio inicial *per se* suficiente para a consecución dos fins fundacionais é o criterio principal para concederlle á fundación o seu recoñecemento como persoa xurídica.

Por outra parte, a doutrina do Consello de Estado é constante á hora de esixir, para os efectos de tal recoñecemento, unha base patrimonial sólida e duradeira, co fin de dota-la fundación e asegura-la súa operatividade, con independencia das eventuais contribucións estatais e dou-

tros financiadores. A existencia dunha base patrimonial adecuada para comeza-las actividades fundacionais permítelle á autoridade administrativa competente emitir unha valoración satisfactoria de cara á concesión do citado recoñecemento.

Por outro lado, a inmovilización e o vínculo de destino dos bens son xustificadas pola persecución de fins de interese xeral para os que se constitúe a fundación.

O Consello de Estado afirmou, na súa Decisión do 7 de xuño de 1995, que a valoración da suficiencia patrimonial debe referirse á dotación existente no momento do recoñecemento e non á posibilidade de achegas futuras, porque o acto de atribución da personalidade xurídica, pola inmediatez dos seus efectos, basearase en elementos certos e actuais. Así, a insuficiencia do patrimonio é unha das causas de extinción e de transformación das fundacións, tal e como prevé de forma expresa o artigo 28 do Código civil italiano. Noutra decisión, esta do 3 de febreiro de 1996, o Consello de Estado estimou que a insuficiencia do patrimonio non fai nulo o acto fundacional do ente, senón «só imposible a realización do negocio de fundación».

Pola súa parte, o Tribunal de Contas da República Italiana precisou, na súa Resolución do 13 de outubro de 1993, que a correspondencia entre patrimonio e fin debe fundamentarse na comparación entre a potencial entidade do rédito ordinariamente retraíble do capital e os custos presumibles da actividade ordinaria destinada para o fin.

No terceiro punto do relatorio do profesor Comporti examinouse o fin da fundación. Este constitúe o elemento finalístico do ente e está estreitamente ligado ó elemento patrimonial, ó que marca o seu destino. O fin debe ser lícito, non individualizable, duradeiro e determinado. Correspóndelle á autoridade administrativa valorar directamente a presenza destes trazos preceptivos no momento de decidir acerca da concesión da personalidade xurídica.

Repítese constantemente na doutrina a idea de que a finalidade da fundación debe ser «de utilidade pública». Para Comporti, esta afirmación resulta un tanto excesiva, pois os fins públicos ou de interese público son necesariamente perseguidos por entes públicos, mentres que as persoas xurídico-privadas poden perseguir tamén a consecución de intereses lícitos e merecedores de tutela, que en puridade non cabe cualificar de utilidade pública. A este respecto sinalou Rescigno que a utilidade colectiva, que é a noción a que se reconduce o carácter non individualizable do fin, non significa forzosamente o ben da xeneralidade: ó seu xuízo, a satisfacción de intereses colectivos, pero particulares é perfectamente compatible coa estrutura e a finalidade das fundacións.

En conexión con este tema, insistiuse na distinción entre os fins económicos e egoístas, típicos das sociedades mercantís, e os fins non

económicos, altruístas ou ideais das asociacións e fundacións. En opinión de Comporti, parece innecesario que os fins da persoa xurídica privada sexan «de utilidade pública», mentres sexa fundamental a característica económica destes. A definición máis difundida das asociacións e fundacións é aquela que as conceptúa como entidades sen finalidade económica ou *non profit*, fronte ás sociedades (especialmente, as mercantís), que exercitan unha actividade económica ó obxecto de obter e repartir beneficios.

Por outra parte, convén diferenciarlo fin perseguido polos membros do ente da actividade instrumental para logralo propio fin. A finalidade é unitaria e supraindividual: o fundador intenta perseguila a través de entes non lucrativos dotados dun patrimonio idóneo para alcanzala, que desenvolven unha actividade especificamente destinada á súa consecución.

Fronte ó criterio negativo dos entes *non profit*, o lexislador italiano (a través do Decreto lexislativo 460/1997, xa citado) estableceu un criterio positivo para concederlles vantaxes fiscais ás organizacións non lucrativas de utilidade social, cualificadas así polo sector de actividade que desenvolvan, por perseguir fins de utilidade social ou por rexer nelas a prohibición de distribuí-los seus beneficios entre os socios.

Tal e como se indicou, a doutrina e a xurisprudencia sacan á luz a nota da adecuación do patrimonio ó fin fundacional, como nexo funcional entre as dúas nocións de «patrimonio» e de «fin», que constitúe un requisito particular para o recoñecemento da personalidade xurídica.

Outros autores, en cambio, negaron que se poida encontrar na normativa de asociacións e fundacións unha específica cualificación do nexo funcional patrimonio-fin. Pero con apoio nas normas do Código civil e nos principios xerais sobre fundacións, cabe afirmar que: 1º) o patrimonio é un requisito esencial da fundación; e 2º) a entidade do patrimonio mídese polos recursos necesarios para a consecución do fin. Deste modo, reafírmase a opinión tradicional acerca da necesaria relación entre fin e patrimonio, que lles imprime ós bens fundacionais un vínculo especial e duradeiro de destino para a persecución dunha finalidade merecedora de protección por parte do ordenamento xurídico.

O último punto da exposición ocupouse da transformación e da extinción das fundacións, así como da devolución do patrimonio fundacional. En virtude do artigo 28 do Código civil italiano, cando o patrimonio se fai insuficiente, a autoridade gobernativa, antes de declarala extinción da fundación, pode ordenala súa transformación, apartándose o menos posible da vontade do fundador. Neste caso, trátase dunha transformación imposta pola autoridade administrativa, cando o fin estea esgotado, sexa imposible de realizar ou de escasa utilidade, ou cando o patrimonio resulte insuficiente para conseguilo.

A pesar das críticas que recibiu a reforma lexislativa dos entes asistenciais e benéficos, parece perfectamente admisible que o lexislador poida regular por lei ordinaria a modificación e reestructuración estatutaria e organizativa dos entes en xeral e en particular daqueles predispostos á asistencia hospitalaria ou á actividade de asistencia e beneficencia.

Por outro lado, o artigo 16.2º do mencionado código sinala que a acta de constitución e o estatuto de toda persoa xurídica poden conter normas relativas á extinción do ente e á devolución do patrimonio, que deberán ser aprobadas pola autoridade administrativa competente. Verificada a extinción do ente, os bens resultantes da súa liquidación serán devoltos de conformidade co establecido na acta de constitución ou no estatuto.

Son válidas, pois, as causas de extinción e as cláusulas de devolución previstas na acta de constitución e nos estatutos regularmente aprobados. En especial, debe recoñecerse a validez da específica cláusula de extinción e de devolución para as hipóteses de transformacións impostas á normativa interna do ente pola Administración pública.

Esta validez pode apoiarse no mencionado artigo 28 do Código civil, cun primeiro apartado que prevé a posibilidade de que a autoridade administrativa poida, en casos particulares e taxados, ordena-la transformación das fundacións, o que supón unha derogación do principio de inmutabilidade que consagra o artigo 26 do mesmo código. O apartado segundo do propio artigo 28 engade que a transformación non será admisible cando os feitos que lle deron lugar sexan considerados como causa de extinción da persoa xurídica e de devolución dos bens a terceiras persoas.

O precepto exposto confirma a validez xurídica tanto da cláusula de extinción de ente, coma daqueloutra que establece a devolución dos bens en caso de transformación imposta pola autoridade administrativa, sendo admitidas pola doutrina italiana.

Con todo, presenta o problema da operatividade de tales cláusulas cando chocan coas leis reformadoras da lexislación sobre entes asistenciais e benéficos. Pensemos na Lei 833/1978, do 23 de decembro, que lles transferiu ós municipios os bens mobles e inmobles dos entes hospitalarios do seu territorio, vinculando o seu destino á unidade sanitaria local, sen ter en conta as eventuais cláusulas de devolución do patrimonio dos estatutos e sen preve-la indemnización dos fundadores pola perda dese patrimonio. Mediante Decisión do 27 de xaneiro de 1993, o Consello de Estado declarou que esta lei comporta a imposibilidade de que tales entes poidan facer vale-las súas cláusulas estatutarias de devolución.

Tamén recoñeceu o carácter non indemnizable da transferencia do patrimonio dun ente público a outro, conforme a doutrina do Tribunal

Constitucional italiano na súa Sentencia 68/1959, que estimou a lexitimidade constitucional da lei que dispoña a transferencia a un ente público dun ben patrimonial doutro ente da mesma natureza, sen indemnización, pois tal lei non ordenaría unha expropiación, senón unicamente o cambio de destino dese ben. Partindo desta xurisprudencia rexeitouse a indemnización ó fundador pola perda do patrimonio que dotara a fundación e que, de acordo coa cláusula de devolución, debía retornar ó mesmo fundador inmediatamente despois da transformación do ente.

Todas estas vicisitudes evidencian a multitude de limitacións existentes sobre a validez xurídica das cláusulas de devolución patrimonial ante a vontade oposta do lexislador, desexoso de apropiarse dos bens celosamente custodiados no tempo por fundacións ricas dun glorioso pasado e de fama antiga xustamente adquirida ó longo dos séculos.

5. Baixo o título «A propósito da reversión do patrimonio fundacional á familia do fundador», D. Carlos J. Maluquer de Motes Bernet, catedrático de dereito civil da Universidade de Barcelona, impartiu a segunda exposición da mañá, actuando nela como moderador D. Pablo Figueroa Dorrego, secretario xeral da Consellería de Presidencia e Administración Pública da Xunta de Galicia.

O relator comezou a súa disertación expoñendo varios interrogantes: ¿as cláusulas fundacionais poden establecer que os bens resultantes da liquidación se destinen a fins que non son de interese xeral?, ¿poden revertelos bens no patrimonio do fundador ou no dos seus herdeiros ou familiares?, ¿é posible a reversión do patrimonio fundacional en caso de que a fundación fora creada por unha sociedade mercantil ou doutra natureza?

Para lles dar resposta a estas cuestións, o profesor Maluquer recorreu ó exame de dous preceptos legais: o artigo 31, apartados 2 e 3 da Lei estatal de fundacións, anteriormente transcrito nesta crónica; e o artigo 24 da Lei 7/1983, do 22 de xuño, do réxime das fundacións de interese galego, segundo o que «a extinción dunha fundación... procederá polas causas previstas na carta fundacional e nos supostos establecidos no artigo 39 do Código civil, dándolles ós bens e dereitos o destino predeterminado nestas disposicións».

Prima facie, ámbolos preceptos parécenlle ofrecer solucións distintas ó problema suscitado. Dun lado, a lei estatal semella excluí-la posibilidade de establecer cláusulas de reversión a favor do fundador ou, se se prefire, a favor de intereses particulares; mentres, por outra parte, a lei galega parece postular todo o contrario, é dicir, a admisión deste tipo de cláusulas.

No ámbito da Lei 30/1994, o fundador posúe unha liberdade limitada para constituí-la fundación. Os bens fundacionais nunca poderán

ser destinados a fins que non sexan de interese xeral. A vontade do fundador só poderá indicar a qué entidades de interese xeral vai dirixi-lo remanente patrimonial que resulte da liquidación do ente fundacional, pero o referido artigo 31 exclúe claramente a cláusula de reversión a favor de intereses de carácter privado.

A existencia de cláusulas de reversión na acta fundacional ou nos estatutos non invalida a propia institución, como se deduce da propia lei estatal (*vid.*, en concreto, os seus artigos 2.3 e 9.2).

A limitación exposta aplícase igualmente cando o negocio fundacional ou os estatutos non estableceran nada ó respecto e lle corresponda ó Padroado especifica-lo destino final dos bens liquidados: en ningún caso, este órgano poderá preverlle o retorno de tales bens ó patrimonio do fundador e de modo obrigado terá que destinalos a fundacións ou a outros entes privados sen ánimo de lucro que persigan fins de interese xeral. En caso de que o Padroado non estea facultado para lles dar un destino a eses bens, corresponderalle esta misión ó Protectorado, que lles aplicará o criterio de fins análogos ós da fundación extinguida para determina-las entidades receptoras destes bens.

Tampouco será admisible a reversión mediante unha peculiar interpretación do concepto de fundación que recolle o artigo 1 da lei, en que se incida especialmente na afectación «de modo duradeiro» do patrimonio fundacional á satisfacción de fins de interese xeral. Desde un importante sector da nosa doutrina véñse afirmando que o lexislador español de 1994 inspirouse na Lei francesa do mecenado de 1987, en que o artigo 18 definía a fundación como «o acto polo que unha ou varias persoas físicas ou xurídicas, deciden a afectación irrevogable de bens, dereitos ou ingresos a unha obra de interese xeral non lucrativo». Para os partidarios deste sector, o lexislador español substituíu deliberadamente o adxectivo «irrevogable» polo adxectivo «duradeiro», que posúe un significado diferente: leva a idea de temporalidade, dun proceso acabable no tempo, pero non irreversible, o que lles serviu para admiti-la reversión.

En canto á Lei galega de fundacións, o seu artigo 24 parece eludi-la problemática presentada, remitíndose ó artigo 39 do Código civil, cun texto que di o seguinte: «Se por ter expirado o prazo durante o cal funcionaban legalmente, ou por ter realizado o fin para o que se constituíron, ou por ser xa imposible aplicarlle a este a actividade e os medios de que dispuñan, deixasen de funciona-las corporacións, asociacións e fundacións, daráselles ós seus bens a aplicación que as leis, ou os estatutos, ou as cláusulas fundacionais, lles asignaran nesta previsión (...)».

Para o profesor Maluquer, este precepto do noso Código civil non lle dá prioridade ó criterio voluntarista (os estatutos e as cláusulas fundacionais), senón ó legalista (as leis). Estamos ante bens dunha persoa xurídica de interese xeral, polo que non cabe a aplicación das normas deste

código que se refiren ás reversións patrimoniais das doazóns *inter vivos* ou *mortis causa* (artigo 641), ós chamamentos sucesorios a termo ou condición resolutoria (artigo 790), ás substitucións fideicomisarias (artigo 781) ou á imposición de cargas ou gravames (artigos 788 e 797). Cando o artigo 39 fala de «as leis» está pensando en normas xurídicas de carácter unitario e de aplicación a institucións ou persoas xurídicas, e non a particulares.

Ademais, non convén esquecer a personalidade xurídica do patrimonio fundacional, nin a súa íntima relación co interese xeral. A idea de personificación, que nitidamente se percibe nos artigos 35 e 39 do noso Código de 1889 e que hai décadas expresou de modo sinxelo, pero maístral o profesor Garrigues ó conceptua-la fundación como «un patrimonio con personalidade xurídica», resulta de gran transcendencia aquí, xa que se se personifican os bens fundacionais é porque a fundación persegue fins de interese xeral.

Ó falar de «as leis», o artigo 39 non se está a referir á Lei 30/1994, senón á Lei xeral de beneficencia do 20 de xuño de 1849, que foi derrogada, xunto co seu Regulamento do 20 de maio de 1852, pola citada lei de fundacións de 1994. A lei decimonónica de beneficencia, que non propugnaba a apuntada idea da personificación do patrimonio fundacional (que é obra do Código civil), buscaba darlles ós bens das fundacións ou establecementos de beneficencia un destino de interese xeral trala extinción de tales entes, non lles permitindo a reversión dos bens ó patrimonio do fundador/benefactor, nin ó dos seus sucesores.

Neste sentido, resulta especialmente significativo o seu artigo 16, mercé ó que «a supresión de calquera establecemento de beneficencia, público ou particular, supón sempre a incorporación dos seus bens, rendas e dereitos noutro establecemento de beneficencia». Con esta medida pretendíase erradicar unha práctica moi frecuente naquela época, consistente en introducir cláusulas nos estatutos daquelas institucións, que lle ordenaban o retorno dos bens ó patrimonio dos parentes do fundador cando tales institucións se extinguían: estas cláusulas contribuían á desaparición dos establecementos benéficos e do labor de interese xeral que desenvolvían.

Á vista de todo o exposto, o relator afirmou que a Lei galega de fundacións tampouco tolera a cláusula de reversión, polo que os bens das fundacións de interese galego que resulten liquidadas e extinguidas, deberán destinarse, en calquera caso, a finalidades de interese xeral.

Por outra parte, a tese contraria ás cláusulas de reversión non é desvirtuada pola nosa actual Constitución de 1978. Antes ó contrario, nela encóntanse sólidos argumentos para ratificala. Nesta liña, o profesor Maluquer destacou a vinculación do dereito de fundación do artigo 34 co dereito de propiedade do artigo 33. Este último dereito constitucio-

nal non é absoluto, senón que o seu contido vén delimitado pola función social que realiza e sempre de acordo coas leis.

Na súa opinión, o dereito a fundar supón o recoñecemento á liberdade de exercicio dun dereito de propiedade (o do fundador que destina os seus bens á realización de actividades de interese xeral) e ten, por isto, un límite insalvable na función social deste dereito, cun alcance que está determinado legalmente. As fundacións levan a cabo esta función social do dereito de fundar, o que impide a validez xurídica das cláusulas de reversión polas que os seus bens deixan de ocuparse desta función, incumprindo, deste modo, os fins fundacionais de interese xeral.

|| Trala exposición do profesor Maluquer de Motes Bernet, procedeuse á lectura dunha comunicación oral que se titulaba «Las fundaciones: neutralidad de sus fines», a cargo da súa autora, D^a. Antonia Nieto Alonso, profesora titular de dereito civil da Universidade de Santiago de Compostela.

|| D. Enrique Rebés Solé, profesor de dereito administrativo e presidente da Comisión Xurídica Asesora da Generalitat de Cataluña, pechou o ciclo de relatorios falando de «A actividade de fomento e control do protectorado da fundación en relación cos seus aspectos económicos». Actuou como moderador D. José Antonio García Caridad, presidente do Consello Consultivo de Galicia.

A modo de introducción, o relator resaltou a grande evolución e expansión experimentada polas fundacións en España durante os últimos anos, pero sobre todo incidiu no contido do dereito constitucional de fundación. A nosa actual Constitución de 1978 consagrou, no seu artigo 34, o dereito subxectivo a fundar, que –na súa opinión– é un dereito fundamental, a pesar de non contar cun desenvolvemento lexislativo mediante lei orgánica. Trátase dun dereito subalterno dos fins de interese xeral: non é autónomo, senón que se encontra condicionado e subordinado ó referido interese xeral, o que xustifica a actuación administrativa sobre a actividade dos entes fundacionais, a cal, ó seu xuízo, debe ter un carácter máis preventivo ca intervencionista. Por outro lado, o dereito de fundación non pode considerarse coma un dereito absoluto, pois está sometido ás limitacións previstas no propio texto constitucional. Dun lado, debe suxeitarse a un límite positivo, a persecución de fins de interese xeral (artigo 34.1); e do outro, a unha limitación negativa, como é o feito de que ninguén poderá disolver, nin suspende-las actividades das fundacións, salvo mediante resolución xudicial motivada (artigo 22.4, por remisión do artigo 34.2).

O cambio sufrido polo mundo fundacional, en que o aspecto económico-organizativo prima agora sobre o aspecto patrimonial, serviulle de punto de partida ó profesor Rebés Solé para ocuparse do Protectorado.

Na actualidade, esta figura orgánica xira arredor da idea de protexe-la esencia da fundación, que nestes momentos descansa sobre a súa finalidade de interese xeral e non sobre o seu patrimonio. Consecuentemente, o importante xa non é tanto vixia-la correcta administración dos bens fundacionais por parte dos patróns, canto vixia-lo cumprimento dos fins da fundación, da vontade do fundador e, en definitiva, dos intereses xerais que a entidade fundacional trata de satisfacer.

A actividade do Protectorado sobre a fundación é unha actividade permanente de carácter administrativo, que é regulada pola Lei 30/1994 no ámbito estatal e polas correspondentes leis de fundacións no ámbito das comunidades autónomas. Fronte á lexislación anterior, a vixente lei estatal de fundacións propugna un intervencionismo administrativo atenuado sobre a actividade fundacional.

En canto ás leis autonómicas, posúen entre elas un contido moi similar nesta materia, pese a existiren peculiaridades respecto das facultades de control do Protectorado. Un caso especial constitúeo a lexislación navarra, que non dota o Protectorado de funcións de control e admite a creación de fundacións sen autorización administrativa. O control público en Navarra redúcese simplemente a unha lexitimación do Ministerio Fiscal para actuar ó respecto, o que supón un sistema de control moi razoable, en opinión do relator.

Na normativa estatal, o intervencionismo público chega a ser moi intenso (aínda que, como se indicou, máis atenuado respecto da lexislación precedente), requiríndose a autorización administrativa para unha serie de actos de transcendencia económica para as fundacións: entre eles, destacou a alleación e o gravame de bens dotacionais, a repudiación de doazóns, herdanzas e legados, así como as transaccións ou compromisos de realizalas en que mediara arbitraje. Tamén hai actos que esixen a verificación administrativa: por exemplo, a ratificación do acordo do Padroado de extingui-la fundación ou o control do proceso de liquidación.

No que atinxe ás normas de ámbito autonómico, as leis canaria e vasca, así como a nova lei catalana posúen un grao de intervencionismo menor có da lei estatal de 1994; pola contra, a lei galega resulta máis esixente cás anteriores, circunstancia que a aproxima á lei estatal.

Rebés fixo especial fincapé nas particularidades a respecto da lei galega, expoñendo os tipos de autorización administrativa que regula e as funcións do control e fiscalización «de alta intensidade» que lle encomenda ó Protectorado. Igualmente, aludiu de maneira sucinta ás funcións de fomento e promoción deste órgano e á súa presenza nas lexislacións estatal e autonómicas.

O relator concluíu a súa charla sinalando que o Protectorado constitúe nos nosos días un órgano administrativo especializado que desen-

volve un importante labor administrativo de control e fomento sobre as fundacións, e que está evolucionando profunda e progresivamente a través de novas fórmulas de actuación menos intervencionistas e máis preventivas.

A continuación interveu o Sr. García Caridad para resalta-la enorme carga «positivista» dos relatorios pronunciados e a problemática que sempre acompañou o tema das fundacións desde un punto de vista práctico, por tocar de cerca a propiedade.

12 Despois, foron expostas as dúas últimas comunicacións das xornadas:

■ «Neoliberalismo brasileiro: das fundações privadas às organizações sociais», a cargo de D. Júlio César Barreto Rocha.

■ E «Breves consideraciones acerca de la posibilidad del embargo de los bienes de las fundaciones por la Hacienda Pública», de D. Daniel I. Ripley Soria, que foi resumida oralmente polo profesor Luna Serrano.

13 No acto de clausura, o director das xornadas tivo palabras de agradecemento para o público asistente pola atención prestada, así como para a EGAP polo seu excelente labor organizativo. Non quixo terminar sen poñer de manifesto cómo o dereito de fundacións está evolucionando ó son da realidade social, sendo as autoridades lexislativas cada vez máis sensibles ós cambios que se producen nela. Por último, o director da EGAP deulle as grazas ó público pola súa asistencia masiva e continuada ó seminario, ó tempo que destacou a relevancia actual da fundación non só por constituí-la mellor forma xurídica para as entidades non lucrativas, senón tamén por ser unha mostra evidente da vitalidade da nosa sociedade civil contemporánea. ■