

## **Les finalitats de les fundacions: els seus tipus i les regles sobre el seu compliment i modificació**

**Josep Ferrer i Riba**

**Professor Titular de Dret Civil**

**Universitat Pompeu Fabra**

**SUMARI.** I. Introducció: el canvi de model fundacional i els seus reptes normatius. 1. El model clàssic i la seva dogmàtica. 2. El model contemporani: un model multifuncional i tipològicament heterogeni. II. Les finalitats fundacionals i el seu compliment. 1. Les finalitats fundacionals com a finalitats d'interès general. Finalitats d'interès general i activitats empresarials. 2. El compliment de les finalitats fundacionals: les regles que en garanteixen l'efectivitat. a) El deure de destinar part de les rendes a realitzar les finalitats fundacionals. b) La supervisió del compliment de les finalitats pel protectorat. c) La responsabilitat dels patrons per l'incompliment. III. La modificació de les finalitats fundacionals. 1. El respecte a la voluntat fundacional i l'aprofitament eficient dels recursos. 2. Legitimació per a promoure la modificació estatutària i control del seu abast. IV. Conclusions.

### **I. Introducció: el canvi de model fundacional i els seus reptes normatius**

#### **1. El model clàssic i la seva dogmàtica**

El tipus de fundació que regula la [Llei 1/1982](#) (LFP) és una **fundació de dotació**, constituïda per un o més fundadors que destinen un patrimoni a la realització de finalitats d'interès general i n'encarreguen el compliment a un patronat -un òrgan de representació i administració subjecte a supervisió pública. La fundació de dotació és el prototipus d'un model fundacional que podem considerar clàssic, la dogmàtica del qual, elaborada durant el segle XIX i rebuda a la majoria dels ordenaments europeus continentals, es caracteritza per l'atribució de **personalitat jurídica** a la fundació; l'**afectació del patrimoni fundacional** al compliment de les finalitats, de manera que hi siguin aplicats els propis béns *in natura* o els seus rendiments; l'encàrrec de la gestió i destinació patrimonial a un **organisme heterònom**, compost per patrons encarregats d'executar fidelment la voluntat del fundador; i un **control extern de l'activitat de l'òrgan de govern**, normalment mitjançant la rendició de comptes a l'autoritat administrativa. La recepció legislativa d'aquest motlle dogmàtic en els ordenaments europeus és bastant generalitzada, però es produeix de manera mitigada, degut al recel respecte d'una dimensió de l'autonomia privada que posa traves al tràfic patrimonial i que discuteix a l'Estat el monopoli del perseguiment dels interessos generals.

La LFP és expressió d'aquesta dogmàtica clàssica (cfr. arts. 1, 2, 4, 11, 15 LFP), però en un estadi més evolucionat. Les seves normes reflecteixen un model d'Estat diferent: en l'Estat social s'admet com un valor positiu la participació privada en la promoció de l'interès general i això es tradueix en el reconeixement del dret a fundar i, consegüentment, en un **sistema de constitució de fundacions més liberal** (cfr. arts. 1, 6.1 i 10.2 LFP). La LFP també denota, d'una altra banda, la transformació de les relacions econòmiques i de la composició de la riquesa: la fundació segueix formada per un patrimoni afectat, però que pot ser objecte de **polítiques actives d'inversió**; així, passa a gaudir de capacitat d'obrar plena i els seus béns poden ser alienats i subrogats per altres, a fi de mantenir la productivitat del patrimoni (cfr. arts. 4 i 12.1 b LFP). En correspondència amb aquesta llibertat en el perseguiment de les finalitats fundacionals i l'augment de la discrecionalitat en l'administració patrimonial, el **control públic esdevé més intens** (cfr. art. 15.2 LFP), i s'estableix també inequívocament el principi de responsabilitat dels patrons per incompliment dels seus deures (art. 12 LFP). Tot i aquests elements innovadors, la Llei segueix prenent per base el tipus clàssic de fundació de dotació i l'estructura organitzativa tradicional -un patronat com a òrgan executor d'una voluntat externa i sotmès quasi exclusivament a un control també extern-.

#### **2. El model contemporani: un model multifuncional i tipològicament heterogeni.**

És qüestionable que la normativa vigent, pensada per al tipus de fundació que hem descrit, reflecteixi plenament la pràctica fundacional contemporània. Al costat de les fundacions tradicionals, amb afectació d'un fons patrimonial al compliment perpetu de finalitats benèfiques, se n'hi troben d'altres que es constitueixen i actuen amb una racionalitat substancialment diferent:

**- Fundacions finançades amb el producte d'activitats mercantils.** Hi ha entitats fundacionals que intervenen en alguns sectors de l'activitat econòmica (sanitat, educació, cultura, assistència social) produint béns i subministrant serveis al públic amb criteris de mercat. En aquests casos, la fundació deixa de complir funcions de

pura redistribució de riquesa i esdevé un agent econòmic, explotant els seus recursos de forma empresarial. Conjuntament amb altres tipus d'organitzacions (associacions, cooperatives, societats mútues), aquestes fundacions integren el sector econòmic de les "entitats no lucratives", un sector d'importància creixent en el si de les societats d'economia mixta.

**- Fundacions finançades amb aportacions públiques.** Una gran part de les fundacions reben un finançament implícit dels organismes públics per mitjà de beneficis tributaris, però, a més, un nombre important d'entitats és explícitament finançat -a vegades de manera determinant- amb subvencions i amb concerts amb les Administracions per a la prestació de serveis públics (*contracting-out*). La [Llei 30/1994](#) va un pas més lluny i dóna carta de naturalesa, en l'ordenament espanyol, a la fundació constituïda per una o més Administracions a fi de gestionar un servei públic per mitjà d'una organització fundacional (les denominades "fundacions públiques": art. 6.1 de la Llei 30/1994).

**- Fundacions finançades amb aportacions de mecenatge empresarial.** La forma fundacional pot ser també utilitzada per a activitats de mecenatge a les quals es vulgui dotar d'una certa perdurabilitat. Tractant-se de mecenatge empresarial, el fundador opta moltes vegades, almenys en la pràctica fundacional de països del nostre entorn, per fer aportacions periodificades i successives dels recursos econòmics en lloc de recolzar el finançament de les activitats de mecenatge en els rendiments d'un fons de dotació.

En aquests fenòmens es percep de manera clara l'allunyament del model fundacional clàssic; si bé es mouen en diferents direccions, en tots ells es manifesta la **pèrdua de centralitat de la dotació** com a font de finançament de les activitats fundacionals. Les fundacions contemporànies es nodreixen sovint, de manera determinant, amb recursos diferents a la inversió de la dotació en actius financers o altres béns fructífers: es financen amb donacions, subvencions o pagaments per serveis prestats, **no per mitjà de l'afectació d'un patrimoni a perpetuïtat**. Aquesta constatació provoca el debat sobre el reajustament normatiu: hom ha de qüestionar-se **si pot seguir-se mantenint un marc normatiu unitari** que gira entorn d'un tipus fundacional que possiblement hagi deixat de ser dominant. El reajustament hauria d'abastar pràcticament tots els temes de la dogmàtica fundacional: la constitució de la fundació (i el requisit de la dotació inicial suficient per a complir les finalitats fundacionals); la funció de la dotació i el seu règim jurídic (afectació; subrogació real; autoritzacions administratives per a disposar-ne); la composició del patronat i la seva posició en l'organisme fundacional; l'estatut jurídic dels patrons; la publicitat de la persona jurídica i de les seves dades econòmiques; la posició jurídica dels beneficiaris; la supervisió de la gestió patrimonial i del "balanç social". Examino, en els pròxims epígrafs, un dels aspectes *a priori* menys controvertits de la teoria fundacional -el de les finalitats fundacionals, el seu compliment i la seva adaptació al canvi sobrevingut de circumstàncies- tenint en compte la diversitat tipològica i funcional de les fundacions actuals i els reptes que això planteja.

## II. Les finalitats fundacionals i el seu compliment

### 1. Les finalitats fundacionals com a finalitats d'interès general. Finalitats d'interès general i activitats empresarials

La persona jurídica fundacional no es defineix pel tipus de finalitats que persegueix (hi ha altres entitats privades que persegueixen fins d'interès general), sinó per la seva estructura organitzativa. La llei, però, estableix una **reserva d'ús de l'estructura fundacional en favor d'entitats que compleixin fins d'interès general** (art. 34 CE, arts. 1 i 5.1 LFP) i subjecta a verificació administrativa l'observança d'aquest requisit. La LFP renuncia a fer una enumeració dels possibles tipus de finalitat (com sí fa, en canvi, la Llei 30/1994: art. 2) i es limita a imposar uns requisits que tenen valor cautelar: la manca d'afany de lucre (arts. 1, 11.5) i el benefici de persones no individualment determinades (art. 5.1).

La consolidació d'un model fundacional en el qual un nombre significatiu de fundacions realitzen activitats empresarials obliga a plantejar-se el sentit de l'exigència del compliment de finalitats d'interès general i un dels seus pressupòsits legals, la manca d'afany de lucre. En el model fundacional clàssic, la prestació de béns o de serveis per les fundacions és gratuïta (p.ex., art. 2 RD de 1899) o es fa a canvi d'una contraprestació que no excedeixi del cost real del servei (p.ex., art. 24.3 RFCP de 1972); s'exclou, així, tant el lucre subjectiu (el repartiment dels guanys) com el lucre objectiu (la generació de lucre en l'activitat de compliment de la finalitat). Aquesta orientació és poc sòlida des del punt de vista econòmic i, en l'actualitat, és normativament rebutjada:

- En el pla normatiu, la LFP admet la realització d'activitats empresarials per les fundacions (cfr., p.ex., art. 4.4), no estableix límits a la percepció d'ingressos i, per tant, no prejutja la naturalesa dels fins fundacionals per raó de l'existència o no de lucre objectiu. La Llei 30/1994, per la seva banda, admet l'obtenció d'ingressos per activitats amb l'única prevenció que no impliqui una limitació injustificada de l'àmbit dels possibles beneficiaris (art. 24).

- Econòmicament, la provisió de béns o serveis per les fundacions **pot complementar la provisió pública** cobrint una demanda que les Administracions públiques no satisfan plenament. Els ens no lucratius són particularment eficients en la provisió de béns públics (béns que es consumeixen col·lectivament), quan la demanda d'aquests és heterogènia i hi ha persones disposades a pagar per a obtenir nivells més alts de provisió d'aquells que el sector públic proporciona (*public goods theory*). La provisió d'aquests béns públics per part d'entitats lucratives no és sempre un substitut perfecte, degut sobretot a la dificultat per a verificar la utilitat marginal de l'aportació individual respecte de la quantitat o qualitat del bé o servei proveïts. D'altra banda, les fundacions **poden complementar i competir amb la provisió privada** duta a terme pels agents econòmics que operen en el mercat amb afany de lucre. Les entitats no lucratives manifesten un avantatge comparatiu respecte de les entitats lucratives en la provisió de béns o serveis amb un component d'informació asimètrica, és a dir, quan el consumidor no pot avaluar suficientment la quantitat o qualitat de la prestació que rep (*contract failure theory*). En aquests supòsits, els consumidors tendeixen a confiar en organitzacions no lucratives, perquè no tenen incentius per aprofitar-se de la seva manca d'informació.

Així, la participació en el mercat d'entitats fundacionals pot tenir una racionalitat econòmica positiva, precisament per raó de la **manca de lucre subjectiu** (la prohibició de distribuir els guanys eventualment obtinguts entre els fundadors o les persones integrants de l'organització) i la confiança que això suscita en els seus clients. Aquest fet abona la conveniència de concentrar el control administratiu d'aquest tipus d'entitats en l'efectiva observança d'aquesta limitació (*non distribution constraint*), més que no pas, com en les fundacions de dotació, en el compliment acurat de la voluntat del fundador. El fet, però, que la dada econòmicament rellevant sigui la manca de lucre, qüestiona l'oportunitat de mantenir el requisit addicional -històricament important però avui dia d'oportunitat discutida- que aquestes entitats hagin de complir necessàriament finalitats d'interès general. Tot i que el tema és doctrinalment polèmic, considerem preferible el criteri tradicional, degut als costos externs que generen les fundacions (supervisió administrativa) i a l'existència de formes jurídiques alternatives per a la promoció no lucrativa de finalitats d'interès particular (associacions, cooperatives). Exigir de les finalitats fundacionals una certa projecció d'interès general -de satisfacció de necessitats col·lectives, valorades per la comunitat com a dignes de promoció- evita, a més, el perill de servir-se de la forma fundacional amb finalitats de pura perpetuació d'una empresa (*Unternehmen an sich*).

## 2. El compliment de les finalitats fundacionals: les regles que en garanteixen l'efectivitat

### a) El deure de destinar part de les rendes a realitzar les finalitats fundacionals

La facultat del patronat de decidir sobre la destinació de les rendes i altres ingressos de les fundacions dóna peu a la **disjuntiva acumulació/distribució**: ha d'equilibrar-se l'interès de la fundació per consolidar el seu status patrimonial mitjançant l'acumulació de part dels excedents obtinguts i l'interès de la col·lectivitat en l'aplicació dels recursos en programes de compliment dels fins fundacionals. No és habitual, en el dret europeu, que el legislador prengui explícitament partit en aquest disjuntiva; la qüestió es deixa a la discrecionalitat del patronat i es corregeixen abusos per mitjà del control administratiu general de la gestió patrimonial. En el dret nord-americà, per contra, respecte de les fundacions de dotació, s'estableix una quota de destinació obligatòria (*pay-out rule*), que impedeix una política de capitalització excessiva i que hom assigni una part massa important del pressupost fundacional al capítol de despeses generals. En aquesta direcció, si bé emprant una fórmula diferent, l'art. 5.2 LFP obliga a destinar a la realització de la finalitat el 80% de les rendes i altres ingressos.

Qüestionar-se la idoneïtat d'una regla d'aquest tipus i l'oportunitat de la concreta fórmula adoptada no té, avui, massa sentit: amb l'entrada en vigor de la Llei 30/1994, el legislador català, en aquest punt, ha perdut pràcticament tot marge de maniobra. L'art. 42.1 b d'aquesta Llei estableix com a requisit per gaudir del règim fiscal previst en la mateixa que la fundació destini almenys el 70% de les rendes netes i altres ingressos a la realització de la finalitat fundacional. És un exemple clar de **prevalença pràctica de les normes tributàries** sobre les substantives: el dret català conserva teòricament la seva autonomia per mantenir, modificar o suprimir la seva regla sobre percentatges de destinació, però en la pràctica les fundacions s'ajustaran a la norma tributària, que es configura, al seu torn, sobre la pauta de l'equivalent norma substantiva de la legislació de l'Estat (art. 25.1 LF).

La norma sobre destinació forçosa de part dels rendiments compleix una funció plausible en les fundacions de dotació i en les finançades amb donatius o amb subvencions, però és de més dubtosa utilitat en les fundacions amb activitat empresarial. En la fundació clàssica d'erogació, l'obtenció i la destinació dels recursos són dues activitats conceptualment i materialment separades, que es desenvolupen en fases successives. Quan una fundació, però, compleix la seva finalitat realitzant una activitat empresarial, la dualitat es difumina: l'activitat que dóna lloc a l'obtenció de recursos és també aquella que serveix per a complir la finalitat fundacional (la producció del bé o prestació del servei és, en ella mateixa, la finalitat); l'eventual obtenció de guanys no és una dada necessàriament rellevant i indicativa -com en les fundacions de dotació- d'una gestió patrimonial satisfactòria. En aquest context, si l'activitat, en ella mateixa, és d'interès general, impedir que els beneficis generats per ella puguin ser capitalitzats en tot o en gran part no té massa sentit. Si es vol assegurar que la fundació no s'extralimita en les despeses d'administració, n'hi hauria prou amb fer-ho per mitjà d'una disposició autònoma.

En les fundacions de dotació, una regla de distribució basada en un percentatge de les rendes pot incentivar inversions en valors poc fructífers, però d'elevada apreciació (p.ex. participacions en societats més propenses a reforçar la seva base patrimonial que no a repartir dividendes). D'aquesta manera, l'entitat procura per la seva fortalesa financera sense vulnerar els preceptes legals, i ho fa en perjudici de l'interès general que ha de complir (al qual destina menys recursos dels que ho faria si seguís una política d'inversió diferent). Per aquesta raó, en la legislació nord-americana es prefereix una *pay-out rule* basada en un percentatge del patrimoni destinat a inversió (actualment, el 5%) i no basada en les rendes. La regla de destinació d'un percentatge sobre ingressos és relativament neutra respecte la política d'inversions de la fundació (si inverteix en actius poc o gens rendibles la regla del 80% és completament innòcua). Per contra, la regla de destinació d'un percentatge sobre el capital estimula la inversió en actius fructífers i penalitza les inversions desencertades. Si la fundació no obté rendes en la quantia necessària per a cobrir el percentatge legal, haurà de consumir part del seu capital. Si per contra aconsegueix guanyar més del que li marca la llei, podrà acumular l'excedent. És un sistema més exigent i no exempt d'inconvenients (pot afavorir l'adopció de riscos excessius, en buscar una alta rendibilitat), però que és efectiu en l'articulació d'una política inversora dinàmica.

## **b) La supervisió del compliment de les finalitats: les modalitats de control**

Al marge de la regla de l'art. 5.2 LFP, la principal garantia que les finalitats es compleixen és la **supervisió administrativa** i la legitimació del protectorat per adoptar mesures de reacció en situacions d'incompliment. Avui per avui, no es discuteix la necessitat d'un control administratiu de les fundacions, justificat per l'interès general de les seves finalitats i la fruïció de considerables recursos públics. El control administratiu té limitacions importants: és un control de legalitat, idoni per a prevenir o corregir actuacions il·legals o situacions de negligència greu, però en cap cas és equivalent al control que pot exercir l'òrgan assembleari sobre l'òrgan d'administració en una persona jurídica corporativa: el protectorat no pot redreçar una política fundacional simplement desencertada o remoure un patronat massa poc dinàmic. Per això, en la doctrina comparada, i tenint en compte la varietat tipològica de les fundacions actuals, s'exploren alternatives a la supervisió administrativa que garanteixin un índex més elevat d'efectivitat en el compliment de les finalitats fundacionals:

- **El control pels fundadors.** Si els fundadors són persones jurídiques (p.ex. fundacions públiques, fundacions constituïdes per grups empresarials), acostumen a mantenir un control estret sobre el compliment de la finalitat fundacional en reservar-se la designació i substitució dels patrons.

- **El control des de la pròpia organització.** En el sistema fundacional alemany és freqüent la presència en les fundacions d'**òrgans de control intern** (*Kuratorium, Verwaltungsrat, Beirat*) que exercitin un control d'oportunitat, supervisin la planificació i gestió econòmica, per mitjà de l'examen dels documents comptables, i avaluin el balanç social de l'entitat. Se'ls pot atribuir funcions consultives o fins i tot decisòries, si bé en aquest darrer cas es perd la necessària independència que l'òrgan de control hauria de tenir respecte dels òrgans de govern i gestió. En una altra direcció, la doctrina nord-americana ha encetat un debat que afecta la definició dels límits de l'estructura fundacional amb la proposta d'introduir en algunes entitats fundacionals **òrgans deliberants o assemblearis**. En els seus inicis, l'anàlisi teòrica de la racionalitat econòmica de les entitats no lucratives ponderava factors relatius a la demanda (qui està interessat en adquirir els seus béns i serveis); recentment, s'hi ha començat a afegir una anàlisi de l'oferta (qui està interessat a subministrar aquests béns i serveis; com sorgeixen les organitzacions que els subministren). Així, es posa de manifest que, en ocasions, la iniciativa és col·lectiva i que els promotors, que aporten recursos i dissenyen l'organització, conserven a través del patronat un cert control sobre els destins de l'entitat. Però més endavant, amb el transcurs del temps, aquest control es dilueix o es perd, per manca d'instruments jurídic-associatius (p.ex. impossibilitat d'atribuir a persones que s'afegeixen al col·lectiu inicial o que col·laboren regularment amb l'entitat la qualitat de soci). La constatació d'aquesta dinàmica ha portat a suggerir la introducció de mecanismes de participació social, amb la finalitat de conservar o millorar la connexió d'aquestes entitats amb el seu substrat social (*stakeholders*). Entre d'altres opcions, s'esmenta la de crear un òrgan assembleari, del qual puguin formar part totes les persones integrants d'un cert grup o categoria (donants, clients, voluntaris). Aquí la dificultat rau precisament a definir les condicions per a l'adquisició i pèrdua de la qualitat de membre d'aquest òrgan, els drets i deures que se'n han de derivar, i les funcions que l'assemblea està cridada a exercir. La presència d'interessos socials en l'organisme fundacional té una especial justificació quan aquest confia substancialment en aportacions del públic per a finançar-se, sigui en forma de donacions, treball voluntari o pagaments per serveis prestats. Aquest darrer supòsit porta a suggerir un tractament específic, en aquest punt, per a la fundació-empresa (en la línia de les legislacions de fundacions dels països nòrdics); a Espanya, la normativa sobre caixes d'estalvi, que contempla un òrgan assembleari amb participació de diversos sectors socials, seria un punt de referència a considerar.

- **El control extern dels destinataris.** Com a alternativa a les tècniques de participació interna, difícilment implementables i d'efectivitat incerta, es proposa el reconeixement de legitimació processal activa als grups socials interessats en la finalitat fundacional i destinataris dels seus beneficis, a fi d'exigir-ne el compliment i, si escau, exercitar l'acció de responsabilitat. Pressupòsit indispensable per a l'efectivitat d'aquest tipus de mesures és la publicitat de la documentació que es presenta al protectorat (cfr. núm. 19 de la Instrucció per a l'organització i

funcionament del Protectorat, D 37/1987).

### c) La responsabilitat dels patrons per incompliment

L'instrument per excel·lència de reacció davant l'incompliment o compliment defectuós de les finalitats fundacionals és, en darrera instància, l'**acció de responsabilitat** (art. 12.2 LFP). El càrrec de patró ha d'entendre's com un ofici de dret privat i es configura com una funció en virtut de la qual els patrons han de fer que es compleixin les finalitats, conservar els béns i mantenir-ne la productivitat, i rendir comptes de la seva gestió econòmica i social (arts. 12 i 13 LFP). D'especial transcendència pràctica és la determinació del cànon de diligència pel qual es mesurarà el compliment de llurs obligacions. La llei catalana remet a la **diligència d'un administrador lleial** (art. 12.1 c). En la definició del contingut del deure de diligència hauria de ser rellevant la distinció entre la fundació de dotació i la fundació-empresa: en el primer cas, ressalta la condició del patró com a fiduciari del fundador; en el segon, preval la idea del patró com a administrador dotat de perícia professional. És útil, per a la distinció entre els dos estàndards, el recurs al dret comparat. La doctrina angloamericana, seguint les pautes de la legislació i la jurisprudència, diferencia el cànon de diligència propi dels fiduciaris (*trustee standard*), aplicable a les fundacions de dotació (generalment, sota forma de *charitable trust*) i el propi dels administradors d'una societat mercantil (*business corporation standard*), aplicable a les fundacions-empresa (*nonprofit corporation*). Ambdós divergeixen tant en l'abast del deure pròpiament dit de diligència (*duty of care*) com del deure de lleialtat (*duty of loyalty*). L'estàndard aplicable als directors d'una corporació no lucrativa -tant si té membres com si no en té- passa per l'anomenada *business judgement rule*, menys rigorós que l'aplicable als *trustees*, respecte dels quals es valora el seu caràcter fiduciari. Respecte del deure de lleialtat, que imposa l'actuació de bona fe i en interès de l'organització, al *trustee* li és prohibit qualsevol acte d'autocontractació, fins i tot si objectivament es pot provar beneficis per a la fundació. Per contra, a l'administrador d'una persona jurídica se li permet autocontractar sempre que demostrï que el negoci és avantatjós per a l'entitat i l'òrgan de govern d'aquesta hagi prestat el seu consentiment a l'operació (cfr., en el marc espanyol, l'art. 26 LF, que aposta per la via, prudent però poc àgil, de requerir la prèvia autorització del protectorat per a qualsevol modalitat d'autocontractació).

## III. La modificació de les finalitats fundacionals

### 1. El respecte a la voluntat fundacional i l'aprofitament eficient dels recursos

L'estructura fundacional típica, constituïda per una organització heterònoma que ha de complir estrictament unes finalitats predeterminades "des de fora", acusa molt el transcurs del temps: les disposicions estatutàries que estableixen els fins fundacionals i la manera de dur-los a terme poden esdevenir desfasades, impracticables o inútils; els criteris per designar els patrons poden resultar inoperants; el patrimoni pot arribar a ser insuficient o inadequat en la seva composició per a complir amb efectivitat les finalitats fundacionals. Un tema essencial de qualsevol ordenament de fundacions és la **definició de les condicions de reacció al canvi sobrevingut de circumstàncies** que hagi de comportar una modificació dels estatuts, l'agregació o fusió de la fundació amb una altra entitat o, en el cas límit, l'extinció de la fundació (cfr. art. 14 LFP). D'entre els tipus de reacció, destaca la modificació estatutària que té per objecte l'alteració de les finalitats o de les regles bàsiques per a l'aplicació dels recursos a les esmentades finalitats (cfr. arts. 9.1 b, d LFP).

La pretensió de modificar les finalitats fundacionals o la manera de complir-les genera una relació de tensió entre dos principis oposats: **el respecte estricte a la voluntat del fundador** (vid. arts. 12.1 a, 15.1 LFP) i l'aspiració de la comunitat a la qual reverteixen els beneficis de la fundació a fer que **els recursos fundacionals siguin esmerçats de manera més eficient**. La llei catalana, en aquest punt, admet la modificació estatutària per raons de necessitat, però també de conveniència -fent així una concessió al principi de major eficiència-, i disposa que es tingui en compte en tot cas la voluntat fundacional: si el fundador va fer previsions sobre el curs a seguir quan calgui afrontar circumstàncies sobrevingudes, la seva decisió, sempre que sigui practicable i ajustada a la nova situació, ha de ser respectada. La deferència a la voluntat del fundador s'estén també a la voluntat hipotètica ("tenint sempre en compte la voluntat fundacional expressao *presumible*").

L'enfocament d'aquesta qüestió també ha de dependre, especialment, del **tipus d'organització patrimonial** de les fundacions. Les **fundacions de dotació**, constituïdes amb vocació de perpetuïtat i autofinançades amb rendiments dels béns afectats pels fundadors, són **d'estatut rígid**: la modificació de les finalitats o de la manera d'assolir-les és pertinent només si les finalitats han esdevingut il·legals, impracticables o d'execució impossible (en línia amb § 87 BGB o amb la doctrina *cy pres* en els *trusts* per a fins benèfics); ha de fer-se ponderant la voluntat del fundador i d'acord amb el principi de proporcionalitat o intervenció mínima. La insuficiència dels recursos econòmics per complir adequadament la finalitat es pot considerar un cas d'impracticabilitat, però no la mera existència d'aplicacions alternatives dels recursos susceptibles de generar un major benefici social: la base fonamental de la filantropia, el respecte a la voluntat del fundador, quedaria seriosament amenaçada si hom hagués de prendre en consideració qüestions d'equitat comparativa o major utilitat social (cfr. el punt de vista, més

relativista, del dret català tradicional: art. 165 CS). Un criteri igualment rigorós ha d'aplicar-se en les fundacions finançades amb donatius del públic o que tenen un suport important de treball voluntari: la necessitat de tutelar la confiança pública, la importància de preservar el "capital ideològic" sovint gestionat per aquest tipus de fundacions aconsellen una especial prudència a l'hora de proposar modificacions de les finalitats fundacionals.

En canvi, les **fundacions amb activitat empresarial**, que depenen bàsicament d'ingressos per serveis prestats, han de disposar de **major flexibilitat** per reaccionar a les circumstàncies canviants del mercat. L'adaptació ràpida de les finalitats fundacionals a les variacions de la demanda pot ser essencial per a la seva subsistència. Una eventual intervenció administrativa hauria de limitar-se, en aquests casos, a verificar *a posteriori* el respecte a la legalitat (cfr., en un sentit aproximat, l'art. 27.4 de la Llei 30/1994, seguint un criteri massa flexible en relació amb el tipus tradicional de fundació). El mateix principi de laxitud en la realització de modificacions estatutàries ha d'aplicar-se respecte de les **organitzacions que es mantenen sota control directe o indirecte dels fundadors**, pel fet de ser administrades per representants de les entitats fundadores (fundacions públiques, fundacions constituïdes per grups empresarials).

## 2. Legitimació per a promoure la modificació estatutària i control del seu abast

En connexió amb la resposta normativa al tema de la procedència d'una modificació estatutària, es suscita també el de la **legitimació per proposar-la i executar-la**. El dret comparat oscil·la entre dues grans alternatives: una sortida heterònoma, consistent a reservar la facultat d'ordenar modificacions a un **organisme públic** (protektorat), com a valedor de l'interès general, i una sortida més deferent amb l'autonomia fundacional, consistent a legitimar el **patronat**, òrgan dipositari de la confiança del fundador, amb un interès manifest en la pervivència de la fundació i que té un coneixement qualificat de la seva situació. La decisió sobre aquesta qüestió està condicionada, en gran mesura, per l'orientació que segueix cada ordenament entorn del problema abans plantejat (*supra* III.1): els ordenaments més escrupulosos en el respecte a la voluntat dels fundadors acostumen a reservar la facultat d'ordenar modificacions, amb caràcter excepcional, als òrgans administratius (p.ex., en el dret italià: art. 28 *Codice Civile*); els ordenaments propensos a facilitar l'adaptació o modificació dels estatuts legitimen habitualment el patronat, sense excloure la intervenció pública -fins i tot a instàncies de tercers interessats- per al cas que la modificació sigui necessària i el patronat resti inactiu. La LFP (art. 14), i posteriorment la Llei 30/1994 (art. 27), es mouen encertadament en aquesta direcció.

Pot discutir-se també l'**abast de la supervisió administrativa de l'acord de modificació** pres pel patronat: en la LFP, l'acord no pot ser executat sense l'aprovació del protektorat (art. 14.1); en la Llei 30/1994, l'acord ha de comunicar-se al Protektorat, el qual només s'hi pot oposar, per raons de legalitat i mitjançant acord motivat, dins del termini legal (art. 27.4). En el dret català, respectant el marc legal de la LFP, sembla recomanable adoptar una solució diferenciada, que pugui ser instrumentada directament per la pràctica administrativa: en les fundacions d'estatut rígid, l'autoritat administrativa no només hauria de verificar la legalitat de la proposta de modificació, sinó també valorar el seu ajust als criteris esmentats (ponderació de la voluntat del fundador; principi de proporcionalitat); en fundacions d'estatut flexible, hauria de ser suficient, en la pràctica, un control de mera legalitat.

## IV. Conclusions

La reserva de la forma fundacional a entitats que persegueixin finalitats d'interès general és plausible i ha de compatibilitzar-se amb la possibilitat, econòmicament racional i actualment ja reconeguda per la llei, que les fundacions puguin dur a terme activitats empresarials. La pluralitat de dinàmiques de finançament de les fundacions i, en especial, l'admissió de la realització d'activitats d'empresa, posa en primer pla la necessitat de formular **un estatut jurídic de les fundacions més diversificat** que l'actual. Les fundacions privades de dotació, constituïdes amb l'afectació de patrimonis privats i finançades amb els rendiments d'aquests, requereixen el manteniment de la normativa vigent sobre protecció de la dotació; la garantia del màxim respecte a la voluntat dels fundadors; el reconeixement d'una àmplia llibertat per part d'aquests en el disseny de l'organització interna i la subjecció dels patrons a estàndards de lleialtat elevats. Les fundacions finançades amb el producte d'activitats empresarials requereixen menys obstacles a l'alienació i gravamen dels seus béns; la introducció de normes de protecció del tràfic (capitalització; publicitat; insolvència); el reconeixement d'una autonomia estatutària més àmplia en favor del patronat; la garantia d'una major presència social en el seu govern o, alternativament, en el seu control i l'aplicació als patrons d'estàndards de diligència professionals.

---