

## **Fundació i empresa en el debat italià sobre la persona jurídica**

**Albert Lamarca i Marquès**

**Becari d'investigació. Àrea de Dret Civil**

**Universitat Pompeu Fabra**

### **1. Una reforma pendent**

És admès que tot i néixer en unes circumstàncies històriques ben concretes, el Codi civil italià del 1942 fou l'obra d'una important generació de privatistes que actuaren al marge de criteris polítics, imposant una alta qualitat tècnica a la seva obra. Tot i això la normativa sobre les persones jurídiques privades patí la influència d'aquell moment polític. Per la seva naturalesa d'ens que permeten l'organització de la societat civil comptaven amb el desfavor del poder polític feixista. El resultat fou la imposició d'un estricte control administratiu sobre aquests ens concretat, entre d'altres, en l'anomenat sistema de concessió administrativa per a l'adquisició de personalitat jurídica i la necessitat d'autorització per a l'adquisició de béns immobles i per a l'acceptació de donacions i herències, encara vigent.

La necessària relectura constitucional del dret privat, del Codi civil, que tant va propugnar la doctrina italiana de la postguerra, no va suposar grans canvis en matèria de fundacions. Si bé la Constitució del 1948 reconegué el dret d'associació, en canvi no féu cap referència a les fundacions, encara sota la sospita de ser un instrument per a l'amortització de béns, la *manomorta*. La seva absència només podia ser suplerta per la referència constitucional al pluralisme i el respecte a les formacions socials.

Aquest conjunt de mancances originaren que ben aviat els sectors socials plantegessin la necessitat de reformar els ens col·lectius del Llibre I del Codi civil, proposant la substitució del sistema de control administratiu per un de judicial. Al seu torn s'inicià en la doctrina, a la segona meitat dels anys seixanta, un debat general sobre la persona jurídica, que encara no s'ha clos atès el manteniment dels articles 12 a 42 del Codi civil tal com van ser redactats el 1942.

Des de llavors s'han succeït diversos intents de reforma d'aquesta normativa, el darrer dels quals és el projecte de reglament de 20 de gener del 1994 del Ministre per a la Funció Pública Sabino Cassese, decaïgut a conseqüència de l'informe desfavorable del Consell d'Estat del 13 d'abril següent i dels avatars de la política italiana. Aquest projecte proposava simplificar, entre d'altres, els esmentats procediments de reconeixement de les persones jurídiques privades, el d'autorització per a l'adquisició de béns immobles i el d'acceptació de donacions i herències, recollint en bona mesura els aspectes fonamentals de les demandes de reforma: la supressió de l'excessiva tutela i discrecionalitat administrativa sobre els ens col·lectius no lucratiu, un dels àmbits menys reeixits del Codi del 1942.

### **2. Fundació i empresa. La neutralitat de les formes jurídiques**

Dins aquest debat la doctrina es planteja la possibilitat que la fundació porti a terme activitats empresarials: l'admissibilitat de l'anomenada fundació-empresa, que suposa que

un dels models o tipus d'ens col·lectius del Llibre I exerciti activitats considerades tradicionalment com a lucratives. Relacionar i admetre la compatibilitat entre persona jurídica fundació i activitat d'empresa suposa plantejar-se la naturalesa i estructura d'aquest model d'institució jurídica i de retruc la del sistema general d'ens col·lectius. Tot i que alguns autors havien pres en consideració el tema de manera aïllada dins el marc d'altres estudis sobre la teoria de l'empresa, l'argument irromp com a tal en la doctrina italiana -sota la influència de l'alemanya- amb les aportacions coetànies de Pietro RESCIGNO (1967), Renzo COSTI (1968) i Francesco GALGANO (1969), que plantegen les qüestions sobre les quals debatrà la doctrina els següents vint anys fins a les recents aportacions jurisprudencials. El *leit-motive* que inicia i presideix aquest debat és l'afirmació de la neutralitat de les formes jurídiques en relació a les activitats que mitjançant elles es porten a terme.

La neutralitat enunciada s'entén com a un contingut més de l'autonomia privada dels particulars, la possibilitat d'elecció entre les diferents formes d'organització que ofereix l'ordenament jurídic a l'hora de portar a terme les pròpies activitats. Estructuralment no hi ha res que impedeixi la relació entre fundació i activitat empresarial. La fundació és un model d'organització col·lectiva, i la neutralitat que se'n predica té només com a límit el servir a una finalitat d'interès general, no prejudicant el tipus d'activitat que es porti a terme per tal d'atènyer-la. En canvi, pel que fa als ens col·lectius societaris del Llibre V l'ànim de lucre sí que opera com a element causal d'acord amb l'art. 2.247 del CC, i el seu objecte o activitat ve estrictament determinat en la seva constitució. Aquest plantejament, defensant la neutralitat de les formes jurídiques, suposa una inversió dels posicionaments tradicionals basats en l'acceptació de la teoria dels tipus jurídics. Segons aquesta doctrina les diverses institucions, en aquest cas les formes d'organització col·lectiva, estan previstes per l'ordenament per tal de respondre a una necessitat específica i concreta, que pel que fa a la fundació seria la de portar a terme activitats sense ànim de lucre tot perseguint o servint finalitats d'interès general o d'utilitat pública.

L'admissió de l'exercici d'activitats empresarials per part d'una fundació, comporta que li sigui aplicat l'estatut jurídic de l'empresari. D'acord amb l'art. 2.082 és empresari "qui exercita professionalment una activitat econòmica organitzada per a la producció o intercanvi de béns o de serveis". Aquesta activitat que en termes econòmics necessita d'un ànim de lucre, jurídicament només cal que sigui abstractament lucrativa, és a dir pot generar lucre, però el subjecte pot perseguir una finalitat diversa, distingint la doctrina entre el que s'anomena ànim de lucre objectiu en relació a l'activitat i ànim de lucre subjectiu en relació a qui l'exercita. L'estatut d'*imprenditore* es refereix, doncs, a l'activitat sense prejudicar la finalitat, de lucre o no, que persegueix el subjecte.

L'exercici de l'activitat empresarial es pot portar a terme de manera exclusiva o principal, com a mitjà per a acomplir el propi fi estatutari, i en aquest cas la doctrina parla de *fundació-empresa*. Quan l'activitat empresarial s'exerceix de manera instrumental o secundària, com a mitjà de finançament ens hem de referir a *empresa defundació*. Aquesta distinció quant a l'exercici de l'activitat empresarial divideix a la doctrina pel que fa a l'aplicació del règim jurídic de l'empresari comercial. Un sector de la doctrina, argumentant que en qualsevol cas cal tutelar la confiança generada en el tràfic, tant si l'activitat empresarial és principal com secundària, considera que no és possible fer cap distinció en el règim jurídic. En canvi un altre sector defensa la no aplicació de l'estatut de l'empresari comercial quan es tracti del model d'empresa de fundació, reservant l'obligació d'inscripció en el registre de les empreses, la de portar llibres de comptabilitat i de sotmetre's als procediments concursals - el *fallimento*- en cas d'insolvència a la fundació que exerciti activitats empresarials de manera principal o exclusiva.