



# El dret internacional privat de fundacions en el procés d'integració europea

Maria Font i Mas

**ADVERTIMENT.** La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX ([www.tesisenxarxa.net](http://www.tesisenxarxa.net)) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

**ADVERTENCIA.** La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR ([www.tesisenred.net](http://www.tesisenred.net)) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

**WARNING.** On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX ([www.tesisenxarxa.net](http://www.tesisenxarxa.net)) service has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized neither its spreading and availability from a site foreign to the TDX service. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service is not authorized (framing). This rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.



# **EL DRET INTERNACIONAL PRIVAT DE FUNDACIONS EN EL PROCÉS D'INTEGRACIÓ EUROPEA**

Tesi doctoral dirigida per la Dra. Alegria Borrás Rodríguez

Maria Font i Mas

2008



## ÍNDIX

Abreviatures.....	11
Introducció .....	15

### **PART I. LA FUNDACIÓ COM A SUBJECTE DE TRÀFIC INTERNACIONAL: PERSPECTIVA JURÍDICA COMPARADA, ECONÒMICA I SOCIAL**

CAPÍTOL I CONTEXT LEGAL, POLÍTIC I HISTÒRIC DE LA FIGURA JURÍDICA DE LA FUNDACIÓ.....	27
1. La naturalesa jurídica de les fundacions: origen jurídic i evolució normativa.....	27
1.1 L'origen: evolució historicopolítica i la repercussió jurídica .....	27
1.1.1 Els precedents en l'Antiguitat fins l'Edat Mitjana.....	27
1.1.2 L'eliminació de les mans mortes i vinculacions: les primeres regulacions en matèria de fundacions .....	30
1.1.3 El procés codificador .....	34
1.1.4 Segle XX: Les grans fundacions.....	37
1.2 Les reformes legislatives sobre fundacions: primera i segona onada.....	39
1.2.1 La necessària adaptació d'una legislació obsoleta.....	40
1.2.2 Es percep la importància econòmica i social de les fundacions?.....	45
1.3 Regulacions flexibles i ininterrompudes <i>versus</i> regulacions restrictives i discontínues .....	52
1.3.1 Les regulacions flexibles o liberals per a la constitució de fundacions.....	52
1.3.2 Les regulacions restrictives.....	58
1.3.3 Les noves regulacions en els països exsoviètics de l'Europa de l'Est i centre Europa .....	63
1.4 Inclusió de la fundació com a dret protegit constitucionalment.....	67
2. Definició jurídica: a la recerca de l'essència de la fundació.....	75
2.1 L'amalgama de concepcions actuals .....	75
2.1.1 Definicions legals.....	76
2.1.2 Altres definicions proposades per institucions públiques europees o institucions privades .....	80
2.1.3 Algunes consideracions: elements essencials de la fundació .....	81

2.2 Existeix una vertadera i única base o estructura de la fundació?.....	84
2.2.1 La fundació com a persona jurídica.....	88
2.2.1.1 Les persones jurídiques: teories generals.....	88
2.2.1.2 La fundació com a persona jurídica.....	92
2.2.2 La fundació sense personalitat jurídica o fundació no autònoma.....	94
2.2.2.1 La fundació com a <i>trust: charitable trust</i> .....	95
2.2.2.2 La cursa per a la recepció del <i>trust</i> en els sistemes europeus de Dret civil.....	100
2.2.2.3 Les afectacions irrevocables d'un patrimoni a finalitats d'interès general i les fundacions sota ègida.....	105
A) Les <i>fondations abritées</i> franceses.....	105
B) Els fons especials de Catalunya.....	106
C) La fundació com a “waqf” o “hubs”.....	112
2.2.3 És realment important la forma que adquireix la fundació o preval la finalitat?.....	115
2.3 Problemes de qualificació respecte l'estructura emprada per la fundació....	
.....	120
2.3.1 Problema de qualificació (I): el <i>charitable trust</i> en un sistema de <i>civil law</i> .....	122
2.3.2 Problema de qualificació (II): la fundació dependent, el <i>waqf</i> ..	130
CAPÍTOL II ELEMENTS JURÍDICS D'UNA FUNDACIÓ EN DRET COMPARAT .....	
1. Característiques de la fundació.....	135
1.1 Els elements essencials de la fundació.....	135
1.1.1 La voluntat del fundador: l'acte fundacional.....	135
1.1.2 La dotació inicial i el patrimoni fundacional.....	145
1.1.3 L'adscripció a un fi: l'interès general.....	149
1.2 El control o supervisió exercit per autoritat pública.....	155
1.2.1 Control previ: acte de constitució per reconeixement públic..	157
1.2.2 Control posterior.....	162
1.2.3 Un nou control sobre les fundacions: lluita contra el terrorisme internacional.....	173
1.3 Altres elements:.....	176
1.3.1 Els estatuts.....	176

1.3.2 El registre .....	178
1.3.3 Els òrgans de decisió de la fundació.....	183
1.3.4 La denominació.....	187
1.3.5 L'extinció de la fundació.....	189
2. Aproximació del tracte fiscal aplicable a les fundacions.....	193
<b>CAPÍTOL III LES FUNDACIONS COM ACTOR SOCIAL I ECONÒMIC: IMPORTÀNCIA <i>IN CRESCENDO</i>.....</b>	
1. El paper de les fundacions en la societat.....	204
1.1 La filantropia de les fundacions .....	204
1.2 La fundació com a integrant del tercer sector .....	206
1.3 Sector <i>non profit</i> o <i>Economie sociale</i> ? .....	208
1.4 Les fundacions: d'ens caritatius a pedra angular de l'Estat del benestar .....	210
2. Tipologia de fundacions.....	215
2.1 L'amalgama de fundacions que coexisteix a Europa.....	215
2.1.1 Segons l'operativitat de les fundacions: operatives, promotores o mixtes.....	216
2.1.2 Segons la finalitat: d'interès general o d'interès particular .....	219
2.1.3 Segons la procedència del capital: fundacions autònomes, fundacions d'empresa, fundacions públiques .....	222
2.2 Classificació unitària i problemes de qualificació (III): reconeixement d'utilitat pública o <i>charitable</i> i les finalitats d'interès privat o familiar.....	231
3. Una nova concepció: la fundació com a operador econòmic.....	238
3.1 L'activitat econòmica de les entitats del tercer sector en general i de les fundacions en particular.....	238
3.2 L'actuació de les fundacions en el mercat .....	240
3.2.1 La professionalització de les fundacions.....	242
3.2.2 L'element organitzatiu.....	243
3.2.3 La fundació com a operador econòmic <i>sui generi</i> .....	245
3.3 Problema de qualificació (IV): absència de lucre <i>versus</i> activitats econòmiques .....	247

## **PART II. LES FUNDACIONS EN DRET INTERNACIONAL PRIVAT**

### **CAPÍTOL I LES NORMES DE DRET INTERNACIONAL PRIVAT I LA 'NACIONALITAT' DE LES FUNDACIONS.....257**

1. L'actuació extraterritorial de les fundacions i les qüestions de Dret internacional privat.....257
  - 1.1 L'actuació extraterritorial de les fundacions.....258
  - 1.2 Les normes de Dret internacional privat sobre fundacions .....261
  - 1.3 Què haurà de resoldre el Dret internacional privat?.....263
2. L'estatut personal de les fundacions i la seva 'nacionalitat'.....267
  - 2.1 La *nacionalitat* de la persona jurídica fundació: nexa polític o jurídic?.....268
  - 2.2 La determinació de la llei aplicable a l'estatut personal de les persones jurídiques .....274
  - 2.3 Trasllat de la seu social i canvi de nacionalitat.....278
  - 2.4 L'exclusió de la nacionalitat de les persones jurídiques en el Dret comunitari europeu: llibertat d'establiment i trasllat de seu social.....282
  - 2.5 Tenen nacionalitat els *charitable trusts*? .....290

### **CAPÍTOL II LA COMPETÈNCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN MATÈRIA DE FUNDACIONS.....292**

1. Competència judicial internacional: Dret autònom i Dret convencional .....292
  - 1.1 Normes domèstiques per determinar la competència judicial internacional en relació a les fundacions: la importància del domicili .....292
  - 1.2 Dret convencional: la introducció de l'autonomia de la voluntat per escollir el fur competent .....297
2. Competència judicial internacional en Dret comunitari europeu .....299
  - 2.1 Fur exclusiu respecte les persones jurídiques i el domicili de la fundació .....301
  - 2.2 Altres furs: el fur general del domicili del demandat, els furs exorbitants, i el fur especial derivat de l'explotació d'establiments secundaris .....305
  - 2.3 La competència judicial internacional del *trust* en el R. 44/2001.....309

### **CAPÍTOL III LA LLEI APLICABLE I EL RECONeixEMENT DE LES FUNDACIONS ESTRANGERES.....313**

1. El conflicte de lleis: la *lex foundationis* .....313
  - 1.1 El DIPr espanyol i la llei aplicable a les fundacions .....316
  - 1.2 El DIPr francès i la llei aplicable a les fundacions .....323
  - 1.3 La llei aplicable a les fundacions en la Llei de DIPr italiana.....326

1.4 La llei aplicable a les fundacions estrangeres en el DIPr holandès .....	331
1.5 Llei aplicable al <i>charitable trust</i> segons el Conveni de La Haia de 1985....	332
2. Reconeixement de les fundacions estrangeres .....	335
2.1 Dret convencional sobre el reconeixement de la personalitat jurídica: intents, fracassos i incidència .....	338
2.1.1 La Conferència de La Haia: <i>Conveni de La Haia d'1 de juny de 1956, relatiu al reconeixement de la personalitat jurídica de les societats, associacions i fundacions estrangeres</i> .....	340
2.1.2 Comunitat Europea: <i>Conveni de Brussel·les de 29 de febrer de 1968, sobre reconeixement mutu de societats i persones jurídiques</i> .....	343
2.1.3 Consell d'Europa: <i>Conveni número 124 referent al reconeixement de la personalitat jurídica de les organitzacions internacionals no governamentals de 24 d'abril de 1986</i> .....	345
2.1.4 Valoracions i incidència del Dret convencional .....	352
2.2 El reconeixement de les fundacions estrangeres i exercici de les seves activitats en un país estranger .....	356
2.2.1 Les fundacions estrangeres en l'ordenament jurídic espanyol .	358
2.2.2 L'ordenament jurídic francès i les fundacions estrangeres <i>post mortem</i> .....	372
2.2.3 Les fundacions estrangeres en l'ordenament jurídic italià.....	379
2.2.4 Les fundacions estrangeres en l'ordenament jurídic holandès .	380
2.2.5 El reconeixement dels <i>charitable trust</i> : el <i>Conveni de La Haia d'1 de juliol de 1985, sobre la llei aplicable al trust i el seu reconeixement</i> .....	383
CAPÍTOL IV SITUACIÓ EN ESTATS PLURILEGISLATIUS: REFERÈNCIA AL DRET INTERREGIONAL ESPANYOL .....	388
1. Els conflictes de lleis de fundacions en Dret interregional espanyol .....	389
1.1 Legislació en matèria de fundacions: competència compartida sobrevinguda.....	393
1.2 L'àmbit d'aplicació de les lleis de fundacions: extraterritorialitat de les normes autonòmiques .....	402
1.3 Normes delimitatives autonòmiques de l'àmbit d'aplicació .....	404
1.4 La determinació de la llei aplicable: l'insuficient art. 9.11 CCEsp.....	413
1.5 Les conseqüències implícites de la plurilegislatió en matèria de fundacions: ' <i>race to the bottom</i> ' a l'autonòmica' .....	415
2. Coexistència de famílies jurídiques i determinació de la llei aplicable: Canadà- Quebec .....	422



2.1 La resolució de conflictes de lleis a Canadà: harmonització, coexistència, coordinació o substitució .....	423
2.2 Conflicte de lleis positius en matèria de fundacions.....	427
3. Algunes consideracions: resolució dels conflictes interns en matèria de fundacions des de la perspectiva del dret comunitari europeu .....	430

### **PART III. LES FUNDACIONS EN DRET COMUNITARI EUROPEU**

CAPÍTOL I LES FUNDACIONS A LA UNIÓ EUROPEA: CONTEXT LEGAL I JURISPRUDENCIAL COMUNITARI .....	439
--	-----

1. L'activitat transnacional de les fundacions en el context comunitari europeu ....	440
1.1 Existeixen les 'fundacions europees'? .....	440
1.2 La cooperació entre fundacions a Europa .....	447
1.3 Les barreres a les activitats transnacionals intracomunitàries de les fundacions .....	452
2. Les fundacions en el mercat interior i les llibertats comunitàries .....	454
2.1 La Comunitat Europea: objectius comunitaris .....	455
2.2 El mercat interior i les 'grans llibertats' comunitàries .....	462
2.3 Les fundacions i les llibertats comunitàries .....	466
2.3.1 La llibertat d'establiment i les fundacions.....	467
2.3.1.1 La qualificació comunitària d'empresa, d'ànim de lucre i activitat econòmica en relació a les fundacions .....	472
2.3.1.2 La qualificació de ' <i>charitable</i> ' segons el TJCE.....	481
2.3.1.3 Reinterpretació de l'art. 48 TCE? .....	486
2.3.2 La llibertat de prestació de serveis aplicable a les fundacions? .....	488
2.3.3 La lliure circulació de capitals aplicable a les fundacions? .....	497
2.4 El cas ' <i>Stauffer</i> ': jurisprudència pionera en matèria de fundacions.....	500
2.5 Consideracions sobre les llibertats comunitàries aplicables a les fundacions .....	508
3. Les exempcions fiscals i donacions filantròpiques transfrontereres en el marc comunitari.....	512
3.1 Plantejament de la situació.....	515
3.2 Compatibilitat amb les llibertats comunitàries.....	517
3.3 Possibles solucions .....	522
3.4 L'alternativa transitòria: xarxes privades de col·laboració per a les donacions transfrontereres .....	525

CAPÍTOL II LA REGULACIÓ EUROPEA DE LES ‘EMPRESSES D’ECONOMIA SOCIAL’ .....	528
1. La fundació en “l’Economie sociale” europea.....	528
1.1 Introducció a l’Economia social: orígens i evolució.....	530
1.2 <i>Excursus</i> de la introducció de l’Economia social en la Unió Europea ....	533
1.3 Definició i objectius de l’Economia social des de la perspectiva comunitària europea .....	537
1.4 Importància social i econòmica de l’Economia social a Europa: ‘els serveis socials d’interès general’ .....	541
1.5 Dades quantitatives de l’efecte de l’Economia social.....	544
1.6 Les entitats que formen l’Economia social europea com a subjectes empresarials.....	546
2. Les empreses de l’economia social: ens supranacionals europeus? .....	551
2.1 Els precedents: l’AEIE, la SE ( <i>societas europaea</i> ) i la SCE.....	556
2.2 El Reglament de l’Estatut de Societat Cooperativa Europea.....	561
2.3 El Projecte retirat de Reglament de l’Estatut de l’Associació Europea..	570
2.3.1 Intent frustrat d’introduir les fundacions en l’EAE.....	572
2.3.2 El projecte d’associació europea .....	574
2.4 El Projecte retirat de Reglament de l’Estatut de la Societat Mutual Europea .....	575
CAPÍTOL III PROPOSTES DE REGLAMENT EUROPEU D’ESTATUT DE FUNDACIÓ EUROPEA.....	580
1. Antecedents i context .....	580
1.1 El Centre Europeu de Fundacions (EFC).....	584
1.2 Argumentació a favor d’una fundació europea: finalitat i utilitat.....	585
2. Les propostes de reglament ‘ <i>fundatione europaea</i> ’ .....	591
2.1 La base jurídica d’un possible Reglament regulador de l’Estatut de la Fundació Europea.....	592
2.1.1 La base jurídica del Reglament de la Societat Cooperativa Europea.....	595
2.1.2 La base jurídica per a la proposta de Reglament instituint la fundació europea .....	599
2.1.3 La fundació europea: creació d’una figura supranacional europea? .....	601
2.2 Contingut de les propostes de la regulació de la fundació europea .....	606
2.2.1 Les diferències principals en les propostes.....	606

2.2.2 La fundació europea: Sí, però quina?.....	608
2.2.3 Característiques de la fundació europea.....	610
2.2.4 El registre de la fundació europea.....	614
2.2.5 Òrgan de decisió o direcció i estructura de la fundació europea.....	616
2.2.6 La supervisió o control de la fundació europea.....	618
3. Les qüestions de DIPr en les propostes de reglament d'estatut de fundació europea.....	620
3.1 Problemes de qualificació.....	621
3.2 Reconeixement mutu, principi de no discriminació i llibertats comunitàries.....	624
3.3 La llei aplicable a la fundació europea.....	625
3.4 La seu de la fundació europea.....	629
3.5 Valoració d'un possible Reglament instituint un Estatut de Fundació Europea des de la perspectiva del Dret internacional privat comunitari.....	635
Conclusions.....	641
Bibliografia, jurisprudència i documentació.....	653

## ABREVIATURES

### REVISTES

AC- *Actualidad Civil*

ADC - *Anuario de Derecho Civil*

AEDIPr- *Anuario Español de Derecho Internacional Privado.*

BIMJ – *Boletín de Información del Ministerio de Justicia.*

CMLR - *Common Market Law Review*

ICLQ - *International and Comparative Law Quarterly*

IECL – *International Encyclopedia of Comparative Law*

J.-Cl.Dr.Int - *Juris-Clauseur de droit international*

JDI-Clunet – *Journal du Droit International*

NILR – *Netherlands International Law Review*

RCADI - *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*

RCDI - *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*

RCDP – *Revista Catalana de Dret Privat*

RCrDIPr – *Revue Critique de Droit International Privé*

RDC – *Rivista di Diritto Civile*

RDIPP – *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Procesuale*

RDM – *Revista de Derecho Mercantil*

RDP - *Revista de Derecho Privado*

RdS – *Revista de Sociedades.*

REDI – *Revista Española de Derecho Internacional.*

Rép. Internat. Dalloz – *Encyclopedie Dalloz droit international*

RJC – *Revista Jurídica de Catalunya*

RTDeur – *Revue Trimestrielle de Droit Européen*

RVAP – *Revista Vasca de Administración Pública*

TCFDIP – *Travaux du Comité français de droit international privé*

### LEGISLACIÓ

BGB - *Bürgerliches Gesetzbuch* (Codi civil alemany)

BW - *Netherlands Burgerlijk Wetboek* (Codi civil holandès)

CCCat – Codi Civil de Catalunya

CCEsp – *Código civil* espanyol

CCFr – *Code civil* francès

CCIt – *Codice civile* italià

CCQ – Code civil du Quebec

Conveni de Brussel·les de 1968 – Conveni relatiu a la competència judicial i a l'execució de resolucions judicials en matèria civil i mercantil, fet a Brussel·les el 27 de setembre de 1968

EACat - Estatut d'Auntonomia de Catalunya de 1978 i de 2006

LDIPr – Llei de Dret internacional privat

LF 30/1994 - Ley 30/1994 de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General (derogada)

LF 50/2002 - Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, (BOE núm. 310, 27.12.2002)

LFCat - Llei 5/2001, de 2 de maig, de fundacions (DOGC núm. 3388, de 15.05.2001)

Llei de DIPr italiana de 1995, Llei DIPr It - Legge 31 maggio 1995, n° 218, riforma del sistema italiano di Diritto internazionale privato (GU n° 128, suppl. Ord., del 3 giugno 1995)

LSA – Ley de Sociedades Anónimas (espanyola)

LSRL – Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (espanyola)

R. 44/2001 ó RBI; Reglament 44/2001 o Reglament Brussel·les I - Reglament (CE) 44/2001 del Consell de 22 de desembre de 2000, relatiu a la competència judicial i a l'execució de resolucions judicials en matèria civil i mercantil

RSCE – Reglament de l'Estatut de la Societat Cooperativa Europea

RSE – Reglament de l'Estatut de la Societat Anònima Europea

RFCE - Reglamento de fundaciones de competencia estatal (Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre BOE núm. 279, 22.11.2005)

RRFCE - Reglamento del Registro de fundaciones de competencia estatal (Real Decreto 1611/2007, de 7 de diciembre, BOE núm. 17, 19.1.2008).

TCE – Versió consolidada del Tractat Constitutiu de la Comunitat Europea (DOCE, C 325 de 24.02.02).

TFUE – Tractat de Funcionament de la Unió Europea, versió consolidada (DOUE C 115, 9.5.2008).

### **ALTRES**

AE – Associació Europea

AEIE – Agrupació Europea d'Interès Econòmic

AIM: Associació Internacional de Mútues  
Art./art. - article  
CCACE: Comité Coordinador d'Associacions Cooperatives Europees  
CE – Comunitats Europees  
CEDAG: Consell Europeu d'Organitzacions Voluntàries  
CEDES: Club Europeu de l'Economia Social  
CEP – CMAF - Conferència Permanent Europea de Cooperatives, Societats Mutuals, Associacions i Fundacions  
CEP – CMAF: Conferència Permanent Europea de Cooperatives, Societats Mutuals, Associacions i Fundacions (Co-operatives, Mutual societies, Associations and Foundations)  
CEPES - Confederación Empresarial Española de Economía Social  
CIRIEC- Internacional: Centre International de Recherches et d'Information sur l'Économie Publique, Sociale et Coopérative  
CIRIEC-España: Centro Internacional de Investigación y de Información sobre la Economía Pública, Social y Cooperativa  
Const. – Constitució  
DIPr – Dret internacional privat  
DOCE-DOUE, Diari Oficial de les Comunitats Europees (fins gener de 2003); Diari Oficial de la Unió Europea (a partir de febrer de 2003).  
EFC: European Foundation Centre - Centre Europeu de Fundacions  
espec.– especialment  
FE – Fundació Europea  
ME – Mútua Europea  
OING – Organització Internacional No Governamental  
p. ex. – per exemple  
RSE o RSC – Responsabilitat Social de l'Empresa o Responsabilitat Social Corporativa  
SCE – Societat Cooperativa Europea  
SE – Societat Anònima Europea  
TC – Tribunal Constitucional espanyol  
TJCE- Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees  
UE – Unió Europea  
*Vid.* – Vegeu, remissió interna



## INTRODUCCIÓ

En el transcurs de la història i en els diferents indrets i cultures que configuren el mosaic del món, la figura de la fundació es troba regulada en pluralitat d'ordenaments jurídics. Aquesta tangibilitat és el reflex de la realitat pràctica que parteix, des d'un punt de vista social, de l'existència de persones que disposen de recursos econòmics o de béns que desitgen destinar en benefici d'altri, sense esperar-ne res a canvi. En aquest punt, s'obriria la discussió filosòfica sobre la bondat de l'home per naturalesa (J.J. ROUSSEAU), en contraposició de la idea que "l'home és un llop per a l'home" (*homo homini lupus*, TH. HOBBS). Es deixarà de banda tal interessant discussió, no sense abans afirmar un fet axiomàtic que s'ha reproduït al llarg de la història, aquest és, que un sector de la humanitat destina el seu patrimoni o una part d'aquest en benefici de tercers indeterminats. És a dir, mitjançant un acte de liberalitat s'actua en benefici de la comunitat. L'acció filantròpica es realitzava en un altre temps per guanyar-se la benedicció divina o un títol de noblesa; ara, però, la motivació és distinta, generalment es pretén aconseguir un reconeixement social, o bé, pot esdevenir una demostració de poder o riquesa. Tot i això, no es pot descartar que hi hagi fundadors que actuen atenent la gènesi de la fundació, és a dir, per la simple voluntat personal del que podríem reduir a la idea religiosa d'ajudar al pròxim o, en termes més actuals i secularitzats, un acte altruista de solidaritat<sup>1</sup>. No es pot ometre, però, l'existència d'al·licients econòmics indirectes que entitats societàries o caixes d'estalvi, entre altres ens, cerquen mitjançant la constitució de fundacions, per així crear-se una imatge atractiva davant els seus usuaris i, sobretot, respecte els clients potencials. És una mostra més d'allò que es coneix com la responsabilitat social corporativa o de l'empresa<sup>2</sup>. A més, no es pot obviar, i caure en una excessiva ingenuïtat, que

---

<sup>1</sup> "(...) the phenomenon of foundations, it is likely to stay because it is connected with human character and human society itself. It reflects the social and interdependent nature of man." F.W. HONDIUS; T.J. VAN DER PLOEG, "Foundations", *IECL*, vol. XIII, cap. 9, 2000, pàg. 3. L. SEBASTIÁN, entén la solidaritat com "el reconocimiento práctico de la obligación natural que tienen los individuos y los grupos humanos de contribuir al bienestar de los que tienen que ver con ellos, especialmente de los que tienen mayor necesidad", citat per M.A. CABRA DE LUNA, *El tercer sector y las fundaciones de España hacia el nuevo milenio*, Madrid, 1998, pàg. 40. Per l'advocat J. FORNER MATAMALA: "En la fundació, qualsevol idea d'egosisme desapareix perquè essencialment la causa de la seva existència és l'altruisme, la generositat". J. FORNER MATAMALA, "Situacions especials de les fundacions", *Fundacions privades catalanes*, Barcelona, 1984, pàg. 147.

<sup>2</sup> També es podria concebre com una mena de reinversió o restitució dels guanys obtinguts en la mateixa comunitat que els ha originat. "Sul piano sociologico le motivazioni che determinano il mecenatismo d'impresa possono essere varie, e spaziano dal desiderio di restituire, almeno in parte, alla comunità i benefici ricevuti- secondo l'aspirazione propria delle società educate alla cultura protestante-, sino alla volontà di promuovere l'immagine aziendale; si tratta, in sintesi, d'un interesse a penetrare il proprio



existeixen raons estrictament econòmiques que motiven la creació d'una fundació, ens referim a les beneficoses repercussions fiscals que comporta la constitució d'un ens sense afany de lucre amb finalitats d'interès general.

El treball té com a propòsit estudiar la figura jurídica de la fundació quan aquesta actua transnacionalment, de manera que es desprenen els conseqüents dubtes característics de Dret internacional privat, com són: la determinació del tribunal competent; la llei aplicable a la fundació estrangera; així com el seu reconeixement; no sense deixar de plantejar problemes de qualificació. Per això, s'analitzarà en una primera part el significat i evolució historicojurídica de la figura de la fundació en un panorama comparatiu, tot analitzant la seva creixent importància econòmica i social. Seguidament, en la segona part de l'estudi, es presentaran les qüestions de Dret internacional privat, utilitzant de nou el mètode de dret comparat entre distintes normatives autònomes europees i jurisprudència al respecte, tot palesant la inexistència de convenis internacionals en la matèria. Correlativament, s'evidencia la poca dedicació doctrinal dels iusinternacionalprivatistes, els quals s'han centrat en altres institucions com són les societats mercantils, d'aquí la inevitable remissió a les normes societàries. Finalment, com a aportació més original, s'analitza la situació jurídica actual de les fundacions en el context jurídic de la Comunitat Europea, constatant les mancances i problemes que sorgeixen per a les fundacions constituïdes legalment per un ordenament jurídic d'un Estat membre quan pretenen, per exemple: actuar en un altre Estat comunitari; percebre els rendiments d'una propietat situada en un Estat membre diferent del de la seu de la fundació; o, simplement, els problemes fiscals que sorgeixen en les donacions transfrontereres de ciutadans europeus residents en un Estat membre a favor d'una fundació constituïda i establerta en un altre Estat membre.

El terme fundació inclou tot un seguit de figures jurídiques distintes en quant a la seva forma, però afins respecte la seva finalitat, per tant, en el present estudi, la qualificació serà finalística, o dit en altres termes, es seguirà la teoria objectiva que es fonamenta en l'exercici de les activitats i no en la seva consideració subjectiva. Les fundacions, juntament amb les associacions, són entitats integrants del tercer sector o *nonprofit*, que tenen com a finalitats l'assistència social i sanitària, la promoció de l'educació, la investigació, la cultura, la conservació del medi ambient, o activitats de desenvolupament, entre altres. Se les pot conèixer amb el terme fundació, (p. ex. *Fundació Internacional Josep Carreras per a la Lluita contra la*

---

*background* sociale, che, indubbiamente, è molto distante dal chiuso egoismo dell'uomo che vuole far sopravvivere il proprio nome alla morte", A. ZOPPINI, *Le Fondazioni*, Napoli, 1995, pàg. 56.

*Leucèmia, o Bill & Melinda Gates Foundation*), o bé, com a Organitzacions no governamentals (ONG), sobretot aquelles que actuen en la cooperació internacional per al desenvolupament (p. ex. *Action Aid International, Oxfam International, ONG India, Greenpeace*).

Les fundacions són el que són per allò que fan, de manera que no tenen perquè identificar-se només amb la forma jurídica que ostenten, per això, s'utilitzarà com a base la finalitat fundacional com a tret característic de la figura que servirà per identificar-les en el mapa de dret comparat. Així doncs, malgrat la seva diversa denominació (*fundación, stiftung, foundation, charity, stiftungen, alapitvany, fundacja, ustanova o waqf*), així com la diversitat en l'estructura jurídica (persona jurídica, *trust*, fons sota ègida, etc.), les englobarem sota una únic terme general, el de 'fundació'. No obstant això, es realitzaran les oportunes puntualitzacions tot distingint les particularitats dels diferents tipus de fundacions segons la tradició jurídica a què pertanyin. Per exemple, i en especial, en el cas de les fundacions del *common law*, es mantindrà la terminologia pròpia (*charities*), donada l'amplitud de figures que inclou tal terme.

Considerem essencial per tal de poder avançar en l'estudi la utilització d'una sola denominació, la de fundació. Aquesta serà definida amb el mínim d'elements comuns en les diferents legislacions per així poder englobar el màxim de figures jurídiques coexistents a Europa. El concepte seria simple: un patrimoni destinat a una finalitat i, en concret, a les finalitats d'interès general. Efectivament, s'ha optat per estudiar les fundacions que persegueixen fins d'interès públic o general, és a dir, que no es destinen a persones concretes, sinó que coadjuven en el benefici de la comunitat en general. Les fundacions amb aquest tipus de finalitat, les d'interès general o, tal i com s'anomenava en altres èpoques, amb fins caritatius originàries de les *piae causae*, són les que es preveuen en tots els sistemes jurídics sense excepcions. Per contra, les fundacions amb finalitats particulars (amb origen en les vinculacions familiars) s'inclouen en determinats ordenaments, mentre que en d'altres resten expressament prohibides per motius històrics, tal i com s'exposarà al llarg de l'estudi. Ara bé, malgrat aquesta opció, no es deixaran d'exposar els problemes de qualificació que sorgeixen respecte les fundacions familiars o amb fins particulars.

L'estudi que segueix es centra, doncs, en les fundacions que es formen d'un patrimoni per voluntat d'un o més fundadors, siguin persones físiques o jurídiques, que disposen d'un òrgan de direcció privat i independent del sector públic. Les fundacions estan sotmeses jurídicament, no només a l'estatut privat i a les disposicions legals, sinó també, tal i com es preveu en la majoria de

legislacions, a les administracions públiques. Aquestes autoritats tindrien com a objectiu supervisar l'execució de la finalitat d'interès general per a la qual es constitueix la fundació, per tant, garantir la realització de la voluntat fundacional.

Tal concepció és indubtablement conseqüència d'un procés històric i cultural heterogeni, en el qual, el paper de l'Estat i de l'Església han estat determinants, per això resulta imprescindible presentar-lo per tal de comprendre el context actual jurídic i social de la figura jurídica objecte d'estudi. La fundació, en determinats períodes històrics, ha estat observada amb recel per part del poder públic, com un ens susceptible d'extreure del mercat un patrimoni que romandria inutilitzat, desfavorint la circulació de capital i, de retruc, l'economia. També ha estat considerada com un perill per l'hegemonia del poder polític, com una intrusa en les funcions que estaven encomanades a l'Estat. Per contra, en d'altres ordenaments, la fundació ha estat afavorida legislativament, ja que se l'ha considerada com a institució col·laboradora en la consecució del benestar social. La regulació actual de les fundacions és un reflex de l'evolució històrica i de les polítiques dels darrers segles, que a grans trets ens permet distingir dues evolucions distintes segons si l'Estat ha estat flexible o bé restrictiu en la seva regulació. La conseqüència directa és el nombre de fundacions existent i la varietat tipològica, que permet diferenciar entre els països amb una llarga i forta tradició fundacional, d'aquells altres països on no hi hagut arrelament de la figura de les fundacions a causa de la seva manca de regulació o normativa desmotivadora. En tots els països, però, la importància econòmica i social d'aquestes organitzacions ha anat *in crescendo* de forma remarcable en les darreres dècades. Aquest increment s'ha palesat sobretot en una part dels Estats del vell continent europeu (Itàlia, Espanya), i dels països post-socialistes (Polònia), i s'ha mantingut en els països on existia ja una important tradició fundacional, com en el cas dels Estats del nord d'Europa (Països Baixos, Anglaterra i Gal·les).

L'augment del nombre de fundacions en els darrers cinquanta anys ha estat propiciat, en gran mesura, pel canvi de concepció en els mecanismes d'execució del fi fundacional i de l'estructura de funcionament de la fundació, de manera que actualment no es limiten a una gestió del propi patrimoni, sinó que s'han immergit en el terreny mercantil de producció de beneficis, si bé aquests es reinverteixen en la finalitat fundacional. La seva actuació en el comerç i la seva professionalització, les ha encabir en el mercat econòmic, i això sembla que ha captat l'atenció dels governs i de la mateixa Comunitat Europea. Efectivament, el fet que les fundacions siguin organitzacions que posen en moviment grans sumes econòmiques en el mercat, que produeixen, presten serveis, obtenen beneficis i, a

més, proporcionen llocs de treball, són factors que han fet prendre en consideració una institució que havia estat oblidada per part dels legisladors nacionals i de les institucions comunitàries europees. Un altre factor determinant per captar l'atenció dels poders públics ha estat la finalitat d'interès general que la majoria de tipologies de fundacions persegueixen. El neoliberalisme actual que impera en la majoria de països occidentals conserva un mínim de serveis públics garantits per l'Estat, mentre que per a la resta de serveis es concep la intervenció dels organismes privats que actuen amb finalitats d'interès general com una fórmula ideal per descarregar part de les activitats públiques, a canvi de beneficis fiscals o subvencions.

S'exposarà com les institucions europees, i en concret la Comissió europea, destaquen en reiterades ocasions la importància dels ens sense afany de lucre amb finalitats d'interès general, tot emmarcant-los en l'Economia social. Per això, encomana als Estats membres facilitar mitjançant la legislació interna la seva creació i així, permetre que participin, juntament amb les institucions públiques, en les tasques de desenvolupament de l'Estat social. Tanmateix, el Consell Econòmic i Social, tot i reafirmar l'activitat de col·laboració conjunta entre l'Estat i els ciutadans en la persecució de l'interès general, precisa que “el Comitè s'oposa fermament que el sector públic descarregui en les associacions – *afegeixo les fundacions* - la responsabilitat de les activitats fonamentals d'interès general”<sup>3</sup>, cal cooperació, doncs, i no suplantació. Però no és una tasca fàcil conjuminar en una sola línia de treball l'amalgama de polítiques socials, culturals, científiques, assistencials, etc., que podrien ser desenvolupades per una fundació en l'àmbit comunitari europeu, ja que les necessitats varien d'un Estat membre a un altre. Diferències que sobresurten especialment després de la darrera ampliació, donat que les prioritats d'un país de l'Est dista molt de les d'un país nord-europeu o mediterrani que pot dedicar més recursos al desenvolupament en tercers països.

A les diferències de les polítiques socials desenvolupades en els Estats membres de la Unió Europea, cal afegir-hi remarcables diferències jurídiques, en què la línia principal de divisió rau, com és habitual, entre els ordenaments del *common law* i els sistemes de dret civil continental<sup>4</sup>. Per això, en l'estudi es presenta el dret

---

<sup>3</sup> La cursiva és nostra. *Dictamen del Comitè Econòmic i social sobre la “Comunicación de la Comisión sobre ‘El fomento del papel de las asociaciones y fundaciones en Europa’”* (98/C95/20) DOCE C95/99 30.2.98.

<sup>4</sup> Segons W. HONDIUS i T.J. VAN DER PLOEG, les normes sobre fundacions es divideixen en diferents aspectes: en el temps; en la territorialitat (sobretot els Estats compostos); la naturalesa jurídica de la llei (civil o del *common law*, jurisprudència o consuetudinària); i pel tipus de regulació (intervencionista o liberal, els aspectes fiscals, etc.). F.W. HONDIUS; T.J. VAN DER PLOEG, “Foundations”, *IECL*, vol. XIII, cap. 9, 2000, pàg. 23.

de fundacions d'Anglaterra i Gal·les, com exemple del *common law*, en què es tractaran les *charities* i, en especial, per les seves particularitats que interessin al Dret internacional privat, els *charitable trusts*. En relació als ordenaments de tradició civil, s'ha optat per presentar un dels ordenaments més restrictius en dret de fundacions, el francès, pel qual també servirà d'exemple d'un tipus de fundació molt estès en aquest país, la fundació sota ègida. Contraposat, s'exposarà en línies generals la regulació liberal sobre les *stichting* holandeses. Un altre ordenament que prendrà la nostra atenció és l'italià, com a exemple mediterrani que ha evolucionat notablement en els darrers temps, basat en un desordre legislatiu que inclou una variada tipologia de fundacions, d'entre les quals cal destacar les *fondazioni bancarie*. Finalment, ens centrarem en l'ordenament jurídic espanyol per ser plurileglatiu, característica que es desenvoluparà en un apartat concret. Aquests seran, doncs, els ordenaments que s'estudiaran amb deteniment, tant respecte el dret de fundació substantiu, com en la normativa de Dret internacional privat. No obstant aquesta selecció, també es realitzaran referències o notes respecte altres ordenaments europeus, com són els de Bèlgica, Alemanya, Liechtenstein, Suïssa o els dels Estats de l'Est, així com de latituds més llunyanes com serien els ordenaments dels EUA, Canadà, Xina, o de figures de dret islàmic, com és el *waqf*.

Un tret característic generalitzat d'aquesta figura jurídica és l'aplicació simultània de normes de diferents branques del Dret, així: normes de Dret privat que la defineixen i que estableixen la seva formació, funcionament, extinció, així com la seva actuació econòmica i social; les normes de Dret públic o administratives que intervenen, ja sigui per autoritzar-ne la seva creació, o bé, per executar un control posterior, o ambdues funcions; i les normes de Dret tributari, les quals li atorguen la consideració d'ens privilegiat fiscalment. Per tant, normes reguladores de Dret privat, públic i fiscal<sup>5</sup>.

La interdisciplinarietat comporta certa complexitat que es multiplica quan la situació es desenvolupa en un Estat compost o plurileglatiu en el qual coexisteixin diverses legislacions (p. ex. Espanya), i que resulta encara més intricat si

---

<sup>5</sup> Com exposa V. DE PRIEGO FERNÁNDEZ, és, però, una matèria essencialment privada tot i la intervenció del dret públic: "Se trata de una figura que tiene su origen en la autonomía privada, y las injerencias administrativas han venido motivadas por el tratamiento dado a las mismas en el siglo XIX y porque, al fin y al cabo, a los poderes públicos les interesa que no se les escape de las manos cierto control sobre las mismas, que si bien es conveniente hasta cierto punto, en ningún caso puede llevarnos a situar a las fundaciones en la órbita del Derecho público y más específicamente del Derecho administrativo." V. DE PRIEGO FERNÁNDEZ, "Consideraciones sobre las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de fundaciones", *RDP*, 2004, pàg. 657. Tanmateix, hi ha doctrines que conceben la fundació com a un cos administratiu públic, idea més arrelada en països com: França, Bèlgica, Anglaterra o Àustria. R. BADENES GASSET, *Las fundaciones de derecho privado*, Barcelona, 1986, pàg. 52.

aquestes pertanyen a tradicions jurídiques diferents (p. ex. Canadà). Es presentaran les característiques d'aquests sistemes complexos, així com les normes de Dret interregional o interfederal per cercar la resolució dels possibles conflictes de lleis, tot comprovant que és imprescindible atendre a les normes constitucionals on es localitza el repartiment de competències sobre la matèria.

Finalment, si aquesta mescla legislativa s'interrelaciona amb d'altres ordenaments jurídics, per exemple, per les actuacions transnacionals de les fundacions, això comporta, inevitablement, problemes a l'operador jurídic a l'hora de determinar l'ordenament jurídic aplicable (dret privat), així com les competències de control de les autoritats de l'Estat d'origen de la fundació (dret públic), i el règim fiscal aplicable (dret tributari). És per això, que es disposa del Dret internacional privat, eina imprescindible que, amb totes les seves virtuts i mancances, ha anat solucionant aquests supòsits tot i el buit legal en les normes estatals de Dret internacional privat en matèria de fundacions, i els intents fallits de convenis internacionals sobre el reconeixement jurídic de les fundacions. La manca d'interès que ha suscitat durant dècades aquest tipus d'entitats, ha comportat l'aplicació per analogia de les normes de Dret internacional privat de societats mercantils a través de solucions d'enginyeria jurídica<sup>6</sup>. Per això, en l'anàlisi de les normes de Dret internacional privat autònomes es realitzaran necessàriament remissions a d'altres figures jurídiques distintes a la fundació, o a les normes generals sobre les persones jurídiques o els *trusts*.

L'actuació de les fundacions implica cada cop més travessar fronteres amb projectes internacionals que impliquen la col·laboració de diferents entitats o la necessitat d'establir-se en un altre territori. Per això, l'Europa comunitària sembla ser un marc ideal per cooperar entre fundacions de diferents Estats membres, o per endegar projectes que impliquin als ciutadans europeus. Tanmateix, la realitat és una altra, ja que els entrebancs jurídics, administratius i fiscals, units a les dificultats per conèixer i aplicar la normativa vigent diferent en cada Estat,

---

<sup>6</sup> Malgrat la importància de les fundacions en el context del tràfic internacional, així com d'altres persones jurídiques diverses a les fundacions, aital matèria ha estat descuidada per la doctrina internacionalprivatista. Es comprovarà en la bibliografia que les obres generals existents sobre el DIPr de les persones jurídiques són d'inici del segle XX (A. PILLET) o de la segona meitat del mateix segle (Y. LOUSSOUARN); amb poques notes en revistes especialitzades que analitzin la jurisprudència, i les que hi ha són bàsicament franceses (H. GAUDEMET TALLON, G.A.L. DROZ, B. ANCEL); com a obres específiques i complertes dedicades només a les fundacions en la seva regulació internacional, només s'ha pogut comptar amb les aportacions de M. GARDEÑES SANTIAGO, i amb articles de M. REVILLARD o A.F. SCHNITZER. Últimament, però, comença a introduir-se un reduït apartat en els manuals de DIPr de distints països. Del que sí que es disposa és d'estudis de dret comparat, sobresortint el de F.W. HONDIUS i T.J. VAN DER PLOEG en la *IECL*, o els realitzats per la EUROPEAN FOUNDATION CENTRE; ara bé, en aquests, malgrat analitzar diversos aspectes jurídics, no examinen el Dret internacional privat.

comporten la desídia i el fracàs de projectes fundacionals. Com a conseqüència de l'important creixement de l'activitat fundacional internacional i, en especial, intracomunitària, sobretot respecte la participació i implicació de la ciutadania (o empreses), ja sigui com a voluntaris o com a donants econòmics, ha fet reaccionar a la totalitat de legisladors europeus. Efectivament, en els darrers anys s'han aprovat pluralitat de lleis estatals que adapten les normatives referents a les oblidades fundacions, tot procurant ser més atractives, sobretot fiscalment, que les legislacions veïnes. Aitals regulacions palesen l'heterogeneïtat de les formulacions jurídiques que coexisteixen a Europa (persones jurídiques, *charity trust*, *fondations abritées*), dispars en els principis informadors de la seva constitució i control, confluint doncs normatives liberals i poc intervencionistes (p. ex. Països Baixos) amb normatives restrictives i intervencionistes (p. ex. França), totes elles limítrofes amb legislacions seductores per constituir fundacions familiars o de gestió de patrimoni (Liechtenstein).

La pluralitat normativa de les fundacions, a diferència d'altres figures jurídiques, no ha estat regulada o harmonitzada per la normativa comunitària. Ans al contrari, en l'art. 48 del Tractat de la Comunitat Europea (TCE), quan atribueix la llibertat d'establiment a les societats i persones jurídiques privades, exclou aquelles que "*no persegueixin un fi lucratiu*". La raó de tal exclusió seria justificable des del punt de vista històric, ja que en els orígens del projecte europeu es perseguia una unió fonamentada en els vincles econòmics, per això, l'atenció va recaure en el subjecte per excel·lència en aquest sector, les societats mercantils. La Unió Europea actual, però, es dirigeix cap a un model integrat, en què s'inclou la cohesió social, polítiques públiques comunes, i la consecució d'un veritable espai judicial europeu. Per altra banda, si un dels objectius europeus és la consecució d'un efectiu i eficient mercat interior i, per a tal fi, els actors que hi participen (ciutadans, empreses) gaudeixen d'un seguit de llibertats comunitàries, podríem concloure que la figura de la fundació estaria discriminada.

És indubtable que les fundacions desenvolupen activitats econòmiques, sigui directament prestant serveis o mitjançant una empresa, o bé, a través de participacions socials incrementant el seu patrimoni, cercant la màxima rendibilitat. Per tant, les fundacions actuen en el mercat, competint amb les entitats mercantils, i per això els són d'aplicació les normes sobre competència. Les diferències entre ambdues figures rauien, per una banda, en la finalitat d'interès general (en la majoria de fundacions) i l'absència d'afany de lucre d'aquestes (les rendes no es reparteixen, sinó que es destinen obligatòriament a la finalitat fundacional). Les legislacions nacionals s'han anat adaptant a la

concepció de la fundació com a integrant del seu mercat, com un operador més, que presta serveis, que opta a concursos públics, que participa en accions borsàries i que tributa, encara que amb justificades exempcions, en l'economia de l'Estat. Aquesta concepció, però, no obsta que es pugui exigir a la fundació que la seva actuació econòmica es regeixi per valors de responsabilitat social sense distorsionar la seva gènesi.

En aquest context, les fundacions, malgrat tenir finalitats altruistes i adquirir l'estructura d'ONG, no escapen de la possibilitat de ser utilitzades fraudulentament, sobretot en relació a les desviacions de fons, tal i com succeeix en la resta de sectors, mercantil o públic. D'aquí la necessitat del seu control exercit per les administracions públiques en alguns ordenaments, i en última instància pel poder judicial. La desconfiança que pot generar al ciutadà l'actuació fraudulenta d'una fundació perjudica a tot el sector, a l'economia, als potencials beneficiaris i al propi Estat. Per això, en alguns ordenaments s'ha iniciat un procés de revisió de les competències administratives de control i inspecció respecte les fundacions (p. ex. *Charity Act 2006* a Anglaterra i Gal·les, que reforça les competències de la *Charity Commission* i institueix un *Charity Tribunal*, o l'esborrany d'un projecte de llei sobre el Protectorat de Catalunya que introduiria competències d'inspecció i l'elaboració de balanç social per part de les fundacions). Aquestes mesures internes podran ser més o menys efectives en relació a les fundacions que es troben sota el seu àmbit competencial, però les actuacions delictives o fraudulentas esdevenen més difícils de detectar quan les fundacions actuen internacionalment. Per això, cal la intervenció del legislador europeu, el qual hauria de disposar dels mecanismes necessaris de cooperació entre les autoritats públiques implicades, a nivell estatal, europeu i internacional.

En la darrera part del treball, s'examinarà si serien d'aplicació les llibertats comunitàries a les fundacions tot analitzant la darrera jurisprudència del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees, que sembla propiciar una resposta favorable, si més no, respecte la llibertat d'establiment de les fundacions que desenvolupen activitats econòmiques, i la llibertat de circulació de capitals. També s'analitzarà la necessitat de regular un Estatut de Fundació Europea, a semblança dels Reglaments europeus que institueixen la Societat Anònima Europea o la Societat Cooperativa Europea. Malgrat que la Comissió Europea ha optat encertadament per procurar 'legislar menys i millor', aquest lloable objectiu no hauria de perjudicar un dels actors que participen en el procés d'integració europea, la fundació.





**PART I**

**LA FUNDACIÓ COM A SUBJECTE DE  
TRÀFIC INTERNACIONAL:  
PERSPECTIVA JURÍDICA  
COMPARADA, ECONÒMICA I SOCIAL**



# CAPÍTOL I

## CONTEXT LEGAL, POLÍTIC I HISTÒRIC DE LA FIGURA JURÍDICA DE LA FUNDACIÓ

### 1. LA NATURESA JURÍDICA DE LES FUNDACIONS: ORIGEN JURÍDIC I EVOLUCIÓ NORMATIVA

Les regulacions jurídiques actuals sobre fundacions es caracteritzen per la heterogeneïtat de les seves formulacions jurídiques, dispars sobretot en els principis informadors de la seva constitució i control, confluint doncs en el mapa dels ordenaments jurídics, normatives liberals i poc intervencionistes amb normatives restrictives i summament intervencionistes. Aquesta situació jurídica, que afecta a la societat, l'economia, el propi Estat i, com veurem en la darrera part, a la mateixa Comunitat europea, deu el seu origen, com en tantes altres matèries, als esdeveniments de la història i en les polítiques públiques i legislatives que es succeeixen.

#### 1.1 L'origen: evolució historicopolítica i la repercussió jurídica

##### 1.1.1 Els precedents en l'Antiguitat fins l'Edat Mitjana

En la introducció s'indicava que les fundacions responen a les aspiracions de l'ésser humà per contribuir en el bé de la comunitat i que aquesta acció s'ha repetit al llarg de tots els temps i en la diversitat d'indrets<sup>7</sup>. L'origen de les fundacions es troba en l'Antiguitat, on es basaven en patrimonis deixats fiduciàriament per un fundador, destinats a la consecució d'uns fins duradors en el temps. Tals finalitats no serien possibles de realitzar per la limitació temporal de la vida humana i, per això, el fundador preveia patrimonis fiduciaris que el sobreviurien. Inicialment, les destinacions patrimonials es centraven en causes d'àmbit funerari. Posteriorment, però, s'hi van afegir fins secundaris, disposant com a beneficiaris, temples religiosos, ciutats o col·lectivitats<sup>8</sup>. Amb el pas del temps es va introduir l'obligació del mecenatge i, per exemple, a la ciutat de Roma, els ciutadans rics estaven constrets a contribuir en l'organització de les

---

<sup>7</sup> Per aproximacions generals a la història de les fundacions vegeu: J.A. SMITH; K. BORGMANN, "Foundations in Europe: the Historical Context", A. SCHLÜTER; V. THEN; P. WALKENHORST (ed.), *Foundations i Europe. Society Management and Law*, London, 2001, pàg. 2-34; R. FEENSTRA, "Foundations in Continental Law since the 12th Century: The Legal Person Concept and Trust-like Devices", R. HELMOHOLZ ; R. ZIMMERMANN, (ed.), *Itinera Fiducie. Trust and Treuban in Historical Perspective, Comparative Studies in continental and Anglo-American Legal History*, Band 19, 1998, pàg. 305-326.

<sup>8</sup> Respecte les fundacions gregues vegeu: J.M. BLANCH NOGUÉS, *Régimen jurídico de las fundaciones en Derecho Romano*, Madrid, 2007, pàg. 109-121.

activitats culturals, esportives i de caritat<sup>9</sup>. En Dret romà no es troben pròpiament les fundacions, sinó institucions que són agrupacions de persones o de béns, que es consideren com una unitat diferent de la pluralitat dels seus components<sup>10</sup>. L'estudi de J.M. BLANCH NOGUÉS, posa de relleu la varietat de solucions que el Dret Romà va aportar respecte a les situacions i problemes que, avui en dia, es subsumeixen en les fundacions. Les situacions d'aquell temps que rebien una resposta jurídica respondrien en l'actualitat a: fundacions privades funeràries romanes; les privades benèfiques romanes, les alimentàries públiques i les *piae causae* o fundacions pies cristianes de l'època postclàssica i bizantina. I s'exclourien: l'herència jacent i el Fisco a Roma. La tasca dels juristes romans seria, doncs, instrumental, ja que perseguïen en essència fer possible l'atribució de relacions jurídiques a certes agrupacions permanents o estables de persones constituïdes com a tal per al compliment de fins d'interès general, sense necessitat de cercar una dogmàtica sobre les persones jurídiques<sup>11</sup>. Era una realitat social que disposava de diferents regulacions jurídiques segons les èpoques, aquestes institucions coincidirien amb les finalitats de l'actual fundació utilitzant ajuts econòmics, però es diferenciarien en la construcció jurídica<sup>12</sup>.

Va ser amb Justinià, ja en l'època postclàssica romana i sota la influència del cristianisme, que proliferaren les institucions que es dedicaven a obres pies (*piae causae*). Estaríem davant de les *donationes sub modo*, en les quals el fundador donava a l'Església un patrimoni o capital amb la càrrega que aquest es destinés a una finalitat determinada. Aquestes fundacions, però, no disposaven de personalitat

---

<sup>9</sup> Un exemple va ser l'Acadèmia de Plató. M. REVILLARD, "Fondations en droit international privé", *Juris Classeur - Droit international*, 5, 2001, pàg. 2. Un altre precedent clàssic de patrimoni destinat a un fi permanent eren les fundacions sepulcral (a partir del S. II d.C.), M.J. GARCÍA GARRIDO, *Derecho privado romano*, Madrid, 1995, pàg. 180 i 181.

<sup>10</sup> J. MIQUEL fa un paral·lelisme d'aquesta institució romana en relació al dret modern en la figura del *trust* angloamericà (com a transmissió fiduciària de la propietat) o amb una *donatio sub modo*. J. MIQUEL, *Curso de derecho romano*, Barcelona, 1987, pàg. 89. També s'anomenen 'fundacions impròpies' perquè no gaudien de subjectivitat jurídica sinó que estaven constituïdes en consonància amb els mitjans jurídics dels quals disposaven els juristes romans, per tant, el règim jurídic es fonamentava per un Dret Romà Vulgar propi de la *praxis* notarial romana. J.M. BLANCH NOGUÉS, *Régimen jurídico de las fundaciones en Derecho Romano*, Madrid, 2007, pàg. 302.

<sup>11</sup> Vegeu l'acurat estudi que hi dedica J.M. BLANCH NOGUÉS, *Régimen jurídico de las fundaciones en Derecho Romano*, Madrid, 2007.

<sup>12</sup> Hi havia institucions que tenien com a finalitat atendre les necessitats dels infants de famílies pobres d'un municipi (fundacions alimentàries). El funcionament era el següent: "Los emperadores o algunos particulares ricos, prestan a terratenientes un capital en dinero, quedando las propias tierras en garantía y, afectándose los intereses que devenga el capital, a atender las necesidades alimentarias de los niños de familias pobres. El municipio sólo interviene para supervisar la administración." J. MIQUEL, *Curso de derecho romano*, Barcelona, 1987, pàg. 89. Respecte les fundacions alimentàries (segles II a.C. fins II d.C.), vegeu J.M. BLANCH NOGUÉS, *Régimen jurídico de las fundaciones en Derecho Romano*, Madrid, 2007, pàg. 123-169.

jurídica pròpia, sinó que s'integraven en la personalitat de l' Església<sup>13</sup>. Els particulars podien constituir lliurement fundacions, enteses aquestes com a donacions per part dels fidels amb fins de caritat, les anomenades causes pies (disposicions *ad pias causas*), és a dir, institucions constituïdes per masses patrimonials que els fundadors destinaven a alguna de les obres de misericòrdia<sup>14</sup>.

A la vella Europa, doncs, l'actuació de les fundacions va adquirir un rol de beneficència vinculat a l'Església que ha romàs fins gairebé els nostres dies<sup>15</sup>. Com element essencial de les fundacions cristianobenèfiques, i que encara avui continua essent substancial, és la voluntat de perpetuïtat de l'obra benèfica del fundador. Efectivament, tant en èpoques passades com en l'actualitat les fundacions són institucions que no tenen un temps limitat d'actuació, tot i que darrerament ja es preveuen fundacions amb un objecte concret i delimitat en el temps. La immortalitat de les fundacions es va trobar, però, estroncada per la reacció politicojurídica respecte el fenomen conegut com *mans mortes*, i altres tipus de vinculacions com els *mayorazgos*<sup>16</sup>. La inalienabilitat dels béns que suposaven les vinculacions va provocar, per una banda, la concentració de molts patrimonis,

---

<sup>13</sup> S'estima que en l'època de Justinià la fundació o institució s'independitza del seu fundador, però, en cap cas, es considera que el patrimoni adscrit a una finalitat sigui subjecte de Dret. J. MIQUEL, *Curso de derecho romano*, Barcelona, 1987, pàg. 89. Se li reconeix, però, la capacitat de rebre i administrar béns, se li concedeix drets hereditaris, se la faculta per promoure accions i respondre dels deutes. M.J. GARCÍA GARRIDO, *Derecho privado romano*, Madrid, 1995, pàg. 181-182. Vegeu la discussió doctrinal al respecte de la personalitat jurídica de les institucions de caritat en l'època de Justinià exposada per R. BADENES GASSET, *Las fundaciones de derecho privado*, Barcelona, 1960, pàg. 16 i ss; així com J.M. BLANCH NOGUÉS, *Régimen jurídico de las fundaciones en Derecho Romano*, Madrid, 2007, pàg. 171-259.

<sup>14</sup> Inicialment eren donacions i disposicions *mortis causa* dirigides a la divinitat i als Sants, representats per l'Església, de manera que així influenciaven en el seu destí, obres que acabaven essent considerades com institucions eclesiàstiques. Posteriorment, les donacions fiduciàries van substituir la dedicació a la divinitat, això va possibilitar les usurpacions per part dels religiosos, els quals a poc a poc obliden les càrregues i consideren la cosa com a pròpia, situació d'abús que comportà que hospitals es convertissin en monestirs. Els diferents tipus de vinculacions s'anomenaven 'fideïcomisos', mentre que el terme 'fundació' s'utilitzava en el sentit gramatical de la paraula fundar: "erecció, creació, establiment, institució d'alguna cosa, o document on consten les clàusules d'una institució". R. BADENES GASSET, *Las fundaciones de derecho privado*, Barcelona, 1986, pàg. 24-29 i ss; 34.

<sup>15</sup> Vegeu l'estudi sobre l'evolució històrica a través de la recopilació de fonts legals contingudes en el Dret romà del *Corpus Iuris Civilis* de Justinià i en el Dret canònic del *Corpus Iuris Canonice*, de les fundacions beneficoreligioses en què es reflexa l'aportació del pensament cristià en el Dret romà postclàssic. A partir de Constantí, en les constitucions imperials, s'introduïa un nou concepte de *corpus patrimoniale*, com a patrimoni autònom que podia estar adscrit a una finalitat de caràcter beneficoreligiós. És en aquell moment quan es consideren legalment com a subjectes independents i amb una finalitat jurídicament protegida pel Dret romà. J.J. RUBIO RODRÍGUEZ, *Fuentes sobre las fundaciones, en el derecho común europeo y en los juristas clásicos*, Córdoba, 1999.

<sup>16</sup> "Así, a lo largo de los siglos se van creando corporaciones y establecimientos de índole religiosa o benéfica que acumulan una gran cantidad de riqueza y bienes, tanto muebles como inmuebles, que quedaban inmovilizados y no eran productivos, dando lugar a fundaciones y a las denominadas vinculaciones y mayorazgos, y, en definitiva a lo que históricamente se ha venido en llamar 'manos muertas'", M.A. CABRA DE LUNA, *El tercer sector y las fundaciones de España hacia el nuevo milenio*, Madrid, 1998, pàg. 198.

sobretot terres, en poder de l'Església, i per l'altra, la seva exclusió del tràfic comercial, situació que es va estendre en l'Alta i Baixa Edat Mitjana<sup>17</sup>. Aquesta acumulació va provocar la reacció dels governs europeus a finals del segle XVIII i inicis del XIX, quan es canvia la concepció jurídica de la propietat, que havia de ser considerada lliure, igual que ho era l'home<sup>18</sup>. Per tal d'eliminar o reduir aquestes vinculacions es van dictar normes per part de les autoritats públiques, les quals van incidir de forma distinta i amb diferents graus de severitat segons el país, tal i com s'exposa a continuació.

### **1.1.2 L'eliminació de les mans mortes i vinculacions: les primeres regulacions en matèria de fundacions**

Aquest període va ser especialment decisiu i influent en la consegüent regulació de la figura de la fundació, que encara es fa evident en moltes de les regulacions dels nostres dies. Fets, doncs, necessaris de conèixer i que serviran per comprendre l'actual regulació. Es pot dividir la reacció legislativa d'aquell temps en dues grans tendències. En primer lloc, els països amb regulacions flexibles, on els procediments de desamortització no varen ser traumàtics. En aquests processos, després de l'eliminació de les mans mortes, es varen dictar normes permissives que incloïen diferents variants per a la creació de fundacions alienes a l'Església. La conseqüència lògica va ser la proliferació de fundacions sense que es veiés interrompuda l'existència d'aquestes, esdevenint doncs, una tradició jurídica prolongada en el temps. Serien els casos dels països del nord d'Europa i dels sistemes de *common law*.

En l'extrem oposat, hi ha un segon grup de països que estatuïren normativa atroç per tal d'eliminar les mans mortes i les vinculacions. Aquesta actuació era el resultat de l'aplicació dels corrents liberals revolucionaris i comportaren una regulació posterior que, o bé era de prohibició, o bé, altament restrictiva en la permissibilitat de constitució de fundacions. En aquests darrers casos, establien procediments complexos i fortament tutelats pels poders públics, que consegüentment va comportar un ínfim nombre de fundacions. L'exemple més

---

<sup>17</sup> Es va popularitzar la constitució de *mayorazgos* o béns vinculats, figura inicialment reservada a la pràctica de la noblesa i que es va estendre als plebeus que disposaven de béns. Al segle XVII va ser una pràctica popular a Itàlia, Àustria, Flandes i Espanya. R. BADENES GASSET, *Las fundaciones de derecho privado*, Barcelona, 1986, pàg. 33-34. El terme 'fundació' neix en l'Edat Mitjana amb motiu de la constitució de monestirs o establiments de caritat, J.M. BLANCH NOGUÉS, *Régimen jurídico de las fundaciones en Derecho Romano*, Madrid, 2007, pàg. 261.

<sup>18</sup> C. MALUQUER DE MOTES, *La fundación como persona jurídica en la codificación civil: de vinculación a persona (Estudio de un proceso)*, Barcelona, 1983, pàg. 12.

il·lustratiu per la seva duresa es va donar a França, seguit d'altres països mediterranis com Espanya o Itàlia.

Per tal de dibuixar un mapa de la situació europea d'aquell període, s'esbossen a continuació diferents processos de reacció contra les mans mortes i béns vinculats d'alguns ordenaments jurídics.

A **Anglaterra**, les *charities* (les obres benèfiques)<sup>19</sup> tenien el seu origen en la tradició cristianojudaica, que es basava en el mandat diví d'ajudar al pròxim amb la fortuna disponible<sup>20</sup>. Durant l'època medieval, va ser la *Church* i les seves institucions les que administraven les donacions, fins que es va arribar a situacions d'abús, conegudes com *mortmain* que, com s'ha indicat, era l'acumulació de terres de forma perpètua en mans de convents i monestirs. A Anglaterra, va ser La Carta Magna de 1215 la qual va prohibir l'alienació en mans mortes en profit de les corporacions religioses i de les corporacions en general. En aquell moment, es va renovar la noció de fundació a través de la consolidació del règim jurídic dels *trusts*. El Tribunal de la Cancelleria exercia la protecció sobre els beneficiaris quan el '*feoffee to the use*' incomplia en el seu deure de 'gestió' respecte la propietat que ostentava. Finalment, s'acaba per secularitzar els *charitable uses* (les fundacions benèfiques) dels *trusts* privats. En l'època de Henry VIII i Eduard VI, el Rei i altres particulars constitueixen *charitable trusts* privats, a semblança de les antigues fundacions religioses, amb finalitats d'assistència als pobres i per a l'educació de la joventut. Posteriorment, i essencial fins a l'actualitat, es va aprovar el *Statute of Charitable Uses* el 1601, més conegut com "*the Statute of Elizabeth*" en al·lusió a la Reina Isabel I, que regulava l'administració de les entitats benèfiques. Es considera que aquesta norma va ser la primera a dotar d'un règim particular a les fundacions, així com les sotmetia a un control rigorós exercit per part del poder central (els *commissioners*) que havien de garantir l'execució dels fins del *charitable use*. En l'època de Charles I, es va perfeccionar el control públic introduint la institució de la *Attorney-General*. A partir d'aquest *Statute*, es succeïren les regulacions i proliferà la jurisprudència, que va coajudar a evolucionar i modernitzar les accions considerades com a benèfiques, així com la seva supervisió. Malgrat que l'any 1853 es va abolir l'antic "Estatut d'Elizabeth de

---

<sup>19</sup> El terme 'charity' sembla que deriva del francès 'charité', provinent de l'expressió eclesiàstica llatina 'caritas', que significa 'love in perfect sense'. Col·loquialment significa 'benevolence philanthropy and goodwill' o 'unselfish aid to the needy including gifts to particular individuals'. H. PICARDA (ed.), *The Law and Practice Relating to Charities*, Butterworths, 2<sup>a</sup> ed., 1995, pàg. 3.

<sup>20</sup> Vegeu: P. LUXTON, *The law of charities*, Oxford, 2001, pàg. 3-12;



1601”, el seu preàmbul continua essent avui dia la pedra angular de tot el sistema jurídic de les *charities* en els països angloamericans.

Un exemple oposat es troba a **França**, on la reacció legislativa envers les mans mortes va ser inexorable<sup>21</sup>. La Monarquia francesa era temerosa de la pluralitat d'associacions, corporacions i congregacions existents, que podien debilitar la seva autoritat. A més, la gestió d'aquests ens no només era irregular sinó que sostreien els béns del tràfic jurídic, situació que afectava l'economia. Aquest grup d'institucions privades, en el qual s'hi inclouen les fundacions, eren considerades com “communautés”<sup>22</sup>. L'any 1749 es va exigir per edicte l'autorització reial per constituir una fundació nova i es va prohibir la seva constitució testamentàriament. Culmina el procés amb la Revolució Francesa, que lluita contra l'acumulació de riquesa exclosa del tràfic mercantil, i que acaba definitivament amb les *fondations*<sup>23</sup>. Aquesta política és la que condicionarà la posterior absència de les fundacions en el Codi civil napoleònic.

A **Espanya**, la “desamortització”<sup>24</sup> es va iniciar durant la Monarquia Absoluta que va ordenar controls fiscals<sup>25</sup>, però va ser amb el moviment liberal<sup>26</sup>, el qual

---

<sup>21</sup> Vegeu: J.L. MESTRE, “Les fondations dans l'histoire”, CH. DEBBASCH (dir.), *Les fondations un mécénat pour notre temps?*, Marseille, 1987, pàg. 10-22; J. IMBERT, “Aperçu historique sur les fondations en droit française”, G. ALPA (ed.), *Le Fondazioni. Tradizione e modernità*, Padova, 1988, pàg. 35-62; del mateix autor i títol, en: DUPUY, R.J. (dir.), *Le droit des fondations en France et à l'étranger*, Paris, 1989, pàg. 21-33; M. POMEY, *Traité des fondations d'utilité publique*, Presses universitaires de France, Paris, 1980, pàg. 31 i ss; 271 i ss.

<sup>22</sup> M.E. LAUROBA LACASA, “El régimen de fundaciones en Francia. Claves y caracteres de una regulación tardía”, *Les persones jurídiques en el dret civil de Catalunya: associacions i fundacions (Materials de les Novenes Jornades de Dret Català a Tossa)*, València, 1998, pàg. 512 i ss.

<sup>23</sup> Vegeu les reproduccions de textos de l'època: Déclaration concernant les gens de mainmorte du ressort du parlement de Metz, Versailles, 1er juin 1739; Edit qui renouvelle toutes les dispositions des lois précédentes sur les établissements et les acquisitions des gens de mainmorte et y ajoute les mesures les plus propres à en assurer l'exécution, Versailles, août 1749, en: M. POMEY, *Traité des fondations d'utilité publique*, Presses universitaires de France, Paris, 1980, pàg. 345 i ss.

<sup>24</sup> El fenomen de la desamortització només pren el relleu apropiat si es considera com una mesura més al costat de la desvinculació, l'abolició dels delmes, la llibertat d'acotament, etc., que van comportar una redefinició de la propietat, quan van instaurar-se les bases jurídiques del sistema liberal, ja que totes aquestes mesures foren els puntals de la reforma agrària liberal. J. MESTRE I CAMP (dir.), *Diccionari d'Història de Catalunya*, Barcelona, 1999, pàg. 338.

<sup>25</sup> A través del *Real Decreto de 19 de septiembre de 1789* (Ley 22 del título V, libro I, de la Novísima Recopilación). R. BADENES GASSET, *Las fundaciones de derecho privado*, Barcelona, 1986, pàg. 35-36.

<sup>26</sup> Especialment important va ser el trienni constitucional (1820-1823) amb les Corts del Trienni Liberal, normativa que va ser derogada i que, posteriorment (1836), va ser restablerta la llei essencial sobre la desvinculació (Ley de 11 de octubre de 1820) i s'inicià la desamortització de Mendizábal, la desamortització eclesiàstica de més envergadura. Els canvis legislatius, i sobretot polítics, van provocar “confusión en la doctrina de época (...) algunos códigos civiles de carácter privado incluían entre su articulado tanto las normas conocidas sobre mayorazgos, fideicomisos y capellanías, como las normas desvinculadoras indicativas de su extinción. (...) la derogación y posterior restablecimiento de las leyes desvinculadoras hizo que éstas fueran mal interpretadas y tergiversadas constantemente, al no comprender con exactitud cuál era la voluntad y el espíritu del legislador”. C. MALUQUER DE MOTES, *La fundación como*

persegua l'estructuració d'un nou règim polític i la transformació de la societat, quan es produí el corrent més important d'atac als “*mayorazgos*”<sup>27</sup> i a d'altres tipus de vinculacions<sup>28</sup> fortament arrelats durant l'Antic Règim. La desamortització es basava en l'absolutisme jurídic, de manera que l'Estat era l'únic agent creador de Dret, que va imposar la venda forçosa dels béns amortitzats o de mà morta, és a dir, aquells que pertanyien a institucions i corporacions i que, per prescripció legal, no podien ser venuts<sup>29</sup>. El procés de desamortització consistia, doncs, en convertir en propietat privada els béns eclesiàstics i comunals afectats per l'amortització. Igualment, com a mesura complementària de la desamortització, la desvinculació de patrimonis basat en l'individualisme possessiu i la llibertat sobre la propietat, consistia en aixecar la prohibició de disposar que hi havia sobre els béns vinculats o *mayorazgos*, de manera que béns fins aleshores vinculats i, per tant, que estaven fora de comerç, van esdevenir lliures i disponibles, amb la prohibició expressa de ser adquirits per les mans mortes eclesiàstiques.

Conseqüència d'aquestes legislacions és la desaparició de les fundacions perpètuas de caràcter familiar suprimint els *mayorazgos*, fideïcomisos, patronats i qualsevol tipus de vinculació. Els ‘Establiments de Beneficència’, al ser considerats mans mortes se'ls va prohibir adquirir o heretar béns i, a més, les famílies del fundador, en moltes ocasions van fer ús de l'acció de desvinculació, fet que va comportar l'extinció de molts establiments benèfics. El Govern espanyol a mitjans del segle XIX s'adonà que la pràctica dels principis desvinculadors comportava l'extinció de molts establiments de beneficència i que, conseqüentment, deixaven de desenvolupar les seves activitats provocant un buit important en els serveis benèfics. Per això, es va dictar la llei de 20 de juny de 1849, que pretenia salvar de la desvinculació els Establiments de Beneficència de

---

*persona jurídica en la codificació civil: de vinculación a persona (Estudio de un proceso)*, Barcelona, 1983, pàg. 61 i ss; 99 i 100.

<sup>27</sup> El “*mayorazgo*” era la vinculació civil i perpètua d'unes terres de propietat privada intransferibles i indivisibles, a un titular que disposava de la seva renda però no dels béns que la produïen. Pròpiament, significa l'ordre de successió més comú, aquesta és la via de la primogenitura. C. MALUQUER DE MOTES, *La fundación como persona jurídica en la codificación civil: de vinculación a persona (Estudio de un proceso)*, Barcelona, 1983, pàg. 14 i ss.

<sup>28</sup> La vinculació consistia en l'existència d'una massa de béns de la qual el titular no podia disposar ja que sobre aquesta hi havia una prohibició que impedia alienar-la, prohibició imposada per la persona que constituïa la vinculació. Aquestes eren: dotacions de capellanies, obres pies, fundacions de caràcter religiós o de beneficència, molt freqüents durant el segle XVIII ja que aquests béns quedaven exempts de tributació. C. MALUQUER DE MOTES, *La fundación como persona jurídica en la codificación civil: de vinculación a persona (Estudio de un proceso)*, Barcelona, 1983, pàg. 16 i ss; 33 i ss.

<sup>29</sup> Eren mans mortes: l'Església, la noblesa (que tenia els béns vinculats), les corporacions municipals, les institucions de beneficència i ensenyament, els ordres militars i la corona. J. MESTRE I CAMP (dir.), *Diccionario d'Història de Catalunya*, Barcelona, 1999, pàg. 337.

tipus particular<sup>30</sup>. En aquest punt, s'inicia una regulació pròpia d'aquest tipus d'entitats que es caracteritzaven per ser benèfiques en compliment de la voluntat del fundador, autofinançades i controlades per l'administració pública, precedent, de la fundació actual espanyola<sup>31</sup>.

### 1.1.3 El procés codificador

El procés codificador continental posterior a l'extinció de les mans mortes va suposar la plasmació de les idees polítiques i legislatives de l'època. L'exemple més representatiu s'ha de situar en l'ordenament jurídic francès, el qual, a conseqüència de l'etapa revolucionària i de la política restrictiva practicada envers els cossos intermitjos, es va excloure tota menció respecte les fundacions, les corporacions, i les persones jurídiques en general en el Codi de Napoleó.

En el moment de la redacció del *Code civil* francès es repudia la fundació justificant-se en l'hostilitat de la corrent il·luminada, la qual havia identificat l'esperit corporativista de l'Antic Règim en els cossos intermitjos, considerat element disgregant de la unitat estatal i com a obstacle en la relació directa entre el ciutadà i l'Estat<sup>32</sup>. Per contra, es proclama la llibertat d'associació, estatuïnt-se en el codi civil, una normativa molt favorable per a les societats mercantils i civils que els atorga personalitat jurídica sense menester cap autorització. El mot '*fondation*' no apareixerà en el Codi civil francès fins l'any 2006, en l'art. 910, el

---

<sup>30</sup> Art. 1 Ley de 20 de junio de 1849 "Los Establecimientos de Beneficencia son públicos. Se exceptúan únicamente y se consideran como particulares si cumpliesen con el objeto de fundación, los que se costeen exclusivamente con fondos propios, donados o legados por particulares, cuya dirección y administración esté confiada a Corporaciones autorizadas por el Gobierno, o patronos designados por el fundador". Calia distingir entre les vinculacions que persegueixen un interès de tipus particular, d'aquelles que persegueixen un interès de caràcter públic. A finals del segle XIX, es va comprendre la necessitat de salvaguardar aquests fins de caràcter altruista, establint la fundació d'interès públic com a persona jurídica. C. MALUQUER DE MOTES, *La fundación como persona jurídica en la codificación civil: de vinculación a persona (Estudio de un proceso)*, Barcelona, 1983, pàg. 104-105.

<sup>31</sup> Vegeu l'estudi històric i aclaridor de tot el procés desvinculador i desamortitzador del segle XIX en l'obra de: V. DE PRIEGO FERNÁNDEZ, *El negocio fundacional y la adquisición de personalidad jurídica de las fundaciones*, Madrid, 2004, espec. pàg. 30-80. També: F. TOMÁS Y VALIENTE, *El marco político de la desamortización en España*, Obras Completas, I, Madrid, 1997; J.M. BLANCH NOGUÉS, *Régimen jurídico de las fundaciones en Derecho Romano*, Madrid, 2007, pàg. 281-293; M.E. SERRANO CHAMORRO, "De las instituciones de beneficencia a las fundaciones sanitarias", *AC*, 22, 2006, pàg. 2638-2652.

<sup>32</sup> A. ZOPPINI, *Le Fondazioni*, Napoli, 1995, pàg. 23. El Codi civil francès no regulava la situació de les persones jurídiques limitant-se a referir-se incidentalment a aquestes, sense emprar un terme genèric (anteriorment existien els 'cossos intermitjos'), es pretenia impedir per exemple, la constitució d'usdefruits en favor d'aïtal ens per més de trenta anys. Aquestes normes volien evitar que ressorgissin les mans mortes que s'havien aconseguit eradicar amb les normes revolucionàries. F. CAPILLA RONCERO, *La persona jurídica. Funciones y disfunciones*, Tecnos, 1984, pàg. 22 i ss. Molts autors reconeixen implícitament la personalitat jurídica de les "*compagnies*" descrites en el Codi Napoleònic, tot i que no es cita expressament. De fet, la primera vegada que es va utilitzar l'expressió "*personne morale*" en un text legal va ser al "*Code pour le Royaume des Deux Sicilies*" de 1819, V. SIMONART, *La personnalité moral en droit privé comparé*, Brussel·les, 1995, pàg. 19 i ss.

qual inclou expressament a les fundacions com a possibles beneficiàries d'una donació o llegat<sup>33</sup>.

A **Espanya**, la *Comisión General de Codificación* va desenvolupar les bases del codi civil que, justificant-se en la noció de la propietat, persistia en la inadmissió de les vinculacions fins el punt d'excloure la figura del fideïcomís. Es va reintroduir, però, la noció de persona moral en la legislació civil<sup>34</sup>. En uns primers projectes (el de Cambroner i el de 1836) es distingien entre les persones morals que actuaven en interès general (ajuntaments, capítols eclesiàstics, cofradies, universitats i hospitals) els quals requerien de llicència per a ser constituïdes i estaven sotmeses a un rigorós control; de les persones morals que perseguïen finalitats particulars, com són les associacions i companyies, i que no precisaven de prèvia llicència, ja que no se les considerava perilloses. Per primera vegada s'introduí la concepció de persona jurídica en el projecte de Codi civil espanyol de 19 de maig de 1869, tot i que encara no englobava la fundació<sup>35</sup>. La seva aparició es va produir durant la segona meitat del segle XIX, però de forma paral·lela al *Código civil*. Concretament, va ser la jurisprudència, malgrat les contradiccions en què incorria, la que va reconèixer l'existència de les fundacions diferenciant-les d'aquelles figures que constituïen un vincle de fideïcomís

---

<sup>33</sup> Fins la modificació legislativa del 2006, la noció de fundació apareixia a través d'una interpretació extensiva de l'article 910 CCFr, formulada per part de la jurisprudència i de l'administració pública. J.L. MESTRE, "Les fondations dans l'histoire", CH. DEBBASCH (dir.), *Les fondations un mécénat pour notre temps?*, Marseille, 1987, pàg. 21-22. A. ZOPPINI ho descriu: "Il *code Napoléon*, dunque, non fa alcun riferimento al fenomeno associativo, e condanna la fondazione ad una sorta di 'clandestinità' giuridica, tanto da non accoglierne lo stesso nome nel testo codicistico; ad essa, tuttavia, è dedicata – smentendo così il radicale rigetto del legislatore rivoluzionario- un riferimento indiretto, fuggevole e ciò non di meno significativo, all'art. 910, che subordina all'autorizzazione amministrativa la validità delle disposizioni patrimoniali, tra vivi o *mortis causa*, fatte a favore delle istituzioni di pubblica utilità", A. ZOPPINI, *Le Fondazioni*, Napoli, 1995, pàg. 28. *Vid.* part II, cap. III, apartats 1.2 i 2.2.2.

<sup>34</sup> "Si la literatura jurídica de la época conocía todas las instituciones, tanto civiles como eclesiásticas, como Manos muertas y también como corporaciones, es significativo y dato histórico importante, el resurgir la terminología de "persona moral" no sólo en el derecho público, que podía ser más común y usual, sino también en el derecho privado. La idea de persona moral como reconocimiento de una realidad colectiva, provista de una propia voluntad y capacidad será aceptada como válida junto a l'esfera de la persona física." C. MALUQUER DE MOTES, *La fundación como persona jurídica en la codificación civil: de vinculación a persona (Estudio de un proceso)*, Barcelona, 1983, pàg. 121.

<sup>35</sup> S'estenia la noció de persona jurídica a tot aquell que se li pogués atribuir titularitat, en aquest sentit doncs, "el fisco, los establecimientos de beneficencia, las cofradías, las sociedades, etc.", amb prèvia autorització i confirmació de l'Estat. En els posteriors projectes i lleis de bases, es reconeixia la persona jurídica (tot i que no es preveia la seva organització, fet que criticà Duran i Bas al Senat espanyol al 1889), però no incloïa una regulació de la fundació, ja que aquesta tindria la seva base en les lleis ordinàries, en concret, el seu origen seria una disposició testamentària, no va ser doncs, un descuit del legislador, sinó que simplement no es reconeixia com a institució pròpia. C. MALUQUER DE MOTES, *La fundación como persona jurídica en la codificación civil: de vinculación a persona (Estudio de un proceso)*, Barcelona, 1983, pàg. 123; 199-200; 205.

familiar<sup>36</sup>. Expressa així, C. MALUQUER DE MOTES, l'inici del reconeixement de la fundació com a una institució pròpia:

“Aquell conjunt de béns que eren vinculats constitueixen ara una institució independent donada la finalitat benèfica o piadosa que persegueixen. El seu objecte abraça: l'edificació i sosteniment d'un hospital, la dotació a donzelles orfes, auxili amb almoines a persones pobres i necessitades, crear escoles, dotar de carrera a estudiants i, per últim, auxili a les presons i hospitals d'una localitat. D'aquesta manera, i per l'objecte benèfic i d'interès general d'aquestes disposicions, no s'entendran compres dins de la idea de fideïcomís familiar i si, en canvi, constituents d'una institució d'interès públic: la Fundació.”<sup>37</sup>

La preocupació de la doctrina espanyola que elaborava el projecte de Codi civil, malgrat advertir la mancança en el Codi Napoleònic de la regulació d'altres formes de personalitat, consideraven que calia introduir la persona jurídica com a subjecte de dret en les distintes formes: associació, corporació i fundació, i la seva regulació. El resultat van ser els articles 35 i 38 del CCEsp<sup>38</sup>.

Coincideixen els dos grups de països que s'han classificat segons la reacció jurídica que es va tenir envers les mans mortes, amb la seva tradició religiosa. Així es pot distingir: França, Bèlgica, Itàlia, Espanya i en general els països llatinoamericans, com a països d'arrels catòliques. O bé, les fundacions que actuaven fora de l'abast de l'Església, i que prenién diferents formes, són els països del nord d'Europa i el nord d'Amèrica<sup>39</sup>.

Amb aquesta breu presentació, es comprova com les regulacions sobre fundacions dels segles XVIII i XIX es basaven en la desconfiança per part d'algunes institucions públiques envers a uns subjectes que eren considerats susceptibles de tenir caràcter polític o, com a mínim, contrari als interessos de

---

<sup>36</sup> Sentència de 30 de juny de 1855; sentència de 3 de juny de 1865. Suposen dos postulats distints respecte l'interès públic i l'interès privat. Prevaldrà l'interès general front l'ambició particular. C. MALUQUER DE MOTES, *La fundación como persona jurídica en la codificación civil: de vinculación a persona (Estudio de un proceso)*, Barcelona, 1983, pàg. 218 i ss. Actualment, aital evolució historicolegislativa es fa palesa en la Constitució espanyola de 1978, la qual preveu un sol tipus de fundacions admeses, les de finalitats d'interès general, com es comprovarà posteriorment, essent expressament prohibides les fundacions familiars en la llei de fundacions espanyola.

<sup>37</sup> C. MALUQUER DE MOTES, *La fundación como persona jurídica en la codificación civil: de vinculación a persona (Estudio de un proceso)*, Barcelona, 1983, pàg. 223.

<sup>38</sup> Aquests articles van ser completats per reglaments que incorporaren aspectes administratius, creant el Protectorat com a figura garant de tutela i control administratiu sobre les fundacions. M.A. CABRA DE LUNA, *El tercer sector y las fundaciones de España hacia el nuevo milenio*, Madrid, 1998, pàg. 203.

<sup>39</sup> F.W. HONDIUS; T.J. VAN DER PLOEG, “Foundations”, *IECL*, vol. XIII, cap. 9, 2000, pàg. 6 i ss. Considerem interessant apuntar que les mans mortes tenien un equivalent en els països islàmics, es coneixia pel nom d'*habous*. A títol d'exemple, quan Turquia va aconseguir la independència en el 1956, una quarta part del seu sòl era propietat *habous*, fora de la jurisdicció i taxació de l'Estat.

l'Estat<sup>40</sup>, d'aquí l'origen del control governamental i administratiu que encara actualment és vigent en la majoria de països europeus.

### 1.1.4 Segle XX: Les grans fundacions

En el transcurs del segle XX, al nord d'Europa i al Regne Unit les fundacions es reproduïen en diferents tipologies i mides, mentre que en els països mediterranis hi havia poques fundacions. Malauradament, en aquesta pàgina de la història, cal afegir-hi els grisos períodes de guerra i governs feixistes. Acabada la II Guerra Mundial, van proliferar fundacions promotores importants per tal de coadjuvar en la superació de la postguerra. Exemples en són a Alemanya, la *Bosch* o la *Krupp*; o a Itàlia, la *Agnelli* o l'*Olivetti*, que actualment encara són importants<sup>41</sup>. Aquestes fundacions van ser de les poques excepcions d'èxit en l'àmbit fundacional en els països amb regulacions restrictives.

Al 1971 es va crear una associació que reuniria les fundacions més notables d'Europa, és el "Club de La Haia"<sup>42</sup>. En el seu directori consten les fundacions amb més poder d'aquell moment i que actualment encara en formen part. Aquest 'Club' serveix com a fòrum de discussió sobre qüestions com el funcionament de les fundacions privades i el seu paper en la societat<sup>43</sup>.

Imprescindible en aquest apartat afegir un apunt respecte la regulació d'un país capdavanter en matèria de fundacions i del mecenatge en general, ens referim als **EUA**. La importància de les grans fundacions als EUA, troben el seu origen a principis del segle XX, quan els immigrants i colonitzadors nous desitjaven contribuir al benestar de la societat. L'aparició de noves famílies riques va propiciar la creació de fundacions que han esdevingut models per a les grans fundacions d'arreu del món, com són per exemple, la fundació *Ford* o la *Rockefeller*. Aquest model basat en la fortuna d'un empresari, encara persisteix, un

---

<sup>40</sup> I. DOMÍNGUEZ; J. CERRATO; I. GARCÍA, *La realidad de las Fundaciones en España. Análisis sociológico, psicosocial y económico*, Santander, 2001, pàg. 52.

<sup>41</sup> F.W. HONDIUS; T.J. VAN DER PLOEG, "Foundations", *IECL*, vol. XIII, cap. 9, 2000, pàg. 6.

<sup>42</sup> "La nascita di nuove fondazioni nel dopoguerra trova riscontro, a parte gli aspetti dimensionali, nella storia delle maggiori fondazioni europee i cui direttori si sono poi riuniti nel Club dell'Aja fondato nel 1971. Per la gran parte, esse nascono dei due decenni successivi alla seconda guerra mondiale durante i quali l'affermazione della democrazia in Europa occidentale si accompagnò ad un notevole sviluppo economico. Così nascono, fra le altre, in quel periodo – rimanendo nell'ambito di quelle del Club dell'Aja – Bernard van Leer Foundation, European Cultural Foundation, Bank of Sweden Tercentenary Foundation, Fritz Thyssen Stiftung, Fundació Juan March, Fundación Universidad-Empresa, Nestlé Foundation, Nuffield Foundation, Robert Bosch Stiftung GmH, Volkswagen-Stiftung". V.A., *Le Fondazioni in Italia Libro bianco*, Consiglio italiano per le Scienze Sociali, Roma, 2002, pàg. 23.

<sup>43</sup> Vegeu actualment els components del "Club de La Haia", bàsicament són europeus però també hi ha membres d'altres països. Amb seu als Països Baixos el seu portal d'internet: < <http://hagueclub.org>>

exemple seria la recent *Bill & Melinda Gates Foundation*. La normativa sobre les *charity* va evolucionar més ràpidament que a Europa, donat el rol important que van adquirir les fundacions i el mecenatge de pluralitat d'obres socials i culturals<sup>44</sup>. A la regulació jurídica dels EUA, si bé provenia de l'Estatut d'Elizabeth anglès, aviat les regulacions fiscals prenen protagonisme, esdevenint la normativa bàsica de regulació de les fundacions<sup>45</sup>. A diferència d'Anglaterra, Austràlia o Nova Zelanda, on és més generalitzat el *trust* per a constituir *charities*, als EUA i a Canadà es tendeix a utilitzar formes amb personalitat jurídica que s'identifiquen amb el terme '*foundation*'<sup>46</sup>.

Entrada l'etapa contemporània, la societat civil reclama l'altruisme benèfic, però en aquestes noves circumstàncies, es defuig de l'antiga concepció de beneficència com a caritat, pròpia de segles anteriors i que actualment es rebutja. Les finalitats són més complexes i, per això, cal una actuació acurada i professional, ja que l'actitud i les exigències dels beneficiaris ha evolucionat, així com el control exercit per part de les Administracions públiques, que en aquesta nova etapa representen el garant de l'Estat del benestar. En aquest context, i sense oblidar la història, es distingirien, a grans trets, dos grups de països a Europa. Així, en els països del nord d'Europa i a les Illes Britàniques, com que les fundacions no van patir una persecució legal agressiva, i la posterior legislació reguladora va ser i continua essent permissiva i fiscalment favorable, comporta que en alguns ordenaments jurídics el control administratiu sigui inexistent (si compten però, amb un control fiscal estricte). En aquests països el nombre de fundacions és molt extens, però val a dir, que s'inclou generalment una tipologia molt àmplia de

---

<sup>44</sup> El mecenatge per part de particulars és molt habitual, tant per finançar petits projectes com crear-ne d'importants com són les Universitats. Aquesta tradició de mecenatge contrasta amb la pràctica europea on, cada dia més, les fundacions no tenen el seu origen en un particular sinó que són constituïdes per institucions. J. MUNS I ACOSTA, *Les fundacions a Espanya, Regne Unit, Estats Units, França i Alemanya. Anàlisi comparativa, problemes i recomanacions*, Barcelona, 1998, pàg. 57-73. G.T. BOGERT, "Charitable trusts", *Trusts*, (6<sup>a</sup> ed.), 1987, pàg. 201-260. S. TOEPLER, "Foundation roles and visions in the USA", H.K. ANHEIER; S. DALY (eds.), *The Politics of Foundations*, Routledge, 2007, pàg. 324-339.

<sup>45</sup> "...the framework is not particularly systematic or orderly one, despite the extreme technicality of the federal tax law provisions with which it is inextricably linked. (...) The real public control over foundations derives from the limitations that the federal tax laws (...)" G. BERMAN, "The legal framework of foundations in the United States", G. ALPA (ed.), *Le Fondazioni. Tradizione e modernità*, Padova, 1988, pàg. 124. Als EUA s'estan estudiant esborranys de propostes en matèria fiscal sobre exempcions per a les organitzacions *non profit*. Joint Committee on Taxation, Options to Improve Tax Compliance and Reform Tax Expenditures (27 January 2005), p. 220, <[www.house.gov/jct/s-2-05.pdf](http://www.house.gov/jct/s-2-05.pdf)>. K.J. HOPT; W.R. WALZ; T. VON HIPPEL; V. THEN (eds.), *The European Foundation. A New Legal Approach*, Verlag Bertelsmann Stiftung, Gütersloh, 2006, pàg. 52-53.

<sup>46</sup> D.M.W. WATERS, "The institution of the trust in civil and common law", *RCADI*, 1995, vol. 252, pàg. 309.

fundacions, per exemple, s'inclouen en alguns ordenaments els fons de pensions, d'aquí l'important nombre i la dificultat d'acotar una definició de fundació.

Per altra banda, en els Estats del sud d'Europa com Espanya, França o Itàlia, la pervivència de fundacions va ser estroncada per legislacions restrictives que prohibien o dificultaven la seva constitució, amb un fort component administratiu de control i que, conseqüentment, ha comportat un nombre reduït de fundacions. Aquestes legislacions restrictives fonamentades en els controls administratius previs i posteriors, amb pocs avantatges fiscals reconeguts, es troben, en els darrers anys, submergits en un procediment de revisió legislativa que pretén afavorir les condicions de constitució de fundacions, i evitar que possibles fundadors optin per desplaçar-se a d'altres països que disposen d'ordenaments més flexibles i favorables.

## **1.2 Les reformes legislatives sobre fundacions: primera i segona onada**

Generalment, les normes reguladores de les fundacions es trobaven positivades en els codis civils, així a Espanya (arts. 35-39 *Código civil*), Països Baixos (art. 285 i ss BW), Itàlia (arts. 14 a 35 *Codice civile*), Alemanya (arts. 80 a 88 BGB), Suïssa (80 a 89 Codi civil), o Grècia (arts. 108-121 Codi civil). Paradoxalment, com s'ha exposat, no essent així en el Codi civil francès, model de codi per excel·lència, que disposa la regulació de la *fondation* a través de la jurisprudència i la pràctica del Consell d'Estat fins l'aprovació de la llei de 1987.

En les darreres dècades, alguns dels preceptes dels codis civils han estat complementats per normes especials que, fora del text civil, han estatuint una nova regulació específica sobre fundacions. Aquestes regulacions generalment han estat reclamades pels juristes, donada la necessària adaptació a la nova realitat social i econòmica. Ha estat així, per exemple, en l'ordenament espanyol, en què s'han promulgat lleis específiques sobre fundacions, primer l'any 1994 i més recentment el 2002.

Per altra banda, hi ha ordenaments, la majoria de principis i mitjans de segle XX, que sempre han contingut la seva regulació sobre fundacions en normes especials. Així per exemple a Bèlgica amb la *Loi du 27 de juin 1921 sur les associations sans but lucratif et les établissements d'utilité publique*, la qual ha estat modificada per la *Loi sur les associations sans but lucratif, les associations internationales sans but lucratif et les fondations* de 2 de maig de 2002<sup>47</sup>; a Luxemburg amb la Llei de 21 d'abril de 1928

---

<sup>47</sup> Vegeu l'interessant estudi de: I. BANMEYER; C. TALBOT; "Les fondations: état présent et idées de réforme", *Annales de Droit de Louvain*, 1998 (1), pàg. 25-77. Per consultar la llei: <[www.belgiquelex.be](http://www.belgiquelex.be)>.



sobre les associacions i les fundacions sense ànim de lucre; o a Romania, amb la Llei de 6 de febrer de 1924 sobre persones jurídiques.

Unes altres particularitats presenten les regulacions sobre fundacions dels països dels Estats de l'Europa de l'Est i excomunistes, els quals després de períodes en que no s'usaven les lleis existents sobre fundacions, en els darrers anys les han regulat de nou. Per exemple, la llei de Croàcia sobre fundacions de 31 d'octubre de 1996; la reforma del codi civil txec de 1991; la llei d'Estònia d'1 d'octubre de 1996; a Polònia per la llei sobre fundacions de 6 d'abril de 1984; a Rússia no es distingeixen les associacions de les fundacions i es va dictar la Llei de 19 de maig de 1995 sobre les associacions socials.

### 1.2.1 La necessària adaptació d'una legislació obsoleta

Hi ha hagut en les darreres dècades una important reforma de la normativa fundacional, que anomeno primera onada de modificacions, i que es podria comprendre en el període que aniria dels anys 70 (amb alguna excepció) fins als inicis del segle XXI. Aquestes reformes han succeït en ordenaments europeus com serien, entre d'altres, el de Dinamarca, amb la llei sobre fundacions i determinades associacions de 1984, o la llei de Suècia de 1996. Es presentaran alguns exemples de reformes concretes que necessitaven adaptar-se als interessos socials del moment que difererien de les regulacions que dataven de les darreries del segle XIX.

A **Anglaterra i Gal·les**<sup>48</sup>, l'estructura legal actual del sector *charitable* deriva de l'Estatut d'Elizabeth de 1601, el qual va fer front a les dificultats socials i

---

Les fundacions a Bèlgica són una part molt reduïda de les 70.000 entitats del *nonprofit sector*, només hi havia 340 fundacions registrades en el Ministeri de Justícia com a *Public Utility Establishments* l'any 2002. Actualment s'anomenen *Public Utility Foundations* (PUFs). Malgrat la nova llei, la regulació de les fundacions a Bèlgica és ambigua, ja que el terme 'fondation' cobreix diferents entitats, comportant confusions, perquè hi ha entitats que sense ser fundacions *stricto sensu* utilitza aquest terme. Les fundacions es reconeixen per real decret i es diferencien dues categories segons la seva mida, distinció que repercuteix en les obligacions comptables que els seran d'aplicació. G. PIROTTE, "Belgium", H.K. ANHEIER; S. DALY (eds.), *The Politics of Foundations*, Routledge, 2007, pàg. 85-95.

<sup>48</sup> El Regne Unit (UK) es divideix en tres sistemes legals: Escòcia; Anglaterra i Gal·les; i Irlanda del Nord. La normativa en matèria de fundacions (*charities*) és diferent a Escòcia i Irlanda del Nord respecte la normativa d'Anglaterra i Gal·les, tot i que, és unitària la normativa fiscal sobre fundacions i sobre donacions a fundacions. En el present estudi atendrem a la normativa d'Anglaterra i Gal·les, malgrat que en ocasions només citarem, per simplificar, Anglaterra. En DIPr anglès, s'entén que: "England includes Wales and the town of Berwick-on Tweed, and adjacent islands (...) and the territorial waters adjacent thereto. (...) Great Britain means England, and Scotland and its adjacent territorial waters. (...) The United Kingdom means Great Britain and Northern Ireland and their adjacent territorial waters. It does not include the Republic of Ireland. (...) British Islands means the United Kingdom, the Channel Islands and the Isle of Man and their adjacent territorial waters. (...) "From the point of view of the conflict of laws, Scotland and Northern Ireland are for most but not all purposes as much foreign countries as France or Germany", L. COLLINS (ed.), *Dicey and Morris on The Conflict of Laws*, vol. I, 13<sup>a</sup> ed., London, 2000, pàg. 28 i 3.

econòmiques postmedievales. També va ser important per al sector l'empenta que la revolució industrial va donar a les activitats filantròpiques, creant noves tipologies de *charities* i de fins *charitables*. Durant l'inici del segle XIX, va succeir l'època en que la societat civil va implicar-se i consolidar-se en les activitats filantròpiques, que conduïren a mitjans del mateix segle a la participació dels municipis en la coordinació de capitals que havien augmentat considerablement. Resultat d'aquell temps són els parcs i jardins públics de l'època victoriana. Es van detectar abusos en la recollida de fons, i per pal·liar-ho es van dictar diferents normes de control, es precisava d'una reforma en l'administració de justícia i s'aprovà la *Charitable Trust Act 1853*, que instituï la *Charity Commissioners*<sup>49</sup>. Posterior a la Segona Guerra Mundial, es redefiní la relació entre l'Estat i les *charities* en el marc del *Welfare State*, de manera que el govern assumí activitats socials<sup>50</sup>. Es va aprovar la *Charities Act 1960*, en la que la *Charity Commission* estenia el seu àmbit d'aplicació a les recollides benèfiques i es creava el primer registre públic per a *charities*. En les últimes dècades, però, l'activitat del voluntariat i de les *charities* va anar adquirint un rol creixent (*private welfare*), a mesura que disminuïa la responsabilitat de l'Estat. En aquest període dels anys vuitanta, es va demostrar l'eficiència i efectivitat del sector voluntari en general, però paral·lelament creixien els riscos de frau i malbaratament dels fons destinats a la filantropia, tot plegat davant l'actitud passiva de la *Charity Commission*. En aquest context, es va dictar la *Charities Act 1993*, la previsió més important de la qual va ser la nova regulació del registre de fundacions organitzat per la institució '*Charity Commission*', incidint en la voluntat de promocionar i assistir a les institucions *charitables*. Segons el que fou director de la *Charity Commission* l'any 2000, F. FRIES, "les entitats de voluntariat no necessiten d'un permís per existir, i tampoc d'una forma específica legal. La llei sobre *charities* existeix, en línia de principi, més per protegir les *charities*, que no pas per regular-les"<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> P. LUXTON, *The law of charities*, Oxford, 2001, pàg. 9-10.

<sup>50</sup> Tres factors serveixen per descriure el desenvolupament legal de les fundacions al Regne Unit: la secularització de la filantropia; el canvi de rol i responsabilitats de la riquesa; el canvi i ambigua relació amb l'Estat. D. LEAT, "United Kingdom", H.K. ANHEIER; S. DALY (eds.), *The Politics of Foundations*, Routledge, 2007, pàg. 97.

<sup>51</sup> R. FRIES, "Le associazioni filantropiche e la charity commission", G.P. BARBETTA; C. SCHENA, *Regolazione e controllo sulle organizzazioni non profit*, Il Mulino, Bologna, 2000, pàg. 59. "The Commission is a Non-Departmental Public Body, i.e. a body which has a role in the processes of national government, but is not a government department. Commission decisions are made independently from government ministers. The Commission is accountable to parliament and the public". E. BODDINGTON, "United Kingdom (focus on England and Wales)", *Foundations' Legal and Fiscal Environments, Mapping the European Union of 27*, EFC, 2007. Vegeu: <[www.charity-commission.gov.uk](http://www.charity-commission.gov.uk)>.

A **Espanya**, amb la *Ley 30/1994 de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General* (actualment derogada per la Llei 50/2002 i Llei 49/2002), es va posar fi a un caos normatiu considerable. No era fàcil la utilització de la normativa sobre fundacions, ja fos per la quantitat com per la seva dispersió. Va ser aquesta la raó per la qual el legislador dels noranta va decidir posar-hi ordre, tal i com indica l'Exposició de Motius de la Llei de Fundacions de 1994<sup>52</sup>. Només efectuant una simple lectura de la pluralitat de *Leyes*, *Reales Decretos* i *Reales Órdenes*, hom pot constatar que hi havia un nombre molt elevat de reglamentació, resultant excessiva. La normativa existent es podia classificar en tres blocs de normes seguint l'esquema de J.J. MARÍN LÓPEZ, que serien: el bloc de les fundacions *benéficas o asistenciales*, el de les *culturales o docentes*, i el de les normes *laborales*. Cada grup estava format per un llarg llistat de disposicions, i aquestes regulaven el tipus de fundació segons la finalitat que perseguïen. Distingia, també, les *religiosas*, que no disposaven de regulació específica, i les *canónicas*, les quals comptaven amb el Codi de Dret Canònic<sup>53</sup>. A aquesta dispersió normativa se li ha de sumar una situació política peculiar, durant la segona meitat del segle XX, com va ser una dictadura que s'estendria en més de tres dècades, període en el qual es perceptible un retrocés en l'activitat fundacional<sup>54</sup>. Amb la democràcia, i la previsió constitucional d'elaboració d'una llei sobre fundacions, el legislador dels noranta va decidir posar ordre a la regulació precedent. Amb aquesta intencionalitat es redactava la Disposició Derogatòria única de la mateixa Llei 30/1994, on es derogaven Lleis i Reals Decrets, també determinats articles de Decrets que regulen matèries, com és la Llei General de la Seguretat Social, i per últim, disposava que s'entendran derogades: "Les demás disposiciones que s'oposin a l'establert en la present Llei". Aquesta darrera clàusula de tancament no era clara, de fet, obria un interrogant

---

<sup>52</sup> Exposició de Motius de la Llei 30/1994, apartat II, "(...) La situación actual es la de una maraña legislativa constituida por reglas dispersas y dispares, con una vigencia e incluso validez más que dudosas y del más variado tipo. Se hace imprescindible, por consiguiente, simplificar el sistema dotándole de claridad y racionalidad y reforzando la seguridad jurídica, al tiempo que se facilita la labor de los destinatarios de las normas. A ello atiende el Título I de la Ley a tal fin dirige sus objetivos, que pueden resumirse en los siguientes: (...) b) Ofrecer una regulación sistemática, ordenada y precisa de las fundaciones, acorde con la trascendencia económica, jurídica y social del hecho fundacional."

<sup>53</sup> En el pròleg de MARÍN LÓPEZ es detallen totes les normes que integren cada bloc, i en la *legislación* posterior es poden consultar. J.J. MARÍN LÓPEZ (ed.), *Legislación sobre Fundaciones*, Tecnos, 1998, pàg. 30-32. A títol d'exemple: R.D. de 14 de marzo de 1899, sobre Reorganización de Servicios de la Beneficencia Particular e Instrucción para el Ejercicio del Protectorado del Gobierno; Instrucción de 20 de julio de 1926, para el Ejercicio del Protectorado del Gobierno en la Instrucción y Fundación de Beneficio Docentes de Enseñanzas Agrícola, Pecuaria o Minera.

<sup>54</sup> M. A. CABRA DE LUNA; B. FRAGUAS GARRIDO, *¿Qué son y qué quieren ser las fundaciones españolas? Una aproximación a sus roles y su futuro en el marco europeo*, Vodafone, 2004, pàg. 17-18.

en relació als articles del Codi Civil dedicats a les fundacions, de manera que la Llei de Fundacions estatal incidia sobre els articles del Codi Civil, si bé, no els derogava expressament. La Llei de 1994 establia, en alguns casos, criteris diferents dels que utilitzava el Codi Civil, però s'interpreta finalment, que seran les noves disposicions les que s'hauran d'aplicar. Preval doncs, la disposició més recent i específica, i no pas el *vell* Codi Civil. Conclusió que interpretem també de l'última disposició derogatòria per la qual s'entendran derogades les demés disposicions que s'oposin a l'establert a la Llei de fundacions. La bona voluntat del legislador i la disposició derogatòria semblaven, però, no haver estat suficients per complir amb el propòsit de l'Exposició de Motius: “oferir una regulació sistemàtica, ordenada i precisa de les fundacions”. La norma derogatòria de tancament utilitzada, era excessivament general i estava mancada de precisió, de manera que calia el seu estudi cas per cas per tal de comprovar si les normes anteriors al 1994, que no havien estat derogades expressament, eren o no contràries a la Llei 30/1994. Creava doncs, una situació d'inseguretat jurídica, amb la conseqüent intervenció dels tribunals<sup>55</sup>. Així doncs, la Llei 30/1994 no aconseguia de manera definitiva i clara posar ordre a la normativa de fundacions estatal anterior al 1994, per això caldrà esperar a la darrera llei de 2002.

El cas **francès** és similar, ja que patia, i pateix encara, una dispersió normativa que s'agreujava per no tenir ni tant sols una definició de *'fondation'* que no va arribar fins l'aprovació de la *Loi n° 87-571 du 23 du juillet 1987 sur le développement du mécénat*. Però aquesta llei és essencialment fiscal i modifica l'art. 238 bis del *Code général des impôts*, que es limita a dedicar quatre articles al reconeixement legal de les fundacions i a disposar una definició. Tot i l'avenç que va suposar l'aprovació d'aquesta llei, la doctrina francesa es va mostrar insatisfeta ja que considera que la llei de 1989 era insuficient i poc aclaridora perquè que no solucionava la diversitat legislativa. Continuava mancant una llei que englobés tot l'estatut autònom de les fundacions. Quedaven sense resoldre qüestions com la possibilitat de constituir fundacions públiques, així com les instituïdes *post mortem*<sup>56</sup>. Finalment, conseqüència de la imperfecció de la llei de 23 de juliol de 1987, es va aprovar la *Loi du 4 juillet 1990* que modifica l'anterior, i que va suposar, per una banda, el

---

<sup>55</sup> Veure l'estudi jurisprudencial de J.J. MARÍN LÓPEZ, en què es descriuen diferents problemes que s'han plantejat davant els tribunals alhora de determinar si una antiga disposició es podia aplicar o no, depenent de si era contària a la Llei 30/1994. Pròleg de la *Legislación sobre Fundaciones*, Editor J.J. Marín López. Tecnos, 1998, pàg. 34-45

<sup>56</sup> P. RAYNAUD, “Les fondations, problèmes de droit civil”, DUPUY, R.J. (dir.), *Le droit des fondations en France et à l'étranger*, Paris, 1989, pàg. 45; M. POMEY, *Traité des fondations d'utilité publique*, Presses universitaires de France, Paris, 1980, pàg. 75 i ss.

reconeixement o regulació de les fundacions mercantils (*fondation d'entreprise*)<sup>57</sup>, i per altra banda, resol legislativament la qüestió de les fundacions *post mortem*. Tanmateix, es comprovarà en la segona onada de modificacions, que a finals de la mateixa dècada el *Conseil d'État* feia palesa la necessitat d'una nova regulació de les fundacions franceses<sup>58</sup>.

A **Itàlia** es va introduir la regulació de les fundacions en el *Codice civile* de 1942<sup>59</sup>. Aquesta persona jurídica era considerada en aquell temps, com un succedani de les causes pies medievals, pensada com un fenomen econòmicament marginal. Malgrat aquesta consideració, les fundacions italianes es van anar desenvolupant entre el dret civil i l'administratiu. La seva regulació, de forma similar a la francesa, preveia per al reconeixement d'una fundació, l'aprovació d'un Decret Legislatiu dictat pel mateix President de la República o pel Govern de la Regió, necessitant, doncs, temps i recursos econòmics importants.

La inadequació de les normes existents va provocar, a partir dels anys seixanta, el seu estudi encaminat a repensar legislativament la figura. L'any 1977 s'introdueix la distinció entre fundacions regionals i nacionals, ja que es possibilita que el reconeixement de les fundacions que actuen en àmbit regional es realitzi pels ens administratius regionals i no només pel President de la República<sup>60</sup>. La mesura pretenia incentivar el fenomen fundacional regional, fet que va ser ben rebut per la *praxis*, i que certament va fer incrementar el nombre de fundacions<sup>61</sup>. Arribats els anys vuitanta, la doctrina italiana, influenciada per l'alemanya, vincula la fundació a l'empresa, donada la potencialitat i pluralitat de finalitats que poden perseguir. S'admet per la jurisprudència que les fundacions puguin desenvolupar

---

<sup>57</sup> Distingiríem a grans trets, tres tipus de fundacions previstes per l'ordenament jurídic francès: *fondations reconnues d'utilité publique*; *fondations abritées*; *fondations d'entreprise*.

<sup>58</sup> V.A., "Rendre plus attractif le droit des fondations", *Collection Études et documents Conseil d'Etat. La documentation française*, Paris 1997; M.P. NACHBAR, *Avis relatif au mécénat, aux associations et aux fondations*, Sénat n° 279, 7 mai 2003.

<sup>59</sup> Llibre I "Delle persone e della famiglia", Títol II "Delle persone giuridiche", Capítol II "Delle associazioni, e delle fondazioni", R.D. 16 marzo 1942, n° 262, Approvazione del testo del codice civile. Es regulen en el mateix apartat les fundacions i les associacions.

<sup>60</sup> DPR 44 luglio 1977, n. 616. V.A., *Le Fondazioni in Italia Libro bianco*, Consiglio italiano per le Scienze Sociali, Roma, 2002, pàg. 23.

<sup>61</sup> Als anys cinquanta hi havia 239 fundacions; fins l'any 1960 només es va incrementar en 135 fundacions; fins el 1970, l'increment va ser de 385. Hi ha un augment considerable en la dècada dels vuitanta, provocat per la pràctica jurisprudencial que facilita la seva creació. No és fins als anys noranta en que es duplica el nombre de fundacions fins arribar, l'any 2001, al nombre de 3.300 fundacions. Increment molt important que resulta d'un canvi jurídic, polític i social. L'augment es preveu important en els propers temps, sobretot després de la reforma del procés de reconeixement d'una fundació de l'any 2000. Dades de: A. MONTEVERDI, "Dimension of the foundation Sector in the European Union: Italy", *EFC*, 2001, <www.efc.be>.

activitats econòmiques, sempre que els beneficis es reinverteixin en activitats d'interès general i que, aitals activitats econòmiques, no siguin el fonament de la fundació<sup>62</sup>.

En relació a la regulació jurídica dels **Països Baixos**, ha estat la que ha patit menys reformes legislatives en matèria de fundacions. La seva normativa vigent, provenia de la llei de fundacions de 1956 que es va incorporar al Codi civil el 1976 (art. 286 i ss BW)<sup>63</sup>.

### 1.2.2 Es percep la importància econòmica i social de les fundacions?

Actualment s'està vivint de nou un procés de modificació de les lleis estatals o regionals de fundacions, que pretén situar-les, al nostre entendre, en la categoria jurídica que els correspondria atenent la seva creixent importància en la societat i en el mercat. Certament pot sorprendre que transcorregut tant poc temps des de la primera onada de modificacions dels anys noranta, les quals semblaven haver complert amb la finalitat reorganitzativa en molts ordenaments, després de poc més d'una dècada ens trobem immersos en un altre període de reformes. Es poden deduir diferents raons que motivarien aquesta segona onada de modificacions legislatives:

- a) **La necessària adaptació de la normativa a una institució social i econòmica en auge.** Efectivament, el rol de les fundacions no només ha trencat amb el passat caritatiu, sinó que adquireix cada dia més importància econòmica i social<sup>64</sup>. Així mateix, la possibilitat que el sector

---

<sup>62</sup> A. ZOPPINI, *Le Fondazioni*, Napoli, 1995, pàg. 1-5. Aquesta novetat ideològica xoca frontalment amb els teòrics i amb la legislació. Es troba la fundació en un espai on no conjuminen la legislació aplicable i la *praxis* d'aquestes entitats que evoluciona molt més ràpidament. Es troba exclosa jurídicament de l'actuació en el mercat, quan precisament la fundació absorbeix els béns de la circulació juridicoeconòmica. S'introdueix la idea de la capacitat productiva i d'intercanvi pròpia de les *charities*, enfront de la concepció clàssica de la fundació com a "forma jurídica pensada per realitzar una finalitat ideal". Per això, afirma A. ZOPPINI que hi ha un abús de la forma jurídica. Col·lisiona doncs, la '*tradizione*' i la '*modernità*' de la institució de la fundació.

<sup>63</sup> Abans de la llei de 1956 no existia cap norma que preveïés les fundacions. Aquestes es creaven a través dels actes notariais, i només hi havia regulació sobre les taxes, en cas de problema jurídic es resolia jurisprudencialment.

<sup>64</sup> "Negli ultimi due decenni, la 'fondazione' è tornata progressivamente sulla scena in Italia come in Europa. Al di là delle diverse ragioni che, storicamente, sono alla base di questo risveglio – che, per molti aspetti, è una rinascita con caratteristiche molto diverse dal passato – un fatto emerge con chiarezza: il legame stretto fra 'fondazioni' e 'società civile'. (...) Molto spesso sono proprio le fondazioni, intese nel modo innanzi detto, le organizzazioni che meglio sembrano rispondere alle finalità di interesse collettivo perseguibili attraverso iniziative espressione di autonomia privata. Le donazioni patrimoniali e finanziarie spesso si combinano, nelle fondazioni, con l'azione volontaria di molte persone per perseguire grandi scopi filantropici." V.A., *Le Fondazioni in Italia Libro bianco*, Consiglio italiano per le Scienze Sociali, Roma, 2002, pàg. 11.

mercantil actui en les finalitats fundacionals afegeix un nou i poderós operador tant en les polítiques social com en les decisions econòmiques. D'això sembla que se n'ha adonat el legislador nacional, no sense però, haver rebut pressions d'aquest *lobby*<sup>65</sup>.

- b) **La participació activa de les fundacions en el benestar de la societat.** Els governs han advertit en el procés de 'modificació' de l'Estat del Benestar el creixent i important paper de les fundacions en el desenvolupament social, destacant que són pioneres en els àmbits d'actuació. Per això, es deixen enrere les desconfiances envers aquests cossos intermitjos i s'opta per promocionar-les. Aquest aspecte serà desenvolupat en el tercer capítol de la present part.
- c) **Les activitats i inversions transfrontereres de les fundacions.** La multiplicació d'entitats internacionals *nonprofit*, sobretot les Organitzacions no Governamentals (ONG), moltes constituïdes com a fundacions, que es dediquen al desenvolupament en tercers països, ha comportat activitats econòmiques transnacionals. Aparellades a aquestes, inevitablement han augmentat els fraus fiscals i blanqueig de capital a escala internacional, els quals són més difícils de detectar i combatre mentre no existeixin regulacions convencionals multilaterals<sup>66</sup>.

Són diversos i acumulatius els factors que han propiciat aquesta segona onada de reformes legislatives. S'exposaran les reformes recents dels ordenaments que són objecte del nostre estudi, tot i que el llistat s'estendria, entre d'altres a: Alemanya (2002); Suècia (2006); Bèlgica (2002); Dinamarca (respecte les fundacions comercials 2006); Irlanda (2007); Escòcia (2005).

A **França**, l'1 agost de 2003 es va aprovar *la Loi 2003-709, relative au mécénat, aux associations et aux fondations*, que modifica els articles del codi general dels impostos relatius a aquestes matèries, alguns articles de la llei de 1987, i del codi civil local. D'entre les causes que propicien la reforma francesa s'esgrimeix el reduït nombre

---

<sup>65</sup> La iniciativa d'associar-se del Club de la Haia, es trasllada a tots els àmbits estatals de manera que, en pràcticament tots els països, existeixen associacions de fundacions que intervenen en les polítiques socials i culturals del seu territori, influenciant en les polítiques públiques. Per exemple, vegeu els webs de: *Association of Charitable Foundations* <[www.acf.org.uk](http://www.acf.org.uk)>; *Asociación española de fundaciones* <[www.fundaciones.org](http://www.fundaciones.org)>; *Bundesverband Deutscher Stiftungen* (Association of German Foundations) <[www.stiftungen.org](http://www.stiftungen.org)>. Així també, en àmbit supraestatal, vegeu entre d'altres: *European Foundation Centre* <[www.efc.be](http://www.efc.be)>; *Worldwide Initiatives for Grantmaker Support* (WINGS) <[www.wingsweb.org](http://www.wingsweb.org)>.

<sup>66</sup> En el marc europeu, ha estat necessari que les legislacions s'adaptin de nou a les noves necessitats internacionals, especialment en aquelles regulacions tradicionalment més restrictives. Advertirem en la tercera part la possibilitat que es generi un "*race to the bottom*" en matèria de fundacions i, en especial, respecte les regulacions tributàries de donacions internacionals a ens no lucratius.

de fundacions registrades en comparació amb els països veïns europeus. Els legisladors són coneixedors de l'estancament d'aquest sector, arrelat a les malfiances de segles anteriors, que precisava ser eliminat. A títol d'exemple, l'informe d'un dels senadors francesos en el procés de discussió de les reformes, argumentava la necessitat de la reforma en els següents termes:

“L’Estat no té el monopoli de l’interès general. El present projecte de llei es basa en les conseqüències d’aquest principi condicionant el marc jurídic i més especialment fiscal del mecenatge i de la vida associativa en el sentit més ampli, per tal d’incitar els francesos a manifestar el seu esperit de solidaritat i la seva voluntat de participar en la vida col·lectiva. Sostenint el mecenatge sota totes les seves formes, el govern s’esforça a donar un impuls decisiu, que hauria de permetre a França agafar i fins i tot superar els altres grans països desenvolupats en matèria de solidaritat privada. (...) es pot parlar d’un vertader retard francès en matèria de mecenatge, sobretot per comparació amb els països anglosaxons. Pel que fa a les 12.000 fundacions americanes i dels 3.000 ‘*Charity trusts*’ britànics, però també de les 2.000 fundacions alemanyes, no es compten a França més que 476 fundacions d’utilitat pública, 70 fundacions d’empresa. És poc, fins i tot si cal afegir-hi les escasses 500 fundacions sota l’ègida de la Fundació de França. Aquesta desproporció de nombres es tradueix per un desequilibri en termes de pes econòmic i social. Mentre que als Estats Units, el mecenatge ateny un 2,1 % del producte interior brut, no en representa més que un 0,09 % a França. Tractant-se d’activitats d’interès general, és legítim atorgar-los un estatut fiscal privilegiat reconeixent la seva utilitat social eminent. Tal és la raó per la qual el contingut del present projecte de llei consisteix essencialment en mesures d’incentivació fiscal, el que justifica que hagi estat retornat en el fons a comissió de les finances”<sup>67</sup>

---

<sup>67</sup> Informe del senador M. Yann GAILLARD, (Rapport Sénat n. 278, 7 maig 2003). Una altre dels molts exemples il·lustratius de la necessitat de trencar amb l’antic sistema per tal de ser competitiu a Europa, és el discurs del senador M. Philippe NACHBAR, (Avis n. 279, 7 maig 2003): “ (...) A l’évidence, le mécénat, et donc l’engagement des citoyens ou des entreprises en faveur de causes d’intérêt général reste encore relativement peu développé en France par rapport à d’autres pays occidentaux. (...) La tradition française qui remonte à la Royauté et a été étayée par la Révolution accorde à l’Etat le monopole de la représentation de l’intérêt général contre les corps intermédiaires. C’est autour de l’Etat que s’est créée l’idée de la Nation et à travers lui que s’est constitué le territoire, à l’inverse de ce qui a prévalu dans d’autres pays européens tels l’Italie ou l’Allemagne. Déjà fortement présente à travers la monarchie absolue, la puissance publique n’a cessé, depuis, de tenir une place de plus en plus importante dans la vie sociale, évolution qu’a parachevée l’apparition de l’Etat-providence. Par ailleurs, la révolution industrielle telle qu’elle s’est déroulée en France n’a guère favorisé l’émergence d’entrepreneurs à l’image de ceux qui, aux Etats-Unis, en Grande-Bretagne ou en Allemagne ont su très tôt développer un mécénat d’entreprise. L’admonestation de Guizot conjuguée aux accusations de paternalisme ont eu pour effet de détourner durablement les chefs d’entreprises français de telles pratiques. Portant le poids de cet héritage historique, le mécénat apparaît donc comme une pratique sociale encore récente. Cette idiosyncrasie traduit la conviction profondément ancrée dans les mentalités françaises selon laquelle, pour citer M. Jacques Rigaud, ‘l’Etat détient le monopole de l’intérêt général et que toute initiative extérieure à lui qui prétendrait concourir au bien commun est nécessairement suspecte, se situant quelque part entre une congrégation religieuse vue par les anticléricaux du temps du père Combes, et une association de malfaiteurs’”.



Malauradament però, de la lectura de la llei se n'extreu que, si bé és cert que efectivament hi ha millores en els aspectes fiscals<sup>68</sup>, l'eliminació de la burocràcia en el procediment de constitució de fundacions d'utilitat pública es redueix mínimament i, de fet, les reformes que han succeït, sorgeixen del Consell d'Estat i no d'aquesta nova llei<sup>69</sup>.

A l'**Estat espanyol**, després d'un període breu d'aplicació de la Llei 30/1994, es va aprovar la *Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones*, i la *Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo*, derogant la Llei 30/1994, i l'any 2005 s'aprova el *Reglamento de Fundaciones de Competencia Estatal*<sup>70</sup>. La reforma de 2002 descriu com a objectius principals, segons la seva Exposició de Motius: reduir la intervenció dels poders públics en el funcionament de les fundacions; flexibilitzar i simplificar els procediments, de forma especial els de caràcter econòmic i financer; dinamitzar i potenciar el fenomen fundacional; i animar a la societat civil la seva col·laboració en la consecució dels fins d'interès general. Tot i que es pot admetre una certa flexibilització en la regulació sobre fundacions, a aquesta nova normativa plena de bons propòsits, encara se la pot considerar massa intervencionista, resultant insuficients les millores en el règim d'incentius fiscals a les aportacions privades i el règim fiscal de les entitats sense fins lucratiu<sup>71</sup>.

---

<sup>68</sup> “Le projet de loi propose un accroissement significatif des avantages fiscaux auxquels ouvrent droit les dons, mais vise également à encourager la création de fondations reconnues d'utilité publique. Ce souci de rompre avec la suspicion héritée de l'Ancien régime et de la Révolution à l'égard des biens de mainmorte, qui se traduit moins dans les dispositions du projet de loi que dans les mesures réglementaires qui l'accompagnent répond à une demande sociale qu'il convient, en effet, d'encourager. (...) En France, le droit applicable aux fondations, comme l'a souligné le Conseil d'Etat dans une étude publiée en 1996, 'est loin de régler l'ensemble des problèmes rencontrés par ces établissements'. Ses dispositions constituent, pour certaines, de réels freins à leur constitution, qui obéit encore à une procédure à la fois longue et bureaucratique.” M.P. NACHBAR, *Avis sur le projet de loi relatif au mécénat, aux associations et aux fondations*, n. 279, Senat, 2003, pàg. 4; 12.

<sup>69</sup> L'any 2005 s'aprecia que en només dos anys d'aplicació de la nova llei, trenta empreses han creat fundacions (22 fundacions d'empresa, 6 per la Fundació de França, una per l'*Institut de France*, i només una com a fundació reconeguda d'utilitat pública). Es va realitzar una enquesta que es preguntava, d'entre altres qüestions, si l'espectacular augment de fundacions franceses era conseqüència de la llei de 2003. La resposta generalitzada era considerar que, si bé la nova regulació no havia estat el motiu de la creació d'aquestes fundacions, sí que havia encoratjat a crear-les, o bé, n'havia accelerat el procés. S'afegia que els avantatges fiscals havien estat determinants per alguns projectes. C. ESSIG; M. DE LA TAILLE, “Une nouvelle génération de fondations”, *Entreprises & Mécénat*, n. 106, 2005, pàg. 16-18. Recentment s'ha aprovat una llei que institueix una nova categoria de fundacions (*fondations de coopération scientifique Loi 2006-450*).

<sup>70</sup> LF 50/2002 (BOE núm. 310, 27.12.2002), L 49/2002 (BOE núm. 307, 24.12.2002), Reglament (R.D. 1337/2005, de 11 de novembre. BOE núm. 279, 22.11.2005).

<sup>71</sup> “En conclusión, si bien las nuevas leyes han venido a modificar algunos de los aspectos más controvertidos de la normativa anterior, estos cambios no han sido todo lo profundos que las fundaciones esperaban. El sector sigue consierando que se debería promover una mayor confianza en las fundaciones, en las actividades que desarrollan y el servicio que ofrecen al interés general, y la forma de materializar esta

Un aspecte a destacar de la nova regulació espanyola és que, encertadament, desdobra l'anterior llei de 1994 en dues normes separades: una pròpia del règim jurídic de les fundacions (Llei 50/2002), i una altra llei que s'ocupa del règim fiscal (Llei 49/2002). Cal apreciar però, una injustificada mancança en aquest segon període de reformes legislatives espanyoles, ens referim a la regulació d'un Registre de Fundacions de Competència Estatal, previst en la llei de 1994, reiterat en la llei de 2002, així com en el reglament de 2005. No serà fins el 2008 que es dicta un Reglament en aquest sentit<sup>72</sup>. Per tant, des del 1994 s'han hagut d'emprar els diferents registres ministerials, mesclats amb la pluralitat de registres autonòmics sense que existeixi cap mecanisme de coordinació entre ells, i impossibilitant, a més, saber amb certesa el nombre de fundacions existents a l'Espanya. Aquesta inseguretat jurídica i sensació de regulació ineficaç, també es percep per part de les fundacions estrangeres que pretenen actuar de forma estable en territori espanyol. S'exposaran detingudament els problemes suscitats a les fundacions estrangeres la inexistència d'aquest registre de competència estatal en la segona part<sup>73</sup>.

A **Itàlia**, l'any 2000 s'aprova un Reglament que té com a objectiu agilitzar el procediment de reconeixement jurídic de les fundacions, deixant de ser un reconeixement per concessió d'autoritat governativa (tramitació que podia estendre's d'un a tres o quatre anys), per passar a ser una mera inscripció registral constitutiva, nacional o regional<sup>74</sup>. Així, les fundacions, i altres institucions de caràcter privat, adquireixen la personalitat jurídica mitjançant el decret del Prefecte o del President de la junta regional, que deixa de ser un decret de reconeixement, i passa ser una ordre d'inscripció en el registre de les persones jurídiques, amb l'única comprovació de que la finalitat sigui possible i lícita, i que el patrimoni resulti adequat a la realització del fi fundacional. Es publica el 2007, el primer estudi estadístic sobre el nombre de fundacions a Itàlia, en concret, en data de 31 de desembre de 2005, hi havia 4720 fundacions en actiu<sup>75</sup>.

---

confianza es dotando de medidas legales y fiscales que faciliten y apoyen su labor", M. A. CABRA DE LUNA; B. FRAGUAS GARRIDO, *¿Qué son y qué quieren ser las fundaciones españolas? Una aproximación a sus roles y su futuro en el marco europeo*, Vodafone, 2004, pàg. 25.

<sup>72</sup> Real Decreto 1611/2007, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de fundaciones de competencia estatal, (BOE núm. 17, 19.1.2008).

<sup>73</sup> *Vid.* part. II, cap. III, apartat 2.2.1.

<sup>74</sup> DPR 10 febbraio 2000 n. 361, "Regolamento recante norme per la semplificazione dei procedimenti per il riconoscimento di persone giuridiche private e di approvazione delle modifiche dell'atto costitutivo e dello statuto". Vegeu: A. ZOPPINI, "Riformato il sistema di riconoscimento delle persone giuridiche", *Notarlex*, 2001, 291, estudio 3367, <[www.notarlex.it/studi/enti/3367.htm](http://www.notarlex.it/studi/enti/3367.htm)>.

<sup>75</sup> Istituto Nazionale di Statistica: Le fondazione in Italia, 18 ottobre 2007.

Per altra banda, la regulació de les fundacions, així com, d'altres persones jurídiques privades regulades en el Codi civil (*Libro I del Codice Civile*, arts. 12-35), està pendent de reforma<sup>76</sup>. La darrera reforma data del 1942, i les subsegüents adaptacions s'han basat en la derogació de determinats preceptes del CCIt, o la reforma introduïda a través del reglament de 2000 sobre el procediment de simplificació del procediment administratiu de reconeixement de personalitat jurídica. Les normatives sectorials sobre voluntariat, fundacions bancàries, o líriques, entre d'altres, ha conduït a diferències de tracte jurídic no sempre justificat. A més a més, el control públic, només s'ha exercit en el moment del reconeixement, i es considera que ha arribat el moment de distingir la intensitat en el control segons la tipologia d'entitats. Així, respecte les que realitzen finalitats col·lectives s'exerciria un major control, en especial, sobre aquelles que desenvolupen activitats comercials, també respecte les fundacions privades, enteses aquestes com les que destinen el seu patrimoni a un fi particular o familiar, o bé, el patrimoni destinat a una persona jurídica preconstituïda preservant la seva independència<sup>77</sup>. Resumidament, les idees de fons de la proposta serien: afavorir la transparència en les accions de l'entitat; tutelar als tercers que estan en contacte amb l'ens; ampliar l'autonomia estatutària; apropar/confrontar la disciplina de les entitats amb finalitat lucratives respecte les entitats *nonprofit*<sup>78</sup>.

---

<sup>76</sup> El legislador italià fa temps que anuncia una reforma del llibre I, però els canvis de governs no ho han permès. En la *proposta di riforma del Libro I Titolo II del Codice Civile*, participen diferents ministeris: justícia, economia i finances, de l'activitat productiva, del treball i política social. Es coneix com el 'progetto Pinza' (Vice Ministro dell'Economia e delle Finanze Roberto Pinza).

<sup>77</sup> Notes informatives de: G. ORLANDO, "Il perché di una riforma"; S. BILLÈ, "Nuove norme per associazioni e fondazioni"; (10.12.2003), <www.confcommercio.it>. La proposta de reforma pretendria ser competitiva en relació a altres ordenaments jurídics, en concret, respecte figures jurídiques com el *trust* o l'*anstalt*, obrint la possibilitat de determinar l'estructura organitzativa de la fundació, ja sigui per constituir fons especials i independents atorgats a una fundació (les fundacions dependents); o bé, fundacions amb finalitats particulars. L'equiparació d'una fundació dependent a un *trust* és, però, incorrecta.

<sup>78</sup> La reforma repercutiria en aspectes com: el patrimoni de les fundacions, que en el cas de les d'interès col·lectiu, s'hauria de garantir una quantia necessària per acomplir la finalitat (no inferior a un milió d'euros); la possibilitat de reforma dels estatuts, amb l'única limitació que fossin per millorar la persecució de fi fundacional; un règim d'extinció i de transformació per tal de garantir la destinació del patrimoni al fi de la fundació; individualitzar les competències dels administradors (gestió) i les seves característiques (honorabilitat, professionalitat, independència) i l'obligació de rendre comptes; introduiria la constitució d'una comissió interna de control (comitato interno di controllo) sobre la gestió i la comptabilitat, introduint en el CC el model dual, enfront del monista; la constitució d'una autoritat de control externa/pública (per les entitats que disposin d'un patrimoni superior a deu milions d'euros) que tindria capacitat per sol·licitar informació en qualsevol moment, disposant de potestat inspectora; atribuiria als beneficiaris competència per sol·licitar a l'òrgan intern de control la comprovació del compliment de la fundació, així com efectuar denúncies; introduiria les fundacions dependents. <www.confcommercio.it> (10.12.2003).

A Anglaterra i Gal·les, pocs anys després de la llei de 1993, sorgeixen veus que plantegen si caldria repensar la institució proporcionant una definició tant de *charity* com dels *purposes*, i incloure en una llei tot allò que s'ha disposat a través de la jurisprudència durant dècades. El 27 de maig de 2004 la *Home Office* (el ministeri d'interior) va publicar el *Draft Charities Bill* i actualment està en vigor la *Charities Act 2006 (c. 50)*<sup>79</sup>. En aquesta nova regulació es preveu per primera vegada una definició de *charity*, i una acuradíssima descripció del significat i els supòsits inclosos del que són “*charitable purposes*” en la història d'Anglaterra i del País de Gal·les. Per al control sobre els *purposes* de manera que aquests siguin ‘exclusivament’ *charitable* s'utilitzarà un test de control (the “*public benefit*” test). Es preveu el requeriment d'informes més complets per part de tots els tipus de *charities*, incloses les *companies charities*<sup>80</sup>. També es crea i es regula un tribunal propi per resoldre les qüestions referents a les *charities*, és *The Charity Tribunal*, per tant no caldrà acudir directament a la *High Court*<sup>81</sup>.

Una altra important novetat és la regulació d'una nova forma d'organització, la ‘*Charitable Incorporated Organisation*’ (CIO). Durant els anys noranta es va discutir per part de la doctrina i les autoritats la necessitat d'incloure una nova estructura de *charity* que tingués personalitat jurídica (*corporate personality*), que es registrés com a ens separat per la *Charity Commission*. Aquesta nova *charity* tindria dues formes: la *foundation*, i l'associació amb membres. D'aquesta manera s'aconseguiria estar subjecte a unes normes clares, coherents i que reguessin tota l'estructura i funcionament d'aquest tipus de *charity*. La dificultat de regir *charities* amb estructures ‘*incorporated*’ aplicant-los la *Companies Act 1985*, per tant, aplicant-los els seus procediments i normativa industrial, comportava dificultats en el funcionament de les *charities*. Aquesta nova forma o estructura no implica la desaparició de les altres: *trusts*, *unincorporated association*, *companies limited by guarantee*; però sí que es desitja que esdevingui la forma dominant<sup>82</sup>.

---

<sup>79</sup> “An Act to provide for the establishment and functions of the Charity Commission for England and Wales and the Charity Tribunal; to make other amendments of the law about charities, including provision about charitable incorporated organisations; to make further provision about public charitable collections and other fund-raising carried on in connection with charities and other institutions; to make other provision about the funding of such institutions; and for connected purposes” [8th November 2006] Vegeu per al seu estudi la web de la *Charity Commission*: <[www.charity-commission.gov.uk](http://www.charity-commission.gov.uk)>, i de la *Cabinet Office* en la secció sobre “Third Sector” <[www.cabinetoffice.gov.uk](http://www.cabinetoffice.gov.uk)>.

<sup>80</sup> D. EDWARDS, *Note on the law of Charities in England and Wales*, Documents del seminari: “Towards a European Framework for Public Benefit Foundations” (ERA-EFC; Brussel·les, 14/9/2006).

<sup>81</sup> Vegeu: <[www.charity.tribunals.gov.uk](http://www.charity.tribunals.gov.uk)>

<sup>82</sup> P. LUXTON, *The law of charities*, Oxford, 2001, pàg. 18-21.

L'ordenament **holandès**, únicament ha modificat la seva legislació fiscal, de fet, ha estat pionera en estendre exempcions fiscals a les donacions transfrontereres. Les fundacions, doncs, es continuen regint per les normes contingudes en el seu Codi civil.

### **1.3 Regulacions flexibles i ininterrompudes *versus* regulacions restrictives i discontinües**

Les regulacions actuals sobre fundacions serviran de base per realitzar comparacions<sup>83</sup>. Es palesarà la dualitat de regulacions coexistents, que s'han classificat com a liberals o restrictives, en relació sobretot al nivell d'intervenció administratiu en el procediment de constitució d'una fundació i les exigències formals a complir, que duen aparellat el nombre elevat o reduït de fundacions existent<sup>84</sup>. A continuació exposarem alguns trets característics d'algunes regulacions europees, tot i que, en posteriors apartats s'estudiaran els elements per separat.

#### **1.3.1 Les regulacions flexibles o liberals per a la constitució de fundacions**

Incloem en general, els països del nord d'Europa i els de *common law*, en la categoria d'ordenaments jurídics liberals pel que fa a la regulació de les

---

<sup>83</sup> Vegeu per aproximacions comparatives: El Centre Europeu de Fundacions ha realitzat diferents estudis; interessant, concís i el més recent és: *Foundations' Legal and Fiscal Environments, Mapping the European Union of 27*, 2007, <www.efc.be>; També interessant l'estudi comparatiu respecte el rol de les fundacions i les perspectives de futur de les fundacions en diferents Estats europeus: H.K. ANHEIER; S. DALY (eds.), *The politics of Foundation. A comparative analysis*, Routledge, London and New York, 2007; K.J. HOPT; W.R. WALZ; T. VON HIPPEL; V. THEN (eds.), *The European Foundation. A New Legal Approach*, Verlag Bertelsmann Stiftung, Gütersloh, 2006; F. HONDIUS, "A Panorama of trends and Developments of Foundation Law in Europe", *Stiftungsrecht in Europa*, K.J. HOPT; D. REUTER (coord.), Carl Heymanns Verlag KG Köln, 2001, pàg. 573-592; A. SCHLÜTER; V. THEN; P. WALKENHORST (ed.). *Foundations i Europe. Society Management and Law*, London, 2001, pàg. 83-279 (es descriuen normatives de 18 països); F.W. HONDIUS; T.J. VAN DER PLOEG, "Foundations", *IECL*, vol. XIII, cap. 9, 2000; CONSEIL DE L'EUROPE, *Associations et fondations*, Strasbourg, 27-29 novembre 1996, pàg. 131-253 (els Estats del Consell d'Europa van respondre a un qüestionari sobre aspectes generals jurídics de les fundacions i associacions); E. ALFANDARI; A. NARDONE, *Associations et fondations en Europe. Regime juridique et fiscal*, Juris, 1994 (s'estudien 11 ordenaments jurídics europeus).

<sup>84</sup> "En países regidos por la "Rule of Law" (Derecho Común) se consolidan más fácilmente las organizaciones no lucrativas, frente a los países de "Régimen administrativo" (continentales en Europa), donde la tipología institucional del Tercer Sector suele estar regulada legalmente y en múltiples ocasiones es necesario un reconocimiento público previo para comenzar a actuar, configurándose éste a veces como un reconocimiento genérico limitado por disposiciones normativas a través de un registro constitutivo, y otras como un acto administrativo de concesión (reconocimiento específico). La raíz de esta situación está en que las democracias liberales de tipo anglosajón se pensaba que el interés general no era preocupación exclusiva del Estado, sino que atañía, asimismo, de hecho en primer lugar a los mismos ciudadanos que actuaban espontáneamente, ya como individuos, ya colectivamente. Por el contrario, en países como Francia los principios del "contrato social", las costumbres y las formas de pensar son tales que el interés general ha sido comúnmente visto como un asunto de Estado". M.A. CABRA DE LUNA, *El tercer sector y las fundaciones de España hacia el nuevo milenio*, Madrid, 1998, pàg. 34 i nota.

fundacions. Són països com: Suècia<sup>85</sup>, Noruega<sup>86</sup>, Suïssa<sup>87</sup>, Països Baixos, Anglaterra i Gal·les.

Els països del nord d'Europa pertanyen a la família jurídica de dret civil, i l'ordenament anglès és propi del *common law*. Malgrat concernir a famílies jurídiques distintes, coincideixen en la flexibilitat de les regulacions, tot i que difereixen en alguns aspectes. El reconeixement de les fundacions com a entitat jurídica està sotmesa a mínims requisits formals, i el control es basa, a priori, en la finalitat legal de la institució i de la suficiència de patrimoni. El control posterior, pot ser dispositiu, amb exigències comptables, més estrictes quan són fundacions d'empresa, però en general gaudeixen de plena autonomia organitzativa i de gestió sense necessitat d'autoritzacions administratives per executar determinades accions. També tenen en comú que la regulació liberal ha implicat un nombre de fundacions o *charities* molt elevat, fet que s'origina en una ininterrompuda legislació favorable, i en alguns casos inexistent. Condiciona, així mateix, aquest nombre important de fundacions el fet que les regulacions preveuen un ampli ventall de tipus de fundacions, tant respecte la forma (persona jurídica, fons especials, *trust*, etc.), com per les finalitats perseguides, no només limitades a

---

<sup>85</sup> A Suècia la reglamentació principal és la *Stiftelslag SL* (1994:1220), modificada el 2006:870. C. HEMSTRÖM, "Sweden", *Foundations' Legal and Fiscal Environments, Mapping the European Union of 27*, EFC, 2007; F. WIJKSTRÖM, "Sweden", H.K. ANHEIER; S. DALY (eds.), *The Politics of Foundations*, Routledge, 2007, pàg. 290-306.

<sup>86</sup> La normativa és recent, *Stiftelsesloven* (1980), fins a les hores la regulació es basava en la pràctica legal, jurisprudencial i administrativa, encara avui dia, no existeix un registre de fundacions nacional. H. LORENTZEN, "Norway", H.K. ANHEIER; S. DALY (eds.), *The Politics of Foundations*, Routledge, 2007, pàg. 254-265.

<sup>87</sup> Confederació de gran tradició fundacional, es calcula que l'any 1998 hi havia aproximadament 26.000 fundacions. Es troben regulades en el Codi civil suís de 10 de desembre de 1907, tot i que ha estat profundament modificat els darrers anys, sobretot respecte la supervisió exercida pel *Département fédéral de l'intérieur Secrétariat general SG-DFI*. Les normes general sobre persones jurídiques són els articles 52 a 59, en els què es preveu les fundacions eclesiàstiques i les fundacions de família que estan eximides d'inscriure's en el registre de comerç; els articles dedicats a les fundacions i el seu control exercit per autoritat pública (80-89); sobre les fundacions familiars (art. 335) entre d'altres disposicions. Les fundacions privades no tenen limitat el tipus de finalitats, sempre que no sigui contrari a la llei o als costums. S'admeten fundacions públiques regulades per dret públic. La fundació suïssa es basa en uns béns que han de ser proporcionals a la finalitat, només es requereix una acta fundacional (per escriptura pública *inter vivos*, i per testament, *mortis causa*) on s'afectin uns béns o patrimoni, un cop fet l'acte fundacional unilateral a favor d'una futura persona jurídica, aquesta té com a únic requisit la seva inscripció en el Registre de Comerç, que serà un acte constitutiu de la fundació (no per les fundacions eclesiàstiques i familiars). Per tant, no es necessita cap autorització prèvia administrativa, però sí hi ha un control posterior per part de la Corporació pública (Confederació, Cantó, Municipi) segons el territori en què es desenvolupin els seus fins, bàsicament controlen els comptes i els resultats. Tanmateix, es considera que hi ha poca transparència en aquests sector, per això s'està elaborant una llei nova que, d'entre altres qüestions, establiria l'obligació de sotmetre a auditoria a les fundacions. R. PURTSCHERT et al., "Switzerland", H.K. ANHEIER; S. DALY (eds.), *The Politics of Foundations*, Routledge, 2007, pàg. 307-322. Per consultar la legislació, vegeu: *Recueil officiel des lois fédérales (RO)*, <[www.admin.ch/ch/f/as/index.html](http://www.admin.ch/ch/f/as/index.html)>.

fundacions privades amb finalitats d'interès general, sinó també fundacions públiques, familiars, fons de pensions, etc. A més a més, en les societats civils d'aquests països, a causa de la seva ininterrompuda tradició, les fundacions són institucions absolutament integrades i habituals en l'economia i prestació de serveis del país, per tant, molt properes als ciutadans.

Ens centrem com a model de país europeu continental liberal en els **Països Baixos**, que destaca pel seu ordenament jurídic permissiu i flexible, no només en matèria de fundacions, sinó en la majoria de camps jurídics. Les raons que fonamenten la tradició fundacional holandesa es basen: en la història (per exemple, la fragmentació religiosa va estimular i diversificar el sector no lucratiu); i en la legislació, és molt senzill establir una fundació als Països Baixos<sup>88</sup>. És sorprenent que fins el 1956, les fundacions no disposaven d'un règim jurídic normatiu i es basaven en la pràctica notarial.

L'actual règim jurídic aplicable a les fundacions es conté en el Títol VI del Llibre II del Codi civil holandès, (*Netherlands Burgerlijk Wetboek, BW*). La constitució d'una fundació és simple, cal que els fundadors estableixin els estatuts en un acte constitutiu davant notari (art. 286 BW), on hi constarà: el nom, la finalitat, la seu, modalitat de gestió, el seu funcionament, la dotació inicial, i la destinació dels béns en cas d'extinció. Aquests estatuts han de ser registrats a la Cambra de Comerç i Indústria (*Kamer van Koophandel en Fabrieken*), en concret, tal i com es preveu per les societats comercials, en el registre d'empreses comercials "*Handelsregister*", de la regió de la seu social de la fundació, ja que és un registre descentralitzat (art. 289 BW). Si no es registra, seran personalment responsables dels deutes de la fundació, els membres de l'òrgan de direcció de l'ens.

El nombre de fundacions registrades a la Cambra de Comerç (2003) ascendia a 142.000, dada que fa obviar que estem davant d'un ordenament jurídic dels que s'han anomenat liberals o flexibles. No només perquè no contingui normes restrictives de creació i control, sinó tot al contrari, perquè la seva normativa és essencialment favorable a la constitució de tal ens. S'ha d'advertir, però, que aquest nombre inclou una gran tipologia de fundacions, la majoria són fundacions operatives en matèria de salut, educació, cultura i serveis socials<sup>89</sup>.

---

<sup>88</sup> B.M. GOUWENBERG; C.E. VAN DER JAGT; TH.N.M. SCHUYT, "Netherlands", H.K. ANHEIER; S. DALY (eds.), *The Politics of Foundations*, Routledge, 2007, pàg. 239.

<sup>89</sup> Una de les classificacions: Fundraising foundations (geldwervende fondsen); Endowed foundations (vermogensfondsen); foundations with other fixed sources of income; hybrid foundations. B.M. GOUWENBERG; C.E. VAN DER JAGT; TH.N.M. SCHUYT, "Netherlands", H.K. ANHEIER; S. DALY (eds.), *The Politics of Foundations*, Routledge, 2007, pàg. 240; 242.

Però no es disposa del nombre de fons provinents de donacions per a fins públics, com per exemple els que tenen com a finalitat perseguir un fi particular, aquests són fons (*fondsen*). Aquests actius s'estableixen per proveir de capital per a finalitats particulars, molts d'ells són fundacions que sovint s'inverteixen en accions, també molts d'altres estan subvencionats per l'Estat. De tots aquests, l'any 2003 es calculava que només un miler eren fundacions privades que tenien com a finalitat perseguir un interès públic<sup>90</sup>.

La normativa sobre *charities* d'Anglaterra i Gal·les<sup>91</sup>, malgrat ser extensa i amb una forta intervenció d'òrgans semipúblics que s'ocupen del sector filantròpic, també se'l qualifica com a ordenament flexible i facilitador en la creació de fundacions<sup>92</sup>.

Des de l'inici de l'estudi s'està utilitzant com a sinònim de fundació, el terme de *charity*, el qual s'ha optat per no traduir (benèfic). Advertim, tanmateix, que l'equiparació entre *charity* i fundació no és exacta, però tampoc seria correcte afirmar que les *charities* equivaldrien a les associacions, clubs, associacions mutuels o cooperatives. Probablement, des del nostre punt de vista (civil) no és possible classificar totes aquestes figures sota un mateix paraigua, el *charitable sector*, seria el nostre tercer sector (o economia social), però el sistema anglès diferencia entre les entitats *charitables* i les no *charitables*, malgrat adquirir la mateixa forma jurídica. Es pot afirmar que hi ha *charities* que corresponen en relació a la finalitat fundacional al que considerem fundació (des del punt de vista de la tradició civil), això és, un patrimoni adscrit o destinat a la consecució d'uns fins d'interès general. Cal puntualitzar que no totes les *charities* parteixen d'un capital inicial; o bé, que no s'usa la concepció de fins d'interès general o utilitat pública, sinó que es basen en *purposes*. Malgrat la puntualització, amb una interpretació àmplia i funcional coincideixen alguns tipus de *charity* amb la fundació. Des del punt de vista

---

<sup>90</sup> EUROPEAN FOUNDATION CENTRE, "Foundations Facts & Figures Across the EU" (abril 2005), <[www.efc.be](http://www.efc.be)>

<sup>91</sup> Escòcia disposa de la seva pròpia llei sobre fundacions: *Charities and Trustee Investment Act 2005*, i amb un òrgan propi de supervisió, *Office of the Scottish Charity Regulator*, <[www.oscr.org.uk](http://www.oscr.org.uk)>; s'està elaborant una nova llei per Irlanda del Nord. Lla llei fiscal és essencialment la mateixa per a tot el Regne Unit: (*Income and Corporation Taxes Act 1988, sections 505-506; Corporation Taxes Act 1988, section 9 (4); Taxation of Chargeable Gains Act 1992, section 256 (1); Finance Act 1990, section 25*). Per una aproximació a les legislacions d'Escòcia i Irlanda, anterior a les reformes, així com al *commonwealth*, H. PICARDA (ed.), *The Law and Practice Relating to Charities*, Butterworths, 2<sup>a</sup> ed., 1995.

<sup>92</sup> P. LUXTON, *The law of charities*, Oxford, 2001; H. PICARDA (ed.), *The Law and Practice Relating to Charities*, Butterworths, 2<sup>a</sup> ed., 1995; G.T. BOGERT, *Trusts*, 6<sup>a</sup> ed., West publishing, 1987, espec. Cap. 6, pàg. 201-260; D. LEAT, "United Kingdom", H.K. ANHEIER; S. DALY (eds.), *The Politics of Foundations*, Routledge, 2007, pàg. 96-114; E. BODDINGTON, "United Kingdom (focus on England and Wales)", *Foundations' Legal and Fiscal Environments, Mapping the European Union of 27*, EFC, 2007.



estructural, les diferències són més plausibles, ja que una *charity* es caracteritza per significar i necessitar una doble regulació, per una banda, la regulació que li atorga l'estatus de *charitable*; i per l'altra, la normativa que regula la forma o estructura de la *charity*, que no és única, sinó plural: un *trust*, *unincorporated association*, *corporation*<sup>93</sup>, i des de la nova llei de 2006, la *incorporated organisation*. Per això '*charity*' és un terme ambigu, que fa referència a un estatus que la qualifica com a *charitable*, amb els seus privilegis i deures, però també es pot referir a una institució en particular que gaudeix d'aquest estatus<sup>94</sup>.

Les característiques de les institucions *charitables*, amb independència de l'estructura utilitzada, serien: a) que necessàriament han de perseguir finalitats *charitable* (*purposes* establerts per llei); b) que són organismes independents dels poders polítics i; c) que la responsabilitat recau en el gestor de la *charity*, normalment anomenat *trustee*.

L'objectiu de les *charities* és beneficiar a la comunitat (*Beneficial to the Community*), que es fonamenta en els *charitable purposes*, descrits en el preàmbul de l'estatut d'Elizabeth de 1601<sup>95</sup>, adaptats i agrupats per la jurisprudència, en especial per al cas *Pemsel*<sup>96</sup>. Mancava doncs, un llistat precís que definís el que inclouria la

---

<sup>93</sup> El *charitable unincorporated association*: es refereix a un grup de persones que acorden actuar per a un fi comú, per tant, disposa de membres, (si tingués finalitats econòmiques seria un *partnership*), serà *charitable* quan el seu actiu o patrimoni es destini exclusivament a *charitable purposes*. Les *corporated structures*: tenen una personalitat legal separada, amb finalitats o 'objects' en comptes de *purposes*, quan els 'objects' són *charitables* a les hores és una *charity* i no es permet la distribució dels guanys. Hi ha tres possibilitats de ser una *corporation-charity*: *Charities by Royal Charter*; *Charities incorporated by special Act of Parliament*; i *charities* constituïdes segons la *Companies Act as companies limited by guarantee* (Companies Acts 1985-9). Així mateix: *Friendly societies*; *Industrial and provident societies*; *Charitable housing associations*. Per al seu estudi: P. LUXTON, *The law of charities*, Oxford, 2001, pàg. 251-333.

<sup>94</sup> S'afegeix a l'ambigüitat del terme *charity*, el fet que la naturalesa del *charitable status* ha estat elaborada en essència respecte un tipus d'estructura legal, el *charitable trust*, i per això s'utilitza la terminologia pròpia dels *trusts* en les lleis sobre *charity*. P. LUXTON, *The law of charities*, Oxford, 2001, pàg. 16-17 i capítol 8.

<sup>95</sup> L'estatut contenia una llarga enumeració dels *charitable uses*, transcrivim la traducció que ofereix R. Badenes Gasset de la versió de 1888: "Si bien los bienes inmuebles, anualidades (sobre bienes personales), beneficios, toda clase de bienes susceptibles de ser transmitidos por sucesión, semovientes u bienes muebles y dinero, han venido siendo aplicados específicamente, tanto por la Reina como por sus augustos antecesores, como por otras personas de buena disposición, a veces para ayudar a los ancianos impotentes y a los pobres, otras para el mantenimiento de soldados y marinos enfermos y mutilados, otras para sostener escuelas, escuelas libres y estudiosos en las Universidades (becas); otras para reparar puentes, iglesias, rompeolas y carreteras; otras para la educación y protección de huérfanos; otras para la creación y mantenimiento de correccionales; otras para el matrimonio de muchachas pobres; otras para ayudar a comerciantes, artesanos y otras personas jóvenes; otras para el socorro y rescate de prisioneros y cautivos y para la ayuda de habitantes pobres en el pago de impuestos y en el rescate del servicio militar, también es cierto que no siempre han sido aplicados a los caritativos propósitos de los donantes y fundadores, por medio de fraudes, abusos de confianza y negligencia por parte de los que debían administrarlos". R. BADENES GASSET, *Las fundaciones de derecho privado*, Barcelona, 1960, pàg. 229. Versió anglesa: H. PICARDA (ed.), *The Law and Practice Relating to Charities*, Butterworths, 2<sup>a</sup> ed., 1995, pàg. 7.

<sup>96</sup> Les *charities* s'han definit fins l'actualitat a través de quatre *purposes*, una definició clàssica és la de Lord Macnaghten: "Charity in its legal sense comprises four principal divisions: 1. trust for the relief of poverty;

qualificació de ‘*charitable*’, que cal puntualitzar que no tenia perquè ser necessàriament d'utilitat pública com es podria entendre des de la perspectiva d'un ordenament europeu continental. De fet, *charitable* comprenia només les finalitats admeses per la jurisprudència sobre la base de l'Estatut d'Elizabeth, i sovint no s'admetia la qualificació de *charitable* d'institucions que malgrat ocupar-se de fins d'interès general, no s'encabien en les finalitats previstes<sup>97</sup>.

La qualificació de *charitable*, o obtenir l'estatus de *charitable*, comporta uns avantatges que tot seguit s'enumeren: l'aplicació d'exempcions i beneficis fiscals; obtenir un número de registre útil per sol·licitar i obtenir subvencions, així com l'assistència i suport de la *Charity Commission*; accés o legitimació en els procediments o actuacions judicials; aplicació de la doctrina de *cy-près* (no als *private trusts*); inaplicació de la ‘*rule against perpetual trusts*’, de manera que el capital destinat a un ens *charitable* pot ser indefinit en el temps; il·limitat el nombre de *trustees*. Els desavantatges de l'estatus de *charitable* rauen principalment en el grau de control públic exercit per la *Attorney-General* i la subjecció a la supervisió dels *Commissioners*, amb l'obligació de complir un seguit de deures per part dels *charity trustees* (com la comptabilitat); estan subjectes a limitacions en la utilització del patrimoni segons la finalitat de la *charity*; l'aplicació de la prohibició de conflicte d'interessos respecte els *trustees* és més severa en les *charities*; quan és una institució amb un cert volum de pressupost, està obligada a fer constar en tota la documentació que emet que es tracta d'un ‘*registered charity*’<sup>98</sup>. La responsabilitat legal té com a última instància la *Hight Court*, però per evitar l'actuació judicial hi ha la *Charity Commission*, alternativa administrativa que vetlla perquè les finalitats d'aquestes organitzacions siguin *charitable*s i, com s'ha indicat, la recent regulació preveu un tribunal propi (*The Charity Tribunal*).

Segons P. LUXTON, l'existència d'un sistema de control per part de les autoritats angleses i la utilització d'una figura jurídica flexible com és el *trust*, podria explicar perquè durant segles la normativa anglesa ha estat més avançada respecte la dels Estats de tradició civil. Amb tot, aquesta explicació no justificaria la inexistència en l'actualitat en els sistemes continentals d'un mecanisme general de protecció i control de les donacions benèfiques comparable amb l'instituit per la *Attorney-General* d'Anglaterra. El mateix autor precisa que el propi significat de ‘*charity*’

---

2. trusts for the advancement of education; 3. trusts for the advancement of religion; 4. trusts for other purposes beneficial to the community, not falling under any of the preceding heads”. (House of Lords, decision in *Income Tax Special Purposes Commissioners v. Pemsel* (1891) AC 531). H. PICARDA (ed.), *The Law and Practice Relating to Charities*, Butterworths, 2<sup>a</sup> ed., 1995, pàg. 10-11.

<sup>97</sup> M. LUPOI, *Trusts*, (2<sup>a</sup> ed.), Milano, 2001, pàg. 212.

<sup>98</sup> P. LUXTON, *The law of charities*, Oxford, 2001, pàg. 61-72.

(benèfic) ha estat substituït i assumit per la seva concepció legal en la col·lectivitat. Així, *charity* no esdevé un acte de donació en el sentit de beneficència, ja que un acte d'aquest tipus, una donació del bon samarità, no es considera tècnicament com a 'charitable'. Per això a Anglaterra, la normativa sobre *charities* és, necessàriament, la llei sobre les *charitable institutions*<sup>99</sup>.

En aquest marc legal favorable per crear *charities*, on les institucions públiques, no només no dificulten la seva constitució, sinó que tot el contrari, faciliten tots els mecanismes per a la seva correcta creació, podem parlar que actualment hi ha 190.000 *charities* registrades (2006)<sup>100</sup>. D'aquest nombre, cal distingir que només al voltant de 9.000 serien *foundations (endowed o grant-making)* al Regne Unit<sup>101</sup>. Cal contextualitzar el gran nombre de *charities* filantròpiques en el marc d'un país amb pocs recursos de seguretat social, tant en l'època de la revolució industrial, com en els nostres dies. El *Welfare State*, no va prendre protagonisme a les *charities*, sobretot en els àmbits sanitaris i socials, per exemple, la *charity* nacional *Royal National Lifeboat Institution*, encara desenvolupa les seves activitats sense suport governatiu. Recentment, però, s'han fet més estretes les relacions i col·laboracions entre el Govern i les organitzacions de voluntariat, fet que pot comportar problemes de responsabilitat i d'independència, ja que els administradors es poden trobar constrets en la finalitat de l'ens si el finançament prové del Govern<sup>102</sup>.

### 1.3.2 Les regulacions restrictives

Antitètics als països amb regulacions liberals topem amb països de tradició intervencionista en els processos de constitució de fundacions, que generalment exigeixen el reconeixement de la personalitat jurídica a través d'un acte de

---

<sup>99</sup> P. LUXTON, *The law of charities*, Oxford, 2001, pàg. 5.

<sup>100</sup> Coexisteixen fundacions de mides molts diverses: la *charity* més important és la *Wellcome Foundation*; n'hi haurien aproximadament unes 300 de grans dimensions, i milers de petites dimensions. Vegeu: Annual Report Charity Commission (2006): "There are 190,000 charities registered with the Charity Commission, with a combined annual income of £38 billion – representing 3.4% of total GDP – over 600,000 paid staff and 900,000 trustees. We registered 5,153 new charities this year, and removed 5,138 from the register, giving a total of 189,547 registered charities at 31 March 2006". <[www.charity-commission.gov.uk](http://www.charity-commission.gov.uk)>

<sup>101</sup> Les fundacions són, en termes financers, relativament insignificants respecte el *voluntary sector*. La majoria són *endowed foundations* (dotacions o patrimonis familiars) destinats a *grant-making* d'origen privat i familiar. Són una minoria les *corporate foundations*, normalment no disposen d'una dotació permanent, sinó que reben transferències regulars dels socis de la companyia. A partir dels anys setanta es constitueixen *community foundations*. Es calcula que els pressupostos de les fundacions ronda els 30 bilions de lliures. D. LEAT, "United Kingdom", H.K. ANHEIER; S. DALY (eds.), *The Politics of Foundations*, Routledge, 2007, pàg. 99-101.

<sup>102</sup> R. FRIES, "Le associazioni filantropiche e la charity commission", G.P. BARBETTA; C. SCHENA, *Regolazione e controllo sulle organizzazioni non profit*, Il Mulino, Bologna, 2000, pàg. 68-71.

concessió administrativa (o governativa), tot i que darrerament han optat, en la majoria d'ordenaments, pel registre constitutiu. En aquests ordenaments, les fundacions, tot i ser entitats privades que disposen d'un estatut intern d'organització, tenen limitada la seva capacitat d'actuació de manera que per a realitzar determinats actes precisen d'autoritacions administratives. Es troben sotmeses a control per part d'institucions públiques, que a més a més, no sempre són efectius. Ens referim a ordenaments d'Estats com són: França, Itàlia, Espanya o Alemanya<sup>103</sup>. Tot i la qualificació de regulacions restrictives, tal i com s'ha apuntat, han estat modificades en els darrers anys seguint precisament

---

<sup>103</sup> **Alemanya** va incloure la figura de la fundació (*Stiftung*) en el Codi civil alemany (BGB, *Bürgerliches Gesetzbuch*) l'any 1900. A diferència dels països mediterranis, la repressió durant l'Edat Mitjana no va ser tant aferrissada, de manera que, tot i tenir una regulació que preveu autoritzacions administratives prèvies per constituir fundacions, hi ha tradició fundacional, especialment pel que fa a les fundacions-empresa "*Unternehmensstiftungen*". Advertim que *Stiftung* traduït com a fundació, inclou una pluralitat de tipologies d'ens que s'engloben sota aquesta concepció. Tres formes bàsiques: *nicht rechtsfaehige Stiftung*, fundacions no autònomes o dependents, que es constitueixen via contracte entre el fundador i un administrador que té la *legal owner* sobre els béns, és un fons vinculat a un fi; *rechtsfaehige Stiftung buergerlichen Rechts*, fundacions autònomes o privades que es formen a través d'una persona jurídica (arts. 80-88 BGB), sotmesa a supervisió pública; *GmbH*, fundacions en forma de societat limitada, es sotmet a la regulació societària, (no serien jurídicament fundacions però actuen com si ho fossin). Fins i tot, hi ha fundacions amb membres (*Verein*). El 95% de les fundacions persegueixen finalitats d'utilitat pública o serveixen a fins de beneficència o religiosos, raó per la qual queden completament exonerades de pagar impostos. Tant les autònomes com les no autònomes es registren per tal d'obtenir els beneficis fiscals. F. ADLOFF et al., "Germany", H.K. ANHEIER; S. DALY (eds.), *The Politics of Foundations*, Routledge, 2007, pàg. 172-175. També les administracions públiques poden crear *Stiftung* per fins concrets i generalment temporals; coexisteixen amb les fundacions familiars (el fi no és d'interès general) i les fundacions polítiques amb regulació especial. J. MUNS I ACOSTA, *Les fundacions a Espanya, Regne Unit, Estats Units, França i Alemanya. Anàlisi comparativa, problemes i recomanacions*, Barcelona, 1998, pàg. 89-102. Després de la Segona Guerra Mundial, la divisió d'Alemanya i la posterior reunificació, va ser, durant els anys noranta, que s'inicia una nova etapa del món fundacional al país. L'any 2002, es modifica amb una breu llei els articles del Codi civil relatius a la fundació, i realitza les adaptacions fiscals pertinents. Vegeu: J. FERRER I RIBA, "La modernització del dret alemany de fundacions", *InDret*, 1.2003. La Llei per a la modernització del dret de fundacions (*Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts*), modifica parcialment els paràgrafs 80 a 88 i 2043 del Codi civil alemany (BGB). La Llei de 15 de juliol de 2002 se situa en el nivell federal i culmina un procés prolongat de discussió - acadèmica en el seu inici i política finalment- sobre la conveniència de reformar la legislació federal de fundacions, matèria que, en la seva vessant civil, romangué inalterada des de l'aprovació del BGB el 1896. "La Llei de fundacions de 2002 no suposa, almenys aparentment, una renovació profunda d'aquesta matèria jurídica. No ha de sorprendre que hagi estat així: el dret de fundacions alemany és en gran part un dret estatal i el legislador federal ha preferit consensuar amb els Länder una reforma que havia d'incidir en matèries històricament regides per lleis estatals (...) La novetat més rellevant de la Llei de 2002 és l'abandonament formal del sistema de constitució de les fundacions mitjançant autorització pública - en el seu origen, un sistema concessional tenyit d'una forta discrecionalitat administrativa- i l'adopció d'un sistema de reconeixement regulat, en el qual una fundació 'ha de ser reconeguda' com a entitat amb capacitat jurídica si el negoci fundacional compleix les exigències de forma i contingut establertes per la llei (cfr. § 80 (2) BGB)." Continua sense haver-hi un registre central de fundacions, existint els diferents registres dels Länder, que són administratius i realitzen funcions de supervisió. El nombre de fundacions a Alemanya, és difícil de determinar, existeixen al voltant de 15.000 fundacions (tots els tipus de *Stiftungs*, excloent les religioses), destacant l'increment del nombre de fundacions en les darreres dècades. La meitat s'ocupen de prestacions socials, un 35% en educació, en recerca i ciències un 22%, un 20% en cultura i arts, i un 12% en salut. Només un 22% són fundacions operatives; un 17 % mixtes; i un 60% locals o regionals. La dimensió de les fundacions és majoritàriament petita. F. ADLOFF et al., "Germany", H.K. ANHEIER; S. DALY (eds.), *The Politics of Foundations*, Routledge, 2007, pàg. 176.

ésser més flexibles, sobretot en relació al procés de constitució de fundacions que generalment estava sotmesa a autorització reglada.

El paradigma de regulació restrictiva ha estat per excel·lència el **règim francès** que, com ja s'ha exposat, ni tant sols incloïa les fundacions en l'articulat del codi civil, malgrat incloure la regulació de la societat comercial<sup>104</sup>. La diferència de tracte entre les societats i les fundacions, rau en el fet que aquestes últimes actuen sense afany de lucre, i això, en comptes de despertar simpatia, comportava malfiança. Segons Y. LOUSSUARN, en referència a les associacions, i que nosaltres apliquem a les fundacions, “Pot ser que [la desconfiança] parteixi de la idea pessimista segons la qual la naturalesa humana és interessada, l'objectiu desinteressat sembla sospitós per al legislador i l'inclina a pensar que hi ha alguna cosa més i que camufla quelcom que pot esdevenir perillós per als interessos polítics”<sup>105</sup>. Per això, l'atorgament de la personalitat jurídica per a les associacions, i encara més, per a les fundacions, es troba subordinada a una declaració per part dels poders públics. Aquesta desconfiança s'intensifica si les entitats, fundacions o associacions, són estrangeres, com es comprovarà en la segona part de l'estudi.

El silenci en el codi francès comporta que la fundació s'hagi anat regulant a partir de la jurisprudència i a través de les pràctiques del *Conseil d'Etat*, com a òrgan assessor del Govern<sup>106</sup>. Aquest òrgan proposava els estatus tipus que havien de presentar les fundacions (encara ara, l'actual model d'estatut ha estat dispost per aquest òrgan). També era de la seva competència aprovar la vàlida constitució de la fundació a través de decrets. Actualment encara es necessita un Decret del Ministeri de l'Interior que reconegui la fundació d'utilitat pública i, un cop publicada l'aprovació al *Journal Officiel*, la fundació adquireix la personalitat jurídica. Destacar que certament aquest procediment d'aprovació s'ha reduït en el temps emprat, abans de la reforma del 2003, la mitjana era de 18 mesos, actualment la mitjana és entre 4 i 6 mesos. L'exigència de la categoria i quantia de membres que ha de formar el consell d'administració, si bé no és un problema, sí que ajuda a endarrerir la formació de la fundació tot i que s'ha reduït el nombre de representants públics necessaris a partir del 2003. El model d'estatuts, malgrat

---

<sup>104</sup> A. ZOPPINI qualifica la fundació com “un figlio illegittimo della codificazione francese” condemnada per la cultura de la il·lustració, A. ZOPPINI, *Le Fondazioni*, Napoli, 1995, pàg. 1.

<sup>105</sup> Y. LOUSSUARN, “La condition des personnes morales en droit international privé”, *RCADI*, 1959-I, pàg. 504.

<sup>106</sup> L'estatut jurídic de les fundacions en dret francès prové, com indica A. GOBIN, d'un curiós recull de textos legislatius i reglamentaris tardans i d'un cos de regles i pràctiques llargament sedimentades des de feia dos segles. A. GOBIN, “Les fondations”, E. ALFANDARI (dir.); P.H. DUTHEIL (coord.), *Associations*, Dalloz Action, n° 5460 à 5949, Paris 2000, pàg. 932.

ser un model, és molt curós en totes les disposicions i és aconsellable no desviar-se de les seves indicacions. Si aquests estatus s'haguessin de canviar, segons el mateix articulat de l'estatut model, s'ha de seguir un estricte i complex procediment, i precisa de l'aprovació de les autoritats públiques. Les fundacions d'utilitat pública tenen l'obligació de proporcionar informes anuals i financers al *Prefêt* competent, així com al Ministeri d'Interior. Són aquests dos òrgans administratius els que exerceixen la supervisió de les fundacions. Afortunadament, a partir del 2006, les fundacions poden acceptar donacions i llegats sense necessitat de cap aprovació prèvia administrativa, només s'hi podria oposar l'administració si considerés que la fundació no usaria la donació atenent els objectius dels fins fundacionals<sup>107</sup>.

Excel·lent mostra de la dificultat de constituir una fundació és el nombre irrisori de fundacions reconegudes d'utilitat pública, 486 l'any 2003, si hi afegim les 'fundacions-donació', el nombre s'eleva a 2.109 l'any 2005<sup>108</sup>. Les causes del reduït nombre es resumirien en: l'exigència d'una important quantia de dotació inicial i l'estricta i complicat procediment de supervisió de l'administració francesa tant en el procés de constitució com en el control posterior.

En les dues darreres lleis **espanyoles** en matèria de fundacions, s'insisteix en els preàmbuls, en la necessitat que l'administració assisteixi i promocióni les fundacions. Fins i tot, en la llei de 2002, es preveu la creació d'un *Consejo Superior de Fundaciones*, òrgan que encara no s'ha constituït (març 2008)<sup>109</sup>. Tot i aquesta voluntat inicial, les tasques atribuïdes a l'òrgan de naturalesa administrativa de control públic, el Protectorat, incideixen precisament en la supervisió, més que no pas en la promoció. Resumidament, el procediment de constitució d'una fundació de competència estatal, es basa en la redacció d'un acta notarial de constitució, uns estatuts de la fundació i el seu registre, però amb la necessitat d'un informe previ favorable del Protectorat. El registre, un cop es disposa de

---

<sup>107</sup> I. COMBES; D. LEMAISTRE, "France", *Foundations' Legal and Fiscal Environments, Mapping the European Union of 27*, EFC, 2007.

<sup>108</sup> A part de les fundacions d'utilitat pública, la resta es distribueixen: 65 fundacions d'empresa; 530 fundacions gestionades per la *Fondation de France* (de les quals 57 han estat creades per empreses); 1000 fundacions gestionades per l'*Institut de France*. M. LAURENT HÉNART, Rapport 690 relatif au mécénat et aux fondations, Assemblée Nationale, 12 de març de 2003, pàg. 12. EUROPEAN FOUNDATION CENTRE, "Foundations Facts & Figures Across the EU" (abril 2005), <www.efc.be>

<sup>109</sup> Capítol IX (arts. 38 a 40) LF 50/2002. És un òrgan consultiu, integrat per representants de l'Administració de l'Estat, de les CA, i de les fundacions amb implantació estatal. Es preveu la creació dins del Consell, d'una comissió de cooperació i informació registral, que té com a encàrrec l'establiment de mecanismes per a la col·laboració i informació mútua entre els distints registres, en particular en relació a les denominacions i les comunicacions sobre la inscripció, i en el seu cas sobre l'extinció de les fundacions. Aquestes darreres competències han estat assumides per la DGRN a partir del Reglament del Registre de fundacions de competència estatal (RD 1611/2007).

l'informe, emet certificació de registre i posteriorment es publica al *Boletín Oficial del Estado*. El més criticable resultaria l'exigència de l'art. 35.1a) de la Llei 50/2002, d'un informe favorable preceptiu i vinculant per part del Protectorat (administració que no és unitària, ni en àmbit estatal (n'hi ha vuit), ni respecte els autonòmics). Tal requisit deixa enrera la consideració que la fundació adquireix la personalitat jurídica a partir del seu registre, i s'apropa a un reconeixement per concessió. L'informe preceptiu ha de donar la conformitat respecte la idoneïtat del fi i la suficiència de la dotació, informe que no seria necessari ja que el registrador podria comprovar tals termes<sup>110</sup>. A més a més, en relació a les fundacions de competència estatal, hi ha diversos Protectorats vinculats, per tant, ministeris, amb criteris diferents de funcionament que comporta dificultats en el moment de determinar a quina administració dirigir-se<sup>111</sup>. Mentre no es centralitzi la informació de les fundacions registrades en els distints ministeris, i en la pluralitat de registres autonòmics, es fa difícil la tasca de conèixer amb exactitud el nombre de fundacions a Espanya. Darrerament però, l'*Asociación Española de Fundaciones*, ha editat un Directori de Fundacions, que comptabilitza més de 8.600 fundacions<sup>112</sup>.

Una regulació també restrictiva ha estat la de l'ordenament jurídic **italià**, la qual ha patit el descuit del legislador durant dècades, tal i com ha succeït a Espanya o a França. Les normes italianes preveuen un sistema de reconeixement específic per registre (modificat l'any 2000, abans era per concessió). Tot i això, la jurisprudència ha admès la "fundació no reconeguda" que seria fiduciària, de manera que els béns es transmeten en propietat als administradors (els quals seran responsables dels actes efectuats per la fundació de fet), però amb el vincle real a un fi que els hereus estan obligats a respectar.

Les fundacions italianes es caracteritzen, en general, perquè els seus fons de finançament acostumen a ser d'origen privat, també per ser fundacions

---

<sup>110</sup> Vegeu les crítiques formulades al respecte: V. DE PRIEGO FERNÁNDEZ, *El negocio fundacional y la adquisición de personalidad jurídica de las fundaciones*, Madrid, 2004, pàg. 370 i ss. Coincidiríem en què no s'hauria d'exigir tal informe preceptiu i vinculant. No estariem d'acord però, amb els arguments emprats per considerar que l'informe preceptiu i la quantia de la dotació inicial haurien de ser els mateixos per les fundacions autonòmiques. La constitució (per tant, l'adquisició de la personalitat jurídica i la dotació) segons la disposició final primera LF 50/2002, serà d'aplicació preferent la normativa de dret civil especial o foral. *Vid.* part II, cap. IV, apartat 1.

<sup>111</sup> Si pretenem informar-nos dels requisits i procediment de constituir una fundació a partir de la informació pública, trobem en primer lloc, que no està exposat en el web del Ministeri de Justícia. En el ministeri en que es troba una major informació és en el de d'Educació i Ciència, o el Ministeri de Cultura. Respecte les fundacions estrangeres no es troba cap mena d'informació. (març 2008).

<sup>112</sup> D'entre moltes informacions, destaquem que cada any, de mitjana es constitueixen 454 fundacions. *Directorio de Fundaciones*, Editorial Marcial Pons, 2007.

operatives, és a dir, que desenvolupen l'activitat del fi perseguit, lògicament, ja que la majoria de fundacions (exceptuant les bancàries) són de reduïdes dimensions amb poc patrimoni<sup>113</sup>. L'ordenament jurídic italià preveu una tipologia àmplia de fundacions, al costat de les fundacions privades amb fins d'interès general, regulades pel *Codice civile* (Títol II del llibre I, art. 14 a 35), hi ha un seguit de fundacions amb regulació especial, configurant un complex quadre<sup>114</sup>: fundacions de dret civil 'clàssiques'; fundacions derivades de la transformació d'ens públics; fundacions bancàries (creades pel legislador); fundacions comunitàries<sup>115</sup>. Amb tot aquesta amalgama, s'ha produït el “*fenomeno fondazioni?*” que ha comportat un augment espectacular del nombre de fundacions italianes, i que ha palesat la necessitat d'elaborar un tractament comú que atorgui més consistència i potencialitat al fenomen. Es preveu una important reforma de la regulació de les persones jurídiques i associacions no reconegudes incloses en el llibre primer del Codi civil. La iniciativa ha estat proposada, per part de les fundacions i dels acadèmics, els quals consideren la regulació absolutament desfassada i poc eficaç<sup>116</sup>.

### 1.3.3 Les noves regulacions en els països exsoviètics de l'Europa de l'Est i centre Europa

Respecte els països socialistes de l'Est i centre d'Europa ens limitarem a fer-ne un breu apunt<sup>117</sup>. Les organitzacions religioses que en altres parts del món proporcionaven recursos per les obres filantròpiques, en els països comunistes foren perseguides i desmantellades a finals dels anys quaranta a l'Europa Oriental i a la Xina, seguint el model soviètic. El sistema polític i social d'aquests països es

---

<sup>113</sup> V.A., *Le Fondazioni in Italia Libro bianco*, Consiglio italiano per le Scienze Sociali, Roma, 2002, pàg. 24.

<sup>114</sup> “Il panorama legislativo è particolarmente ricco e complesso, tanto da poter giustificare che si parli di ‘giungla legislativa’, dentro la quale è un’impresa avventurarsi sia per gli osservatori esterni sia per gli addetti ai lavori. (...) Tale sistemazione legislativa non significa necessariamente disciplina generale delle fondazioni, nel senso di disciplina completa e dettagliata. Questo sarebbe certamente un obiettivo contraddittorio rispetto alla necessaria varietà dei molteplici soggetti ‘fondazione’ che iniziativa privata può realizzare. Significa, invece, disciplina dei tratti comuni e caratteristici.” V.A., *Le Fondazioni in Italia Libro bianco*, Consiglio italiano per le Scienze Sociali, Roma, 2002, pàg. 33.

<sup>115</sup> Cal apuntar, que en l'ordenament italià existeix una altra figura jurídica, que és un híbrid entre una associació i una fundació, ens referim al “comitato”.

<sup>116</sup> Elaborar aquest ‘dret comú’, podria ser fruit d'una ‘fundació europea’, que comportaria una harmonització dels drets nacionals. V.A., *Le Fondazioni in Italia Libro bianco*, Consiglio italiano per le Scienze Sociali, Roma, 2002, pàg. 55.

<sup>117</sup> Utilitzem com a base la valuosa informació dels estudis sobre la República Txeca; Estònia; Hongria i Polònia en H.K. ANHEIER; S. DALY (eds.), *The Politics of Foundations*, Routledge, 2007. Així com: F.W. HONDIUS; T.J. VAN DER PLOEG, “Foundations”, *IECL*, vol. XIII, cap. 9, 2000, pàg. 12-16. Per a un estudi general de la situació del dret post-socialista: G. AJANI, *Il modello post-socialista*, Sistemi Giuridici Comparati, Torino, 2ª ed., 1997.



caracteritza per l'actuació quasi exclusiva de l'Estat en el desenvolupament de l'interès general, sigui cultural, mèdic, o benèfic, de manera que l'espai per l'actuació fundacional era limitat o residual i, fins i tot, en alguns casos estava prohibit. Tanmateix, cal precisar que no estaven absolutament desaparegudes les fundacions, ja que en determinats països com Bulgària o Romania preexistien aquestes figures abans del règim comunista. En d'altres països com l'antiga Txecoslovàquia existien figures similars, tot i que el seu àmbit d'actuació es limitava a la literatura, la ciència i l'art.

No va ser fins a finals dels anys vuitanta, amb la caiguda del sistema comunista que s'inicia un canvi d'actitud respecte les fundacions<sup>118</sup>. La incipient preocupació per regular les fundacions es considerava com un valor afegit a la consecució de la democràcia, ja que permetia l'actuació de la societat civil en la persecució del benestar social. Per F.W. HONDIUS i VAN DER PLOEG, "El renaixement de les fundacions a l'Europa Central i de l'Est està vinculada a dos fenòmens bàsics: la restauració de la política de llibertats i la reintroducció de l'empresa privada i l'economia de mercat"<sup>119</sup>. La introducció de la propietat privada va suscitar la necessitat de regular les fundacions, també la regulació dels impostos a les societats comercials exposava la qüestió de les possibles deduccions per les donacions benèfiques.

A Hongria es va aprovar un decret llei el 1987 que modificava el Codi civil i establia la fundació com a persona jurídica, reintroduint-la en l'ordenament. Va tenir tant d'èxit (es crearen milers de fundacions), que va comportar una nova llei l'any 1993 per frenar la regulació excessivament liberal, i que distingís entre fundacions privades i públiques. Finalment, el 1997 es va aprovar normativa fiscal dedicada a les fundacions de benefici públic<sup>120</sup>. Eslovènia va utilitzar provisionalment la llei sobre fundacions de l'antic Regne de Iugoslàvia de 1930, fins el 1995, any en que adopta la seva llei de fundacions<sup>121</sup>.

---

<sup>118</sup> La fi dels models polítics comunistes a l'Europa Oriental va ser acompanyada per la reaparició sobtada de les organitzacions no lucratives, voluntàries i independents, sobretot a Polònia. A. Kapiszewski, citat per M.A. CABRA DE LUNA, *El tercer sector y las fundaciones de España hacia el nuevo milenio*, Madrid, 1998, pàg. 189.

<sup>119</sup> F.W. HONDIUS; T.J. VAN DER PLOEG, "Foundations", *IECL*, vol. XIII, cap. 9, 2000, pàg. 13.

<sup>120</sup> B. WIZNER; Z. ASZALOS, "Hungary", K. ANHEIER; S. DALY (eds.), *The Politics of Foundations*, Routledge, 2007, pàg. 201-202. Es precisa de control registral per a la seva constitució, no es requereix quantia mínima de dotació. K. MOLNÁR, "Hungary", *Foundations' Legal and Fiscal Environments, Mapping the European Union of 27*, EFC, 2007.

<sup>121</sup> F.W. HONDIUS; T.J. VAN DER PLOEG, "Foundations", *IECL*, vol. XIII, cap. 9, 2000, pàg. 13. Es preveuen les fundacions com a persones jurídiques de dret privat, amb finalitats benèfiques en tots els àmbits (ciència, cultura, benestar, etc.) i amb voluntat de permanència. Es precisa d'aprovació estatal per a

Després de la divisió de l'antiga Txecoslovàquia, a Eslovàquia es va mantenir inicialment la regulació al codi civil, però en 1996 es va aprovar una llei especial, substituïda per una posterior de 2002<sup>122</sup>.

Polònia va veure durant l'època comunista com les fundacions es van dissoldre per mandat legal (24 d'abril de 1952), cedint tots els patrimonis d'aquestes a l'Estat<sup>123</sup>. No va ser fins el 1984 que es va aprovar una llei sobre fundacions, possibilitant de nou la seva creació, llei que ha estat succeïda per dues més (1991, 2003)<sup>124</sup>. El revulsiu en el sector fundacional a Polònia va provenir, en gran mesura, de les aportacions econòmiques efectuades per les fundacions estrangeres, bàsicament americanes i alemanyes, tot i que avui en dia, les fundacions poloneses disposen dels seus propis recursos<sup>125</sup>.

Aquesta reintroducció de les fundacions en els països esmentats, així com de les organitzacions sense afany de lucre en general, no està resultant un camí planer. Són països on es reconstrueix un sistema polític nou, i on els recursos públics i privats són escassos. M.A. CABRA DE LUNA adverteix amb prudència que la situació està canviant en aquests països, però molt lentament, resumeix la situació de la següent manera:

“En relació als països de l'Est, actuals i antics, s'ha d'afirmar que tot i que els anys vuitanta foren testimoniatge d'un sobtat floriment de les iniciatives no lucratives en aquests països, les entitats no lucratives continuen sofrint la falta de reconeixement legal; és summament difícil aconseguir fons privats, el voluntariat és sovint esporàdic i limitat, i els esforços per a desenvolupar

---

la seva constitució, no s'exigeix un mínim de dotació inicial. E. KOBAL, “Slovenia”, *Foundations' Legal and Fiscal Environments, Mapping the European Union of 27*, EFC, 2007.

<sup>122</sup> Es concep la fundació com a persona jurídica, basada en un patrimoni destinat a específiques finalitats d'interès públic, regulada pel dret civil. Les fundacions es poden establir, o bé, també registrar, no es precisa d'aprovació estatal. Sí que es requereix un mínim de dotació, però no és elevat. Es possibilita la creació d'òrgans de supervisió o d'inspecció en el si de la fundació. Estan obligades a elaborar un informe anual que han de remetre al Ministeri i que es publica al Diari comercial. L. ILANOVSKA, “Slovakia”, *Foundations' Legal and Fiscal Environments, Mapping the European Union of 27*, EFC, 2007.

<sup>123</sup> Vegeu la sentència: Tribunal civil de la Seine, 1er ch., 26 février 1958 (Fundació Potocki). Nota de A. PONSARD, *JDI-Clunet*, 1959 (2), pàg. 430-455. *Id.* part II, cap. III, apartat 2.2.2.

<sup>124</sup> La llei de 1984 era molt restrictiva amb l'autonomia del fundador ja que requeria una autorització ministerial prèvia així com s'exercia un fort control administratiu. Per això l'any 1991 es publica una nova llei que representa una liberalització de la institució, aboleix l'autorització governativa i preveu un sistema d'inscripció en el registre de fundacions. A. ZOPPINI, *Le Fondazioni*, Napoli, 1995, pàg. 72.

<sup>125</sup> Prèviament al comunisme, tampoc existia una rellevant tradició en àmbit fundacional, aquest sector tenia l'Església com a fonament durant el segle XIX. Després del període comunista, i després de la llei de fundacions de 1984, es comptabilitzaven 277 fundacions (1989), després de les aportacions estrangeres, 4.700 fundacions (1995); i al 2002 hi havia aproximadament 6.000 fundacions. J. KRZYSZKOWSKI, “Poland”, K. ANHEIER; S. DALY (eds.), *The Politics of Foundations*, Routledge, 2007, pàg. 267; M. PEKACKA, “Poland”, *Foundations' Legal and Fiscal Environments, Mapping the European Union of 27*, EFC, 2007.

programes fora de les fronteres de l'Estat han patit el risc (fins fa poc) de ser considerats poc ètics.”<sup>126</sup>

En aquest context, ens sorprèn que en l'actualitat es compti a Hongria amb unes vint-mil fundacions registrades, després de només catorze anys de la reintroducció de les fundacions. Es combinen diferents factors que explicarien aquesta situació: la voluntat i el desig de desenvolupar el sector no lucratiu; la desregulació inicial i les condicions fiscals favorables; i la participació i col·laboració de les fundacions estrangeres. De totes aquestes fundacions, només un reduït sector es pot considerar financerament estable, a més, depenen en gran mesura de les contribucions estatals o estrangeres. Encara no s'han desenvolupat les fundacions d'empresa, ja que el sector mercantil es troba immers en el seu propi desenvolupament i, a més, desconfia del sector *non profit*.<sup>127</sup>

No volem canviar d'apartat sense fer un breu apunt a un dels darrers reductes comunistes, aquest és la **República Popular Xinesa**, país on es conjuminen diferències econòmiques i culturals d'un extrem a l'altre de l'enorme República. Si bé el nostre treball es centrarà necessàriament en les experiències europees, trobem interessant fer una valoració del procés de reforma legislativa en què es troba immers la Xina. Actualment es troben en un procés de codificació iniciat el 1978, que podria resultar-nos sorprenent, ja que, des de la perspectiva europea, el període de les grans codificacions ens és llunyà. Hi ha una diferència molt important entre el seu procés i el nostre, que cal considerar. Per a Europa, la codificació va significar encasellament en legislacions estatals, tancades, que van trencar amb el *ius gentium*, en canvi, el legislador xinès sembla que està cercant el contrari. El que pretén és obrir-se al món econòmic exterior, i per això adapta la seva legislació a les foranies, creant un ordenament jurídic molt complet i competitiu, d'aquí els treballs que elabora amb experts juristes europeus i americans. Aquest procés també afecta a la figura jurídica de la fundació. Certament, en línies precedents explicàvem que en els països socialistes europeus hi havia hagut una persecució de les fundacions que preexistien abans del nou règim. En l'actualitat, però, el país comunista per antonomàsia, ja preveu una regulació en la qual s'inclou la figura de la fundació, prenent com a model el *common law* i els *charitable trust*. Amb una llei de 28 d'abril de 2001, la Comissió

---

<sup>126</sup> M.A. CABRA DE LUNA, *El tercer sector y las fundaciones de España hacia el nuevo milenio*, Madrid, 1998, pàg. 189 i ss. La situació va ser similar a la Xina i a la Unió Soviètica, donat que l'Administració no va poder satisfer totes les demandes de serveis, i els responsables de govern han demostrat una creixent disposició a tolerar l'existència d'activitats no lucratives, però limitat per la manca d'incentius fiscals.

<sup>127</sup> B. WIZNER; Z. ASZALOS, "Hungary", K. ANHEIER; S. DALY (eds.), *The Politics of Foundations*, Routledge, 2007, pàg. 202 i ss.

Permanent de l'Assemblea Nacional del Poble, va aprovar la primera llei sobre el *trust* (*xintuo fá*), que va entrar en vigor l'1 d'octubre de 2001. En el capítol sisè, preveu la institució del “trust de públic interès o d'utilitat pública” (*gongxin xintuo*) que s'assimila al *charitable trust*. Segons l'art. 60 es defineix el “trust de pública utilitat”, com aquells *trusts*: “que tenen com a finalitat la d'ajudar als pobres, assistir les víctimes d'una catàstrofe, oferir suport als minusvàlids, promoure el desenvolupament de la formació, de la ciència i tecnologia, de la cultura, de les arts, de l'esport, desenvolupar la recerca mèdica i la sanitat pública, protegir el medi ambient o desenvolupar altres causes d'interès públic”. De la tipologia de *trusts* que regula aquesta llei xinesa, només en aquest tipus concret d'utilitat pública, es preveu la necessitat d'una autorització governativa i un control públic de la gestió del *trust*, que es nomena per autoritat pública, el “*controller*” (*xintuo jiancharen*). L'autoritat governativa pot canviar el *trustee* per no complir amb els deures o la seva incapacitat en les obligacions que li són atribuïdes<sup>128</sup>. Mereix reflexionar sobre aquesta actitud xinesa, que s'adapta al món jurídic i econòmic mundial, escollint el que considera millor de cada ordenament.

#### **1.4 Inclusió de la fundació com a dret protegit constitucionalment**

Abans de continuar l'estudi comparatiu del dret positiu sobre fundacions, considerem interessant realitzar un breu comentari respecte la consideració que ha rebut la fundació des de la vessant del dret públic i, en concret, com a dret protegit.

La fundació és una figura essencialment privada, però les finalitats fundacionals d'interès públic i les reformes legislatives fiscalitzadores desenvolupades en el transcurs de la història sobre aquesta matèria, ha comportat que en molts ordenaments es prevegi la intervenció dels poders públics sobre les fundacions. Aquesta actuació pública, generalment, es centra en l'exercici de control o supervisió respecte la legalitat en la seva constitució i funcionament, que es justifica com a mecanisme per evitar concentracions de patrimonis morts, conseqüència de la malfiança d'experiències anteriors, i també, per controlar els cossos intermitjos que intervenen en activitats pròpies de l'Estat. Tot aquest control o precaucions, no haurien de minvar la possibilitat de les persones, físiques o jurídiques, d'aportar lliurament el patrimoni de la seva propietat a una causa que benefici a una col·lectivitat de forma desinteressada. D'aquest plantejament deriva precisament “el dret a fundar”, és a dir, de la llibertat dels

---

<sup>128</sup> F.R. ANTONELLI, “La legge sul *trust* della Repubblica popolare cinese”, *Mondo Cinese*, n. 108, 2001, <www.tuttocina.it>; L. ZHANG, “La experiencia jurídica del Trust en la República Popular China”, E. ARROYO I AMAYUELAS (dir.), *El Trust en el derecho civil*, Barcelona, Bosch, 2007, pàg. 271-286 ; 603-615.

fundadors de disposar dels seus béns o patrimonis per a una finalitat filantròpica, això sí, en la majoria d'ordenaments, delimitats a uns fins d'interès general.

En el dret de fundació conflueixen la llibertat de disposició de la propietat i la llibertat de l'individu a participar mitjançant la vinculació dels seus béns en la consecució de l'interès general. Aquest prisma ha dut a especialistes alemanys en la matèria a considerar la possibilitat d'incloure aquest dret de fundar als instruments de drets humans<sup>129</sup>. Encara que existeixen diferències entre les associacions i les fundacions, ambdues han estat indiscutiblement tractades de forma paral·lela des del prisma de dret civil, no essent així en els tractats de dret públic. A diferència del que succeeix amb el dret d'associació, el dret de fundació no es troba recollit en cap text de drets humans<sup>130</sup>. Els principis universals més importants que s'hi poden relacionar, han estat respecte les Organitzacions No Governamentals (ONG). Aquestes poden ser constituïdes per associacions, fundacions o altres entitats privades, i es conceben com a mitjans per contribuir voluntàriament a la millora de la societat<sup>131</sup>.

---

<sup>129</sup> Així s'expressa en unes conclusions de F. W. HONDIUS: "Humans rights and foundation experts in Germany should study the question of to what extent the "derecho de fundación" enshrined in Spanish constitutional law deserves to be included in German and international human rights instruments". F.W. HONDIUS, "A Panorama of Trends and Developments of Foundation Law in Europe", K.J. HOPT; D. REUTER (ed), *Stiftungsrecht in Europa*, Köln Carl Heymanns Verlag KG, 2001, pàg. 573-592.

<sup>130</sup> Art. 20 de la Declaració Universal dels Drets Humans de 1948 reconeix expressament el dret dels individus a associar-se amb altres individus, a reunir-se o associar-se de manera pacífica. El Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics de 1966, va garantir el dret de realitzar assemblees pacífiques (arts. 21-22). Tal dret implica necessàriament que els Estats han de reconèixer a les associacions una certa capacitat jurídica mínima que els hi permeti perseguir els seus fins socials. C. TEIJO GARCÍA, *Organizaciones internacionales no gubernamentales y derecho internacional*, Díxel, 2005, pàg. 198-199. Com assenyalava P. LUXTON, els drets continguts són expressats de forma general, per això, l'impacte de la Carta de Drets Humans en una particular àrea legal és difícil de preveure, de manera que només a través de la pràctica judicial serà possible determinar si les normes domèstiques sobre *charities* es troben vinculades a la Carta i si cal que s'hi adaptin. En tot cas, segons la norma no estariem davant d'un dret humà. Però sí que afecta a les finalitats que persegueixen les *charities*, per tant, els *purposes* si es troben recollits a la Carta de Drets Humans, sorgeix el dubte de si 'advancement of religion' del dret anglès trencaria la convenció de drets humans (art. 9) ja que es destina a determinats tipus de grups religiosos; també es planteja el dubte respecte les activitats polítiques. P. LUXTON, *The law of charities*, Oxford, 2001, pàg. 36-53.

<sup>131</sup> F. HONDIUS, "Les fondations", Conseil de l'Europe, *Associations et fondations*, Strasbourg, 27-29 novembre 1996, pàg. 21-22. En la vessant del tercer sector o de l'economia social no són pocs els moviments que s'ocupen de procurar la seva consolidació i expansió internacional, com és el cas de la Cimera Mundial sobre el Desenvolupament Social, celebrat a Copenhaguen el 1995, en el marc de Nacions Unides, on s'han pres acords de recolzament a les organitzacions de la comunitat i les organitzacions no governamentals sense afany de lucre. Cimera Mundial sobre el Desenvolupament Social: Programa d'Acció (A/Conf, 166/PC/24), Assemblea general de Nacions Unides, 1995. Citat i explicat en: M.A. CABRA DE LUNA, *El tercer sector y las fundaciones de España hacia el nuevo milenio*, Madrid, 1998, pàg. 191 i ss. En cimeres com aquesta es pretenen establir principis d'aquest tipus d'organitzacions per tal d'enfortir i fomentar les seves activitats, també tenen com objectiu disposar marcs legislatius i reguladors, i sobretot, d'informació i formació, establir xarxes d'intercanvi de coneixements i experiències. En la Cimera Mundial Habitat II (Conferència de Nacions Unides sobre Assentaments Humans), d'Istanbul de 1996, les fundacions van tenir un paper individualitzat, creant-se el "Fur de Fundacions", i un grup internacional de treball amb un pla d'acció per als propers anys. Aquest tipus d'actuacions es

En àmbit regional, el Conveni Europeu per a la Protecció del Drets Humans i les Llibertats Fonamentals (1950), contenen els principis de la llibertat d'associació i la llibertat d'expressió (arts. 11 i 10); el dret a la propietat privada que inclouria el dret a disposar lliurement dels propis béns, (art. 1, del protocol addicional de la Convenció dels drets de l'home) per les persones que desitgin consagrar el seus béns a una noble causa. En àmbit de Dret comunitari europeu, cal assenyalar que en la Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea, no s'inclou el dret de fundació. Tot i que inclou la llibertat d'associació (art. 12.1), no podria interpretar-se que tal precepte abrasi el dret de fundació<sup>132</sup>.

En relació a la previsió de la fundació com a dret fonamental en els ordenament estatals, no va ser fins després de la Segona Guerra Mundial, que es va pensar a donar rang de constitucional el dret de fundació com a manifestació de l'autonomia privada, així, les fundacions juntament amb d'altres persones jurídiques gaudeixen de protecció en les cartes magnas<sup>133</sup>.

Destaca d'entre els textos constitucionals per la seva clara i innovadora inclusió del dret de fundació, la **Constitució espanyola** de 1978 (en endavant Const.), que va ser pionera, no sense proporcionar una llarga discussió doctrinal reflectida en una abundant bibliografia al respecte<sup>134</sup>, per això, ens limitarem a fer-ne una

---

plasmem en documents de treball, que acostumen ser recomanacions en les actuacions d'aitals entitats, sense valor jurídic i facultativament aplicables, és per exemple, el "Manual de Bones Pràctiques per a les lleis reguladores de les ONGs i Fundacions", elaborat per encàrrec del Banc Mundial. "Handbook on Good Practices for Laws relating Non-governmental Organizations", Centre internacional per a les Lleis del Sector No Lucratiu, Departament de Pobreza i Política Social del Banc Mundial, Washington, novembre 1996.

<sup>132</sup> Art. 12.1: "tota persona té dret a la llibertat de reunió pacífica i a la llibertat d'associació en tots els nivells, especialment en els àmbits polític, sindical i cívic." C. TEIJO GARCÍA, "Democracia, sociedad civil europea y asociaciones europeas: un olvidado vacío legal. Nuevas reflexiones a la luz del derecho europeo de asociación recogido en el artículo 12 de la Carta de derechos fundamentales", *XIX Jornadas de la AEPDIRI: La Unión Europea ante el siglo XXI: los retos de Niza*, Madrid, 2003, pàg. 159-170. Una de les justificacions d'incloure aquest dret s'explicaria perquè la Unió Europea afirma la voluntat de desenvolupar una autèntica societat civil europea i per això, sembla lògic que s'admeti la llibertat d'associació a la mateixa societat.

<sup>133</sup> "The institution of the legal person did not appear in a single day; it passed through many different stages during its history. For a long time legal persons were created by the grant and concession of the sovereign (emperor, king etc.) and their rights were partly limited by the terms of the grant. In contemporary democratic states, the authoritative role of the administration in the formation of legal persons is diminishing. Accordingly, the ultra vires doctrine, which is derived from these historical roots, is losing its significance. But legal persons are now being given constitutional protection, which might not have been considered possible some decades ago." T. ANSAY, "Third Way", *Festschrift für Ulrich Drobnig zum siebzigsten Geburtstag*, Mohr-Siebeck, Tübingen, 1998, pàg. 483-484; G. ROSADO IGLESIAS, "La titularidad de derechos fundamentales por la persona jurídica", *Tirant lo blanch*, València, 2004.

<sup>134</sup> Vegeu l'estudi i la bibliografia recopilada: A. SERRA RODRÍGUEZ, "Capítulo 2: El Derecho de fundación", BENEYTO PÉREZ, J.M. (dir.), *Tratado de Fundaciones*, Bosch, 2007, vol. I, pàg. 69-134. Destaquem: E. GARCÍA DE ENTERRÍA, "Constitución, fundaciones y sociedad civil", *RAP*, n°122, 1990, pàg. 235-256; E. MALARET GARCIA; M. MARSAL FERRET, *Las fundaciones de iniciativa pública: un régimen jurídico en construcción*, Fundació Carles Pi i Sunyer, Barcelona, 2005, pàg. 21-55.

breu presentació. Es va incloure en el Títol I “Dels drets i deures fonamentals”, Capítol II “Drets i llibertats”, Secció 2<sup>a</sup> “Dels drets i deures dels ciutadans”, l’art. 34, el qual disposa: “Es reconeix el dret de fundació per a fins d’interès general segons la llei. Regirà també per a les fundacions el que es disposa en els apartats 2 i 4 de l’article 22”<sup>135</sup>

S’interpreta que el dret de fundació és una seqüela del dret de propietat privada<sup>136</sup>. Així doncs, del principi d’autonomia dels particulars representat pel reconeixement de la propietat privada de l’art. 33 Const., però també, de la lliure iniciativa econòmica, art. 38 Const., i de la llibertat per testar, art. 33.1 (final) Const. Per tant, la llibertat del propietari de disposar dels propis béns, amb l’única limitació que els béns lliurement disponibles han de perseguir finalitats d’interès general sempre respectant la llei<sup>137</sup>. En la jurisprudència del Tribunal Constitucional espanyol trobem reforçada aquesta idea, així, en la Sentència del TC 49/1988, de 22 de març, sobre els òrgans rectors de les Caixes d’estalvis:

“La fundació naix, per tant, d’un acte de disposició de béns que realitza el fundador, qui els vincula a un fi determinat i estableix les regles per les quals ha d’administrar-se l’objecte (...). Observi’s també que el reconeixement del dret de fundació figura en el text constitucional immediatament després de l’article que recull el dret a la propietat i a l’herència (art. 33). Això permet entendre que aquell dret és una manifestació més de l’autonomia de la voluntat respecte els béns, per la qual una persona pot disposar del seu patrimoni lliurement, dins dels límits i amb les condicions legalment

---

<sup>135</sup> La remissió de l’art. 34 Const. a l’art. 22.2 i 4 Const., estableix que s’aplicarà el mateix règim previst per a les associacions respecte la declaració d’il·legalitat de les fundacions, quan “persegueixin fins o utilitzin mitjans típicament com a delictes”, seran declarades il·legals, com a mesura sancionadora. I, segons l’art. 22.4 Const., “només podran ser dissoltes o suspeses en les seves activitats en virtut de resolució judicial motivada”, és una garantia jurisdiccional que estableix l’obligació d’acudir als tribunals en cas de dissolució o suspensió d’una fundació (o associació) quan no estava previst pel fundador o pels estatuts. Implica una limitació considerable a la intervenció de l’Administració en les fundacions, ja que només els jutges disposen del poder per dissoldre-les o suspendre-les, i no el poder executiu. J.L. LACRUZ BERDEJO et al., *Elementos de derecho civil. Parte General. Personas*, vol. II, Madrid, 2004, pàg. 315.

<sup>136</sup> Una base històrica, la trobem en la Constitució de Baiona de 1808, la qual dedica uns articles a la finalitat desvinculadora. Inspirada amb aquesta, la Constitució de Cádiz de 1812, es preveia la garantia a la inviolabilitat de la propietat privada, que era lliure i per tant que no s’excloïa del comerç com succeïa amb els béns amortitzats i vinculats, i també era una propietat absoluta, per tant sense limitacions com les que fins el moment establien els “mayorazgos”, i individual, per tant només imputable a persones físiques i no a persones jurídiques com l’Església o els municipis. L’enorme quantitat de béns sobre els quals requeria la prohibició de disposició, comportant abandonaments i improductivitat, feia necessària l’acció política per tal de que tornés la llibertat a les propietats permetent la seva utilitat per part de particulars com de l’Estat. C. MALUQUER DE MOTES, *La fundación como persona jurídica en la codificación civil: de vinculación a persona (Estudio de un proceso)*, Barcelona, 1983, pàg. 28 i 33.

<sup>137</sup> Vegeu, per exemple: F. CAPILLA RONCERO, *La persona jurídica. Funciones y disfunciones*. Tecnos, 1984, pàg. 137; LL. PUIG I FERRIOL “Les fundacions privades catalanes”, LL. PUIG I FERRIOL; E. ROCA I TRIAS, *Instituciones del dret civil de Catalunya. Dret de la persona i dret de família*, vol. II, Tirant lo Blanch, València, 1998, pàg. 271.

establertes, fins i tot creant una persona jurídica per garantir els fins desitjats.”

La interpretació per part del Tribunal Constitucional espanyol no deixa dubte que el dret de fundació (amb independència d'estar concebut com un dret fonamental o com una garantia institucional)<sup>138</sup>, és basa com a dret de llibertat, concretament, llibertat de disposar de la propietat per part del ciutadà<sup>139</sup>. Aquesta llibertat de disposar del ciutadà s'ha de relacionar amb l'art. 9.2 Const., de manera que els

---

<sup>138</sup> De la doctrina alemanya es rep la diferenciació entre dret fonamental i “garantia institucional”, i s'interpreta de la Constitució espanyola de 1978, que s'engloba dins del concepte de dret fonamental els drets subjectius, garanties institucionals, i els mandats del legislador. La doctrina espanyola quan es disposa a determinar la naturalesa jurídica del dret de fundació reconegut en l'art. 34 Const., és dispar, ja que és concebut tant com a dret fonamental, com a garantia institucional i com a dret subjectiu. Per M.A. CABRA DE LUNA: “Desde mi punto de vista el derecho de fundación reconocido en la Constitución es un “derecho constitucional”, no es un derecho fundamental de especial protección reconocida por el artículo 53.2 CE en relación con los derechos incluidos en la Sección Primera, del Capítulo segundo, Título I (protección jurisdiccional *ad hoc* y recurso de amparo), pero sí un ‘derecho de los ciudadanos’, como lo cataloga el título de la Sección Segunda, como derecho fundamental ampliamente entendido, en el sentido de que le es de aplicación el artículo 53.1 CE (vinculación a los poderes públicos, reserva de ley que ha de respetar su contenido esencial, en conexión con el artículo 86 CE que regula el Decreto-Ley y recurso de inconstitucionalidad) y no solamente una garantía de instituto o en el mejor de los casos una garantía institucional, ya que la garantía de ciertas instituciones u organizaciones es prácticamente inescindible del reconocimiento de ciertos derechos fundamentales derecho subjetivo y garantía institucional, como en este caso es el derecho fundamental a la propiedad privada, que al mismo tiempo que reconoce un derecho o facultad subjetiva está garantizando una institución: la propiedad, directamente relacionada con el derecho de fundación.”, M.A. CABRA DE LUNA, *El tercer sector y las fundaciones de España hacia el nuevo milenio*, Madrid, 1998, pàg. 222-232.

<sup>139</sup> Dels diversos debats entorn a la inclusió del dret de fundar a la Constitució espanyola de 1978, una qüestió important va ser la seva ubicació, fet que es va resoldre situant-lo després de l'art. 33 Const., és a dir, després del dret de propietat privada. Sentència del TC 37/1987, de 26 de març, la qual delimita la lliure disposició de la propietat a un conjunt d'obligacions, en concret a la finalitat d'interès general. “Por ello, la fijación del contenido esencial de la propiedad privada no puede hacerse sede la exclusiva consideración subjetiva del derecho o los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo.” F. TOMÁS Y VALIENTE, “Estudio previo”, R. DE LORENZO GARCÍA et al., *Comentarios a la Ley de fundaciones y de incentivos fiscales*, t. I, Madrid, 1995, pàg. XXV i ss. Es reitera, en la STC 341/2005 (21.12.2005), FJ 4: “Para ello, conviene partir de lo expresado en la STC 49/1988, de 22 de marzo (cuya doctrina se reitera sintetizadamente en el ATC 224/2003, de 1 de julio). En aquella resolución señalamos que el art. 34 CE ‘se refiere sin duda al concepto de fundación admitido de forma generalizada entre los juristas y que considera la fundación como la persona jurídica constituida por una masa de bienes vinculados por el fundador o fundadores a un fin de interés general. La fundación nace, por tanto, de un acto de disposición de bienes que realiza el fundador, quien los vincula a un fin por él determinado y establece las reglas por las que han de administrarse al objeto de que sirvan para cumplir los fines deseados de manera permanente o, al menos, duradera. Tanto la manifestación de voluntad como la organización han de cumplir los requisitos que marquen las leyes, las cuales prevén, además, un tipo de acción administrativa (el protectorado) para asegurar el cumplimiento de los fines de la fundación y la recta administración de los bienes que la forman. ... como afirmación general pocas dudas puede haber de que ese es el concepto de fundación a que se refiere el art. 34 de la Constitución. Obsérvese también que el reconocimiento del derecho de fundación figura en el Texto constitucional inmediatamente después del artículo que recoge el derecho a la propiedad y a la herencia (art. 33). Ello permite entender que aquel derecho es una manifestación más de la autonomía de la voluntad respecto a los bienes, por cuya virtud una persona puede disponer de su patrimonio libremente, dentro de los límites y con las condiciones legalmente establecidas, incluso creando una persona jurídica para asegurar los fines deseados” (FJ 5).



poders públics han de promoure les condicions per a que la llibertat i la igualtat de l'individu i dels grups siguin reals i efectius. Cal que les institucions públiques eliminin els possibles obstacles que dificultin o impedeixin la seva plenitud i han de facilitar la participació dels ciutadans en la vida política, econòmica, cultural i social. El Tribunal Constitucional espanyol (STC 18/1984, de 7 de febrer) apuntava que una de les notes característiques de l'Estat social de Dret és que els interessos generals es defineixen a través d'una interacció entre l'Estat i els agents socials, i que aquesta interpretació entre el públic i el privat transcendeix també al camp organitzatiu, on les fundacions desenvolupen un paper de primera magnitud.

El mandat de l'art. 9.2 Const., dirigit a les institucions públiques, respon actualment a la necessària participació del ciutadà en el desenvolupament de la societat, i contribuir de forma voluntària amb la consecució de l'Estat del Benestar, donat que ni els òrgans públics, ni el mercat (en les societats occidentals basades en el lliure mercat) són capaces de cobrir totes les necessitats dels ciutadans. Així es percep de l'exposició de motius de la Llei 50/2002 de fundacions (II, apartat 4), quan ens indica que la llei pretén “potenciar el fenomen fundacional, com a cabal a través del qual la societat civil coadjuva amb els poders públics en la consecució de fins d'interès general”. I són, precisament, els fins d'interès general que persegueixen les fundacions, les que exigeixen la intervenció administrativa<sup>140</sup>. La implicació del ciutadà, que és un dret, està concebuda cada dia més com una obligació, aquests pensaments i tendències políticoeconòmiques, en relació a la fundació, seran estudiades en el tercer capítol d'aquesta primera part, quan ens referirem a la fundació com a integrant del tercer sector.

En el **dret constitucional italià**, s'interpreta que la fundació s'inclouria en la categoria de “formacions socials” (*formazione sociale*) que es concep com a grup social intermig entre l'individu i la societat (article 2 Constitució italiana)<sup>141</sup>. Aital

---

<sup>140</sup> STC 341/2005 (21.12.2005), FJ 4: “Del rasgo básico que supone el que las fundaciones tengan un fin de interés general se deriva la exigencia de la intervención administrativa. Como dijimos en nuestra STC 164/1990, de 29 de octubre, las competencias de los poderes públicos en la materia encuentran su razón de ser evidente «en la necesidad de proveer a la Administración de los instrumentos necesarios para asegurar que las fundaciones no se desvían de los fines de interés público que según el Código civil (art. 35.1) les son propios» (FJ 3); función que, aún en el mismo orden de consideraciones, habría que completar con la más genérica de evitar la existencia de fundaciones ilegales por sus fines o por los medios que utilicen (art. 34.2 CE, en relación con el art. 22.2 CE)”. *Vid.* part I, cap. II, apartat 1.2.

<sup>141</sup> *Costituzione della Repubblica Italiana* (Gazzetta Ufficiale 27 dicembre 1947, n. 298) Art. 2. “La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.” Recentment, també s'ha interpretat que l'art. 118, quart apartat de la Constitució

interpretació no ha estat mancada d'interrogants, A. ZOPPINI per exemple, es mostra crític, inclouria l'expressió com a iniciativa econòmica, de manera que hi hauria raons per tutelar-la, sempre però amb el límit de l'activitat que ha de dur a terme necessàriament d'"*utilità sociale*"<sup>142</sup>. Resulta interessant, també, l'art. 118 *in fine*, modificat per la Llei constitucional n. 3/2001, que ha introduït el "principi de subsidiarietat horitzontal", pel qual els poders públics estan obligats a afavorir "l'autònoma iniciativa dels ciutadans individualment i associats per al desenvolupament de les activitats d'interès general sobre la base del principi de subsidiarietat"<sup>143</sup>. Aquesta disposició pretén facilitar la intervenció del ciutadà en la consecució de l'interès general.

En dret **alemany**, ha estat a través de la jurisprudència del Tribunal Constitucional Federal, que les fundacions gaudeixen d'una certa protecció indirecta en la seva Constitució (art. 2, 12, 14). La protecció constitucional deriva de la necessitat de definir el repartiment de competències entre el *Bund* i els *Länder*. El dret a fundar tindria com a precedent històric la Constitució de *Bayern* de 1818, en què ja es reconeixia en l'àmbit de les garanties previstes a favor de la propietat dels ens religiosos. Tradicionalment la doctrina alemanya s'ha posicionat a favor de possibilitar el "dret fonamental a fundar"<sup>144</sup>. Actualment previst a la *Llei Fonamental de Bonn* (art. 19.3), les persones jurídiques tenen aptitud per a ser subjectes de drets constitucionals quan els són atribuïts segons la seva naturalesa. Entès com a desenvolupament de l'autonomia privada, en el quadre conceptual del lliure desenvolupament de la personalitat humana<sup>145</sup>.

En d'altres ordenaments també s'inclouria el dret de fundació de manera indirecta, així, a Canadà, on cal distingir a priori entre la Constitució de Canadà i la Carta de drets de Quebec<sup>146</sup>; en la constitució portuguesa s'introdueix la figura

---

italiana (modificat el 2001), estableix: "Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni, favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività d'interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà", per part del Tribunal Constitucional, que hi ha un repartiment de competències entre l'Estat i els ens privats en relació a l'activitat social. Segons al Sentència del TC italià, 300/2003 (de 29.9.2003), aquest article dissenya un nou model organitzatiu en que el desenvolupament de la societat civil es realitza a través del respecte i la valoració dels individus, en concret de les fundacions bancàries com a organitzacions de llibertat social. <[www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)>.

<sup>142</sup> A. ZOPPINI, *Le Fondazioni*, Napoli, 1995, pàg. 136-141.

<sup>143</sup> Art. 118 (apartat 4): "Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà."

<sup>144</sup> A. ZOPPINI, *Le Fondazioni*, Napoli, 1995, pàg. 137.

<sup>145</sup> J.L. LACRUZ BERDEJO et al., *Elementos de derecho civil. Parte General. Personas*, vol. II, Madrid, 2004, pàg. 305.

<sup>146</sup> En la primera, la *Constitution Act 1982* inclou la Carta de drets i llibertats de Canadà, en què s'inclouria el dret a crear fundacions en el marc de la promoció social (art. 15); en la Carta de drets i llibertats de la

de la fundació amb fins culturals per a la promoció de diversos fins d'interès general com serien en matèria de joventut (art. 70.3) i en matèria d'educació, cultura i ciència (art. 73.3)<sup>147</sup>; a Ucraïna, l'Estat dóna suport a les entitats de beneficència d'infants<sup>148</sup>; a Grècia, en l'art. 109 del seu text constitucional disposa les característiques essencials de les (1989)<sup>149</sup>; a Noruega la seva constitució estableix alguns límits a les fundacions<sup>150</sup>.

Les consideracions que sorgeixen de la breu presentació realitzada, es centrarien en la idea del dret de fundació, com un dret de llibertat de que disposa el ciutadà respecte la seva propietat, però també, com un dret i obligació d'aquest a participar, mitjançant la llibertat de disposició de la propietat, en la societat de la qual en forma part. Es constreny al ciutadà a participar en la consecució de l'Estat del Benestar mitjançant els instruments que ofereix l'ordenament jurídic, en el nostre cas, la llibertat de disposar d'uns béns propis per a uns fins d'interès general<sup>151</sup>. La creació d'aquestes entitats filantròpiques es considera doncs, com un dret atorgat als ciutadans, i tal participació en el progrés econòmic i social a través d'una fundació, proporcionant benestar social i creant llocs de treball, és únicament una opció del particular, però no una obligació. Aquesta concepció de

---

persona de Quebec (1975), s'interpreta l'art. 6 sobre le dret de gaudi i lliure disposició de béns, amb l'articulat del Codi civil de Quebec (arts. 2 i 1270), de manera que entendríem que el dret a la llibertat de disposició dels béns s'estendrien a la fiducia d'utilitat social. M. FONT I MAS, "El derecho de fundación en Canadá y Québec", E. MITJANS (Ed.); J.M. CASTELLÀ (Coord.), *Derechos y libertades en Canadá*, Canadiana, nº 4, 2005, pàg. 341 i ss.

<sup>147</sup> Constitució de la República Portuguesa de 1976. Inclouria com a competència exclusiva de l'Estat regular les bases de les fundacions públiques (art. 165.1.1)

<sup>148</sup> Art. 52. Constitució d'Ucraïna de 28.6.1996.

<sup>149</sup> Article 109. "1. Alteration of the contents or terms of a will, codicil or donation as to the provisions benefiting the State or a charitable cause is prohibited. 2. Exceptionally, a more beneficial use or disposal of a bequest or donation, for the same or for another charitable cause in the area designated by the donor or the testator, or in the greater district thereabout, shall be permitted, as specified by law, after it is certified by a court judgement that for any reason whatsoever, the will of the donor or the testator cannot be fulfilled, either in whole or to its greatest extent as well as if it can be more fully satisfied by the change of use."

<sup>150</sup> La Constitució de Regne de Noruega és de 1814, modificada diverses vegades, l'última és del 2006. Article 106: "The purchase money, as well as the revenues of the landed property constituting ecclesiastical benefices, shall be applied solely to the benefit of the clergy and to the promotion of education. The property of charitable foundations shall be applied solely to the benefit of the foundations themselves."

<sup>151</sup> Per RUBIO LLORENTE (1990:247): "La fundación no es ya un patrimonio asignado a un fin, la fundación en muchas ocasiones es simplemente un acto de voluntad no apoyado en ningún patrimonio, o al menos en un patrimonio que ni de lejos podría servir al cumplimiento de sus fines. La fundación es, en consecuencia, simplemente el derecho de tomar una iniciativa, a formalizarla jurídicamente intentando dotarla a perpetuidad de una cierta iniciativa de actuación en la sociedad, y para esto basta con que la Constitución se asiente en el principio general de libertad, en el principio de autonomía de la libertad", citat per M.A. CABRA DE LUNA, *El tercer sector y las fundaciones de España hacia el nuevo milenio*, Madrid, 1998, pàg. 247.

que el ciutadà ha de coadjuvar amb el benestar social, cenyit a la propietat d'un particular, es trasllada a l'empresa, amb el que es coneix com la 'Responsabilitat Social de l'Empresa' (RSE)<sup>152</sup>. Ha de valorar-se positivament aquesta actuació ciutadana, sigui a través de fundacions o d'accions socials des de l'empresa, i per això hauria de ser incentivada des de les institucions públiques, però tenint en compte que tal actuació a través de fundacions no ha de suplir les obligacions dels Estats que es declaren socials.

## 2. DEFINICIÓ JURÍDICA: A LA RECERCA DE L'ESSÈNCIA DE LA FUNDACIÓ

### 2.1 L'amalgama de concepcions actuals

La fundació és un ens jurídic caracteritzat per ser un patrimoni o capital que es destina a unes finalitats. Aquesta és la concepció més àmpliament reconeguda en la majoria d'ordenaments jurídics. Etimològicament, el mot fundació (*fundos dare*), ens indica que el seu origen es troba en una voluntat piadosa en virtut de la qual una persona disposa lliurement dels seus béns i els destina a obres de pietat o de caritat. Quan les disposicions es vinculen de forma estable, les obres pies adquireixen pròpia identitat, i reben el nom de fundacions pies<sup>153</sup>. Després dels processos de secularització, les causes pies es van laïcitzar, per això, deixa d'utilitzar-se els termes propis de l'Església com eren les 'causes pies' que podien incloure finalitats religioses, i es passa a utilitzar el mot 'fundació', que inclou les finalitats d'interès general o públic<sup>154</sup>.

Segons LL. PUIG I FERRIOL:

“El substrat de la persona jurídica de tipus fundacional es centra en un patrimoni o una massa de béns, adscrits al compliment de determinades finalitats d'interès general. No hi ha aquí per tant una pluralitat de membres

---

<sup>152</sup> Altrament dita, Responsabilitat Social Corporativa (RSC). *Vid.* part I, cap. III, apartat 3.3; part III, cap. III, apartat 1.6.

<sup>153</sup> J. TRASERRA CUNILLERA, *Las fundaciones pías autónomas*, Barcelona, 1985, pàg. 9, citat per, V. DE PRIEGO FERNÁNDEZ, *El negocio fundacional y la adquisición de personalidad jurídica de las fundaciones*, Madrid, 2004, pàg. 69. No existeix doncs, en el llatí clàssic un terme equivalent a 'fundació' com a afectació permanent d'un patrimoni vinculat a un fi. Deriva del terme llatí '*fundatio*' amb arrel de verb '*fundo*' que significa fundar, en el sentit de posar les bases, per això en els idiomes llatins es tradueix per: *fundació*, *fondation*, *fundación*, *fondazione*, *fundação*, *fundaxce*, així mateix és d'arrel llatina el terme anglès *foundation*; per altra banda, els termes *trust* i *treuband* signifiquen fideïcomís i, per extensió, fundació fideïcomissa. J.M. BLANCH NOGUÉS, *Régimen jurídico de las fundaciones en Derecho Romano*, Madrid, 2007, pàg. 74-75.

<sup>154</sup> “The rich tapestry of foundations in Europe speaks to us in different languages and uses a highly complex, sometimes confusing, terminology. At one level, foundation, fondation, fundación, fundação, fondazione, stiftung, stichting, stiftelse or wakf, share a common image: a separate, identifiable asset (the root meaning of fund, fonds) donated (the root of stift) to a particular purpose, usually public in nature (implying the root of philanthropy).” H.K. ANHEIER, “Foundations in Europe: A comparative Perspective”, Andres Schülter et al., *Foundations in Europe*, Londres, 2001, pàg. 39.

de la persona jurídica, sinó que en tot cas hi ha una o potser més persones o fundadors, que adscriuen la totalitat o una part del seu patrimoni per tal d'assolir determinants fins, però sense que tinguin la condició de membres de la persona jurídica que així es crea.”<sup>155</sup>

Aquesta definició, “capital o patrimoni adscrit a una finalitat” és sense dubte l'essència, val a dir però, que és una definició breu que no englobaria la totalitat de concepcions jurídiques existents, per tant, és una definició *per se* insuficient. La idea bàsica es complementa doncs en les disposicions particulars que cada ordenament jurídic disposa i que responen a les característiques que les diferencia o assimila en el panorama de Dret comparat.

S'ha exposat que gràcies al progressiu reconeixement econòmic i social que se li està atribuint a la fundació, aquesta figura jurídica es troba en un moment de constants modificacions en els textos legals domèstics. Per això, podem afirmar que les definicions legals cada cop són més acurades en relació a l'anterior dret positiu. No és agosarat afirmar que la tendència ha estat evolucionar d'una definició civilista a una de caire més mercantilista (fundació com a prestadora de serveis en concurrència en el mercat), tendència que, com s'observarà en la darrera part, sembla adoptar la jurisprudència europea. Ara bé, no es deixa de banda, una de les característiques més generalitzades, que és l'actuació en interès general. Per tant, la vessant pública de l'actuació filantròpica, que es tradueix en molts ordenaments jurídics en obrir la possibilitat de que les mateixes institucions públiques constitueixin fundacions que es troben a cavall entre el Dret públic i el privat.

Un dels principals problemes que sorgeixen en l'estudi de Dret comparat en matèria de fundacions rau precisament en les diferències conceptuals que es mesclen, per això es passa a continuació a presentar algunes definicions legals i d'altres propostes privades.

### 2.1.1 Definicions legals

#### a) Espanya:

La definició legal es troba en l'art. 2.1 de la Llei 50/2002, de 26 de desembre, de Fundacions:

---

<sup>155</sup> LL. PUIG I FERRIOL, “Les fundacions privades catalanes”, LL. PUIG I FERRIOL; E. ROCA I TRIAS, *Institucions del dret civil de Catalunya. Dret de la persona i dret de família*, vol. II, Tirant lo Blanch, València, 1998, pàg. 274.

“Són fundacions les organitzacions constituïdes sense afany de lucre que, per voluntat dels seus creadors, tenen afectat de forma durable el seu patrimoni a la realització de fins d’interès general”.<sup>156</sup>

Al Codi civil espanyol<sup>157</sup> en el seu art. 35, inclou com a persones jurídiques: “1. Les corporacions, associacions i fundacions d’interès públic reconegudes per la llei.”

Segons el TC espanyol (Sentència 49/1988, de 22 de març, FJ 5è):

“L’article 34 es refereix sense cap dubte al concepte de fundació admès de forma generalitzada entre els juristes i que considera la fundació com a persona jurídica constituïda per una massa de béns vinculats per un fundador o fundadors a un fi d’interès general.”

### **b) Catalunya:**

La definició legal continguda en el Llibre tercer del Codi Civil de Catalunya, relatiu a les persones jurídiques, Títol III, Fundacions, Capítol I, Naturalesa i constitució, art. 331-1, Conceptes i principis:

“Les fundacions són entitats sense ànim de lucre, constituïdes per un o diversos fundadors, mitjançant l’afectació d’uns béns o d’uns drets de contingut econòmic i la destinació de llurs rendiments o dels recursos obtinguts per altres mitjans al compliment de finalitats d’interès general.”<sup>158</sup>

### **c) Itàlia:**

En el *Codice civile* italià no hi ha una definició legal de fundació, per això cal extreure-la dels articles que descriuen la fundació (juntament amb l’associació) en el títol II dedicat a les persones jurídiques. Se’n dedueix que és una institució de caràcter privat (art.12)<sup>159</sup>.

Una definició legal de fundació es troba en el Decret legislatiu de 17 de maig, núm. 153, *Disciplina civilistica e fiscale degli enti conferenti di cui all’articolo 11, comma 1*,

---

<sup>156</sup> BOE de 27 de diciembre de 2002, núm. 310.

<sup>157</sup> Código Civil, Real decreto de 24 de julio de 1889 (Gaceta 25 de julio de 1889).

<sup>158</sup> Llei 4/2008, de 24 d’abril, del llibre tercer del Codi civil de Catalunya, relatiu a les persones jurídiques (DOGC núm. 5123, 2.5.2008). L’anterior llei de fundacions (Llei 5/2001, de 2 de maig) definia en l’art. 1.2: “Les fundacions privades són entitats sense afany de lucre, constituïdes per la manifestació de voluntat de les persones físiques o jurídiques que en són les fundadores, mitjançant l’afecció d’uns béns o d’uns drets de realització a finalitats d’interès general.”

<sup>159</sup> A. ZOPPINI, assenjala aquesta manca de definició com una primera dificultat respecte la institució de la fundació, però que alhora pressuposa la “fattispecie”. “In questa prospettiva, le diverse tipologie sono identificabili dalle (possibili) articolazioni dello scopo in relazione alle (possibili) modalità organizzative del patrimonio, e particolarmente della natura e dei caratteri dell’attività” “(...) deve considerarsi quale sia el grado di elasticità della fattispecie e, correlativamente, individuare il limite posto all’autonomia dei privati nella conformazione dell’ente”. A. ZOPPINI, *Le Fondazioni*, Napoli, 1995, pàg. 75-85-88.

del decreto legislativo 20 novembre 1990, n. 356, e disciplina fiscale delle operazioni di ristrutturazione bancaria, a norma dell'articolo 1 della legge 23 dicembre 1998, n. 461 (gazzetta Ufficiale Serie gen. n. 125 del 31 maggio 1999), en el títol I del règim civil de les fundacions, en l'article 2 dedicat a la naturalesa i objectius de les fundacions:

“1. Les fundacions són persones jurídiques privades sense afany de lucre, dotades de plena autonomia estatutària i de gestió. Persegueixen exclusivament objectius d'utilitat social i de promoció al desenvolupament econòmic segons el previst en els seus respectius estatuts.”

#### **d) Països Baixos:**

El Codi civil holandès, *Burgerlijk Wetboek*, Llibre 2, Persones jurídiques, Part 6, Article 285:

“Una fundació és una persona jurídica constituïda per una declaració de voluntat (*legal act*), mancada de membres i l'objecte de la qual és la consecució d'una finalitat establerta en els seus estatuts emprant un patrimoni aportat a tal efecte”<sup>160</sup>.

#### **e) França:**

Art. 18.1. *Loi 23 juillet 1987*<sup>161</sup>:

“La fundació és l'acte pel qual una o diverses persones físiques o morals decideixen l'afectació irrevocable de béns, drets o recursos per a la realització d'una obra d'interès general i sense afany de lucre.”

#### **f) Anglaterra i Gal·les:**

En la normativa del *common law* no existia una definició de *charity*<sup>162</sup>, ja que els seus preceptes es limitaven a indicar els objectius que podien perseguir en base als *charitable purpose*, sense oferir-ne una definició legal. Efectivament, tant per la

---

<sup>160</sup> S'empra la traducció anglesa editada per H.C.S. WARENDORF; R.L. THOMAS; F. KORTHALS; P. SANDERS, *Companies and other Legal Persons under Netherlands and Netherlands Antilles Law*, Kluwer Law International, Supplement 23, October 2003.

<sup>161</sup> Loi n°87-571 du 23 juillet 1987 sur le développement du mécénat (JO du 24 juillet 1987), Loi n°2003-709 du 1er août 2003 relative au mécénat, aux associations et aux fondations.

<sup>162</sup> Ens referim a una definició contemplada en una norma que reguli pròpiament les fundacions en concret o les *charities* en general. Existeix una definició clàssica en la jurisprudència anglesa, de Lord Camden inspirada en el cas de *Jones v. Williams*, 1767, Amb.651; 8 (1) Digest (Repl.) 322: “Charity as a gift to the general public use which extends to the poor as well as to the rich”. Una altra definició, aquesta de la jurisprudència americana, cas *Jackson v. Phillips*, 1867, 14 Allen 539, at 555: “A charity, in legal sense, may be more fully defined as a gift to be applied consistently within existing laws, for the benefit of an indefinite number of persons either by brining their minds or hearts under the influence of education of religion, by relieving their bodies from disease, suffering or constraint, by assisting them to establish themselves in life or by erecting or maintaining public building or works, or otherwise lessening the burdens of government” D.J. BOURGEOIS, *The Law of Charitable and Not-For-Profit Organizations*, 3<sup>a</sup> ed., Butterworths, 2002, pàg. 10.

jurisprudència com per la doctrina, la cerca de definicions s'ha centrat generalment respecte la concepció 'charitable' i no pas respecte 'charity'. En la jurisprudència anglesa, la tradicional definició on s'especifiquen els quatre possibles objectius que es descriuen en el preàmbul de l'Estatut d'Elizabeth de 1601, és la següent: "Les *charities*, en el seu sentit legal, comprenen quatre principals divisions: assistència als pobres; promoció de l'educació; promoció de la religió i altres finalitats de beneficència per la comunitat no compresos en els objectius anteriors."<sup>163</sup>

Recentment, però, s'ha aprovat la *Charities Act 2006*, que tenia com una de les motivacions d'aquesta nova regulació la de positivitzar en una llei la definició de *charity* i de *charitable purpose*<sup>164</sup>. Així doncs, per primera vegada trobem una definició legal de *charity* en la part. 1, intitulat, 'Meaning of charity':

"Significat de 'charity': per als propòsits de la llei d'Anglaterra i del País de Gal·les, 'charity' significa una institució que-

(a) és establerta només per a propòsits benèfics/caritatius, i

(b) es troba subjecte al control de la *High Court* en l'exercici de la seva jurisdicció respecte les *charities*."<sup>165</sup>

En el següent apartat exposa quins són els 'charitable purposes', comprovem com indica en primer terme que ha de ser 'for the public benefit' i disposa d'un llistat obert i ampli de 'purposes'. Per tant, ja no es limita a les quatre tradicionals finalitats establertes per l'Estatut d'Elizabeth de 1601 i que calia interpretar jurisprudencialment. No obstant això, es fa referència expressa a l'Estatut de 1601, tot indicant la seva aplicació en cas de necessària interpretació.

---

<sup>163</sup> *Income Tax Special Purposes Commrs. v. Pemsel*, 1891, AC 531 (HL). Segons R. FRIES, hi ha tres característiques que defineixen les *charities*: utilitat pública; control independent; no distribució dels beneficis. Afegeix una quarta característica entre parèntesis, no ser organitzacions polítiques. R. FRIES, "Le associazioni filantropiche e la charity commission", G.P. BARBETTA; C. SCHENA, *Regolazione e controllo sulle organizzazioni non profit*, Il Mulino, Bologna, 2000, pàg. 57.

<sup>164</sup> La discussió doctrinal i institucional no va ser pacífica, els criteris eren fins i tot antagònics: es podia estimar des de la seva innecessària modificació, fins a l'extinció del terme *charity*; la inclusió d'una definició general 'benefit the community' o un llistat complet; l'abolició de la definició basada en el preàmbul de l'Estatut d'Elizabeth i del cas *Pemsel's* i, a *sensu contrario*, els que argüien la seva conservació per tal de preservar la jurisprudència al respecte. P. LUXTON, *The law of charities*, Oxford, 2001, pàg. 23-27.

<sup>165</sup> *Charities Act 2006: Part 1. Meaning of "charity" and "charitable purpose"*. 1 Meaning of "charity": (1) For the purposes of the law of England and Wales, "charity" means an institution which— (a) is established for charitable purposes only, and (b) falls to be subject to the control of the High Court in the exercise of its jurisdiction with respect to charities. (2) The definition of "charity" in subsection (1) does not apply for the purposes of an enactment if a different definition of that term applies for those purposes by virtue of that or any other enactment. (3) A reference in any enactment or document to a charity within the meaning of the Charitable Uses Act 1601 (c. 4) or the preamble to it is to be construed as a reference to a charity as defined by subsection (1).



## 2.1.2 Altres definicions proposades per institucions públiques europees o institucions privades

a) La **Comissió europea** en la Comunicació titulada “La promoció del paper de les associacions i de les fundacions a Europa”, proposa:

“Les fundacions són organismes que tenen la seva pròpia font d’ingressos, que són dedicats, segons el seu propi criteri, a projectes o activitats d’utilitat pública, que són completament independents del govern o altres autoritats públiques i que són gestionades per consellers d’administració independent o per fiduciaris.”<sup>166</sup>

b) El **Consell d’Europa** proposa en l’Informe explicatiu sobre el Conveni europeu en el reconeixement de la personalitat legal de les ONG, 1986:

Art. 2: “Una fundació és una propietat identificada dedicada a un propòsit donat”.

c) El **Centre Europeu de Fundacions** (EFC) ha elaborat diferents definicions en els seus estudis i documents de treball, per exemple:

“Entitats sense ànim de lucre, independents i lliurement constituïdes, amb les seves pròpies fons estables de finançament basades normalment, tot i que no exclusivament, en una dotació patrimonial permanent i compten amb els seus propis òrgans de govern. Les fundacions posen els seus béns, drets i recursos al servei del seu treball i donen suport a activitats orientades al benefici públic.”

En la seva proposta de reglament sobre l’estatut de la fundació europea (gener 2005):

Art. 1.2 “La fundació europea és una entitat constituïda i dirigida de manera independent, que disposa d’actius sota la forma d’una donació o no, que són destinats de manera irrevocable a l’interès públic.” Després afegeix que ha de tenir forma de persona jurídica (...)

d) En el **projecte de fundació europea**, elaborat per *Bertelsmann Stiftung*, proposa com a definició de fundació europea:

“Les Fundacions europees es constitueixen separadament i independentment dels cossos dirigents que disposen del seu propi òrgan de govern, havent estat irrevocablement donats béns avaluable, drets o uns altres recursos i/o tenint a la seva disposició uns ingressos, no tenen cap membre, i responen a un propòsit públic /benèfic.”<sup>167</sup>

---

<sup>166</sup> (COM 1997) 241 final.

<sup>167</sup> K.J. HOPT; W.R. WALZ; T. VON HIPPEL; V. THEN (eds.), *The European Foundation. A New Legal Approach*, Verlag Bertelsmann Stiftung, Gütersloh, 2006. Art. 1.1 General Definition: “European Foundations are separately constituted and independently managed bodies with their own governing

Aquestes dues darreres definicions cal emmarcar-les en un tipus concret, que respon a una possible fundació europea, de manera que no pretén ésser una definició general sinó pròpia i específica per un context determinat, l'europeu comunitari.

### 2.1.3 Algunes consideracions: elements essencials de la fundació

La diferència entre les definicions rau en l'èmfasi que el legislador o la pràctica judicial decideixi accentuar en una de les característiques, per exemple, en el sistema del *common law*, es fonamenta en l'administració (*trusteeship*), mentre que en els països de dret civil, la importància rau en la personalitat jurídica de l'ens i la manca de membres. Altres definicions es basen en l'origen del fundador (privat o públic), en les finalitats (d'interès general o no), en l'exercici de les activitats (operatives o de promoció), o el grau d'independència respecte els poders públics<sup>168</sup>.

Malgrat les diferències existents entre les fundacions a Europa, coincideixen en algunes característiques tal i com palesa el Centre Europeu de Fundacions:

“Les fundacions són ens *sense afany de lucre, independents i lliurament constituïdes, amb les seves pròpies fonts de finançament*, tot i que no exclusivament, en una dotació patrimonial permanent i compten amb els seus *propis òrgans de govern*. Les fundacions posseeixen els seus béns, drets i recursos al servei del treball i recolzen activitats orientades al *benefici públic*. Assoleixen els seus objectius ajudant distintes associacions, institucions o individus, etc., o bé mitjançant la gestió dels seus propis programes.”<sup>169</sup>

En el mateix sentit, la Coordinadora Catalana de Fundacions considera que “la fundació disposa d'uns trets diferencials i permanents que configuren la seva

---

board, having been irrevocably provided with valuable goods, rights or other resources and/or having at their disposal an income, having no members, and serving a public-benefit purpose.”

<sup>168</sup> En relació a la definició de fundació constaten que aquesta varia d'un país a un altre, formant un 'ric tapís' de formes de fundacions difícils d'entendre, que produeix una complexa, a vegades confosa, terminologia i tractament legal, a més a més, no totes les organitzacions anomenades 'fundacions' són efectivament fundacions (Centre i Est d'Europa, Alemanya, Països Baixos, Suïssa). Coexisteixen definicions legals en què es fonamenten en la forma de la entitat, en els *trusteeship* en els països del *common law*, o en la personalitat jurídica en els civilistes. Però hi ha més definicions, basats en altres criteris, com seria el tipus de fundador (privat o públic), la finalitat (*charitable* o un altre), activitats (*grant-making* o *operating*), l'estructura dels ingressos (individual o múltiples fonts), tipus de patrimoni (dotació o consecutius ingressos), i el nivell d'independència respecte l'Estat, el mercat o la família. H.K. ANHEIER, “Foundations in Europe: A comparative Perspective”, Andres Schülter et al., *Foundations in Europe*, Londres, 2001, pàg. 41. H.K. ANHEIER; S. DALY, “Philanthropic foundations in modern society”, H.K. ANHEIER; S. DALY (eds.), *The Politics of Foundations*, Routledge, 2007, pàg. 8. Posteriorment, comprovarem que existeixen pluralitat de classificacions respecte les fundacions, precisament atenent als diferents factors que la defineixen. *Vid.* part I, cap. III, apartat 2.

<sup>169</sup> EUROPEAN FOUNDATION CENTRE, “Working with Foundations in Europe: Why and How?”, 2001, <www.efc.be>. La cursiva és nostra.

personalitat: un *acte de creació personal* del fundador, que esdevé institució; una *finalitat d'interès general*; estar sempre adreçada a tercers; *no tenir afany de lucre*; mantenir una actitud rebel i transgressora que genera innovació per tal de poder modificar la realitat; *tenir un fons fundacional* i/o capacitat de captar recursos suficients; ser expressió de la societat civil; *tenir un òrgan de gestió* no assembleari.”<sup>170</sup>

Presentades algunes definicions, es passa a destriar les característiques que es repeteixen: un patrimoni (béns o recursos econòmics) que lliurement i per voluntat del fundador (que pot ser una sola persona o diverses, física o jurídica que actuen sense afany de lucre) és afectat a una finalitat determinada (que en molts casos ha de ser d'interès general o d'utilitat pública). En la majoria de regulacions és *a posteriori* quan s'estableix quines són aquestes finalitats a través d'una enumeració oberta. Tant en dret italià com en l'alemany, no s'especifica en la definició que el fi hagi de ser d'utilitat pública, però en el primer cas, en dret italià, la doctrina i la jurisprudència han interpretat que és característic i implícit que una fundació ha de perseguir fins d'utilitat pública, però la tendència dels darrers anys, és afirmar la idea que l'important del fi perseguit no és tant la '*pubblica utilità*', sinó una finalitat de tipus supraindividual<sup>171</sup>. En algunes definicions, sobretot les que no són legals-domèstiques, s'especifica a més, que són ens independents dels poders públics.

Per tant, concloem que els elements essencials són: un patrimoni que està adscrit a una finalitat d'interès general. Aquestes són les coincidències generals<sup>172</sup> que donen com a resultat la definició simple, breu i general que identifica la fundació en “la destinació d'un patrimoni i més específicament d'una activitat per a la consecució d'un fi”<sup>173</sup>. Així doncs, les definicions ens mostren dos elements essencials que coincideixen: patrimoni i finalitat, en canvi, són més difícils de generalitzar: la finalitat d'interès general (hi ha ordenaments on s'admet les fundacions familiars i d'altres); la naturalesa privada o pública; l'absència d'afany de lucre o l'obligació de reinvertir en l'objecte de la fundació i no distribuir els guanys. Però la característica més difícil de casar, és la forma o estructura de la

---

<sup>170</sup> Conclusions del Congrés de Fundacions 2001, Coordinadora Catalana de Fundacions, <www.fundacions.org> (maig 2004). La cursiva és nostra.

<sup>171</sup> V.A., *Le Fondazioni in Italia Libro bianco*, Consiglio italiano per le Scienze Sociali, Roma, 2002, pàg. 34.

<sup>172</sup> F.W. HONDIUS i T.J. VAN DER PLOEG, en el seu estudi de dret comparat d'abast mundial estableixen com a definició aplicable en les legislacions nacionals “A foundation is a private body serving the general, public interest”, F.W. HONDIUS; T.J. VAN DER PLOEG, “Foundations”, *IECL*, vol. XIII, cap. 9, 2000, pàg. 10.

<sup>173</sup> A. ZOPPINI, *Le Fondazioni*, Napoli, 1995, pàg. 87.

fundació que en termes generals pot ser una persona jurídica (en la tradició civil) o un *trust* (en el *common law*). D'aquí el plantejament del posterior apartat, en el qual s'analitzarà la importància de la forma o categoria jurídica de les fundacions, qüestió que ens interessa des del punt de vista del Dret internacional privat ja que és un dels problemes amb què topa la fundació estrangera quan ha de ser reconeguda en un altre Estat. En l'actualitat, la concepció tradicional de persona jurídica pateix un desplaçament originat per una altra figura, que si bé no és nova, està guanyant terreny en tots els àmbits i que actua en determinats casos substituint la persona o subjecte individual, ens referim a 'l'organització'<sup>174</sup>. No és difícil deduir que més endavant d'altres ordenaments ho contemplaran de la mateixa manera, com ho ha fet Alemanya, Itàlia i Suïssa, on ja es contempla aquesta concepció de la fundació com a organització<sup>175</sup>. En concret, segons la doctrina italiana, la fundació "és una institució" segons l'art. 12 CCIt, que es pot descriure com un negoci d'organització, és a dir, la fundació seria el resultat d'un negoci jurídic, que en resultaria una activitat executiva (realitzar una finalitat) que implica la constitució d'una estructura organitzativa<sup>176</sup>.

Per harmonitzar el dret, cal harmonitzar la terminologia i el seu significat, i en la seva discussió és inevitable incidir en qüestions que impliquen ideologies, fonts i història, conseqüentment, si es pretén realitzar una harmonització respecte una figura jurídica concreta, com seria la fundació, la problemàtica es centraria en l'elecció per un o altre concepte que inclouria doncs una ideologia o fonts o

---

<sup>174</sup> Així ho expressava TOMÁS Y VALIENTE: "Vivimos en una formación social uno de cuyos protagonistas son las organizaciones, hasta el punto de que se ha hablado de un tipo antropológico, que sería el propio del hombre de nuestro tiempo, como The Organization Man.", en: "Estudio previo", R. DE LORENZO GARCÍA et al., *Comentarios a la Ley de fundaciones y de incentivos fiscales*, Tomo I, Madrid, 1995, pàg. XXXIX. Vegeu també, R. DE LORENZO GARCÍA, "Artículo 12", R. DE LORENZO GARCÍA et al., *Comentarios a la Ley de fundaciones y de incentivos fiscales*, Madrid, 1995, pàg. 103 i 104.

<sup>175</sup> "La superación de la concepción de la fundación como *universitas bonorum*, y la desviación del centro de atención des del patrimonio hacia la organización es comunmente aceptada, en la actualidad, tanto por nuestra doctrina como para la doctrina extranjera y, sobretodo en Alemania, Italia y Suiza", M. CUSCÓ; M. CUNILLERA, *Comentarios a la nueva ley de fundaciones. Ley 50/2002, de 26 de diciembre*, Madrid, 2003, pàg. 113.

<sup>176</sup> La manca de definició legal, comporta que la doctrina interpreti els articles del CCIt en la seva globalitat, estant molt presents les teories sobre la personalitat jurídica del segle XIX, procurant trencar amb la distinció clàssica entre *universitas personarum* i *universitas bonorum*, tendint cap a un concepte d'organització. F. GALGANO, descriu conjuntament associacions i fundacions, que serien expressions d'autonomia negocial. Seria la peculiar modalitat d'execució que hauria suscitat la idea "d'institució", o 'ens o cos social' o 'formació social', intermitja entre l'individu o la societat. La diferència entre associació i fundació, rau en la diversa naturalesa dels respectius negocis constitutius i els diversos mitjans d'execució dels negocis. Vegeu les reflexions: F. GALGANO, *Personae giuridiche. Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, Bologna, 2<sup>a</sup> ed., 2006, pàg. 80 i ss. Segons DI GIANDOMENICO I FESTA, "si può affermare che essa è un'organizzazione collettiva formata da amministratori, istituita da un fondatore che ha devoluto dei beni e li ha vincolati al perseguimento di un scopo di natura ideale o morale o comunque non economico." M.E. DI GIANDOMENICO; D. FESTA, *Consorzi, fondazioni e trust*, Maggioli Ed., 2005, pàg. 239.

influència històrica<sup>177</sup>. Seria partidària, pensant en una possible harmonització europea en aquesta matèria, d'una definició suficientment àmplia que possibilités encabir un nombre important de tipologia de fundacions, respectant tant com fos possible les diferents tradicions jurídiques, sempre però, dins d'uns paràmetres que evitessin els dubtes sobre les fundacions incloses i les excloses<sup>178</sup>.

## 2.2 Existeix una vertadera i única base o estructura de la fundació?

La fundació se'ns presenta en diferents formes, com a: persona jurídica; organització; ens; acte; donació; o com a patrimoni independent o fiduciari. És aquest aspecte, el que pensem que presenta majors diferències. Aclarir que quan ens referim a la forma que pot adquirir una fundació, no fem referència al mecanisme pel qual es constitueix una fundació, això seria per un acte *inter vivos* o per un acte *mortis causa*, sinó que ens referim a la forma que sustenta la pròpia fundació.

La mancança d'unitat estructural en els distints ordenaments jurídics podria atribuir-se al buit jurídic existent en el Dret Romà. Aquest dret originari no preveia principis generals que reguessin les fundacions, ans el contrari, ha estat posteriorment que s'han qualificat com a fundacions diferents situacions i solucions que es plantejaven en Dret Romà. Per això, R. ORESTANO, considera que el concepte més idoni per entendre les 'fundacions' romanes és el de 'centre de referència de drets i obligacions' quan la destinació i finalitat dels béns es garanteix a través d'una organització jurídica considerada en si mateixa com a centre de referència<sup>179</sup>. Utilitzem en l'actualitat conceptes que no són pròpiament romans, com assenyala J.M. BLANCH NOGUÉS, són conceptes i categories:

“producte d'una llarga evolució històrica essent bàsicament fixats per Savigny i la pandentística alemanya i plasmats per diverses vies en els nostres textos legals. Segons aquest esquema formal elaborat per la dogmàtica moderna veiem que la naturalesa de les fundacions enteses com a tipus o categoria de persones jurídiques ve donada bàsicament pel seu objecte, aquest és, per l'afectació d'un patrimoni a certs fins permanents o duradors, i per la seva forma, és a dir, per l'atribució d'aquesta personalitat

---

<sup>177</sup> Idees extretes de les discussions i conclusions dels treballs d'investigació elaborats en el projecte “Uniform Terminology for European Private Law”, *Symposium Research Network – Final Meeting*, 6-8 Juliol 2006, Münster (Alemanya).

<sup>178</sup> *Vid.* part. III, cap. III, apartat 2.2.2.

<sup>179</sup> R. ORESTANO, *Il “problema delle persone giuridiche” in diritto romano*, I, Torino, 1968, pàg. 12-13, citat per J. M. BLANCH NOGUÉS, *Régimen jurídico de las fundaciones en Derecho Romano*, Madrid, 2007, pàg. 17.

per l'Ordenament jurídic en virtut del compliment de certs requisits per garantir així la consecució dels seus fins al llarg del temps”<sup>180</sup>.

En l'estudi comparatiu de F.W. HONDIUS i VAN DER PLOEG<sup>181</sup>, es diferencien dos grups de països: els que reconeixen la fundació com a institució en les seves normes o en la seva pràctica legal; i els països del *common law*.

En el primer grup, en el qual les fundacions són reconegudes legalment, estableixen tres formes distintes de definicions legals de les fundacions:

- a) Les regulacions on l'element central de la fundació és el capital, o dons o llegats, o **patrimoni**, el qual està dedicat de forma permanent a un patrimoni, “són els dons que tenen personalitat jurídica, subjecte a diverses condicions”. (Àustria, Alemanya, Grècia, Haití, Polònia, Suècia, Suïssa i Uruguai).
- b) Les regulacions que inverteixen l'ordre, defineixen les fundacions com a **organització**, que per voluntat dels fundadors, el patrimoni es dedica permanentment a la consecució dels fins d'interès general. (Espanya, Dinamarca, Noruega)
- c) Altres, com establiment, institució, organització, persona jurídica dedicada a un benefici públic. En aquest cas l'element essencial és la **finalitat**. (Bèlgica, Luxemburg, Colòmbia, Portugal, Argentina, Hongria, Països Baixos, Espanya)

Amb aquesta comparació àmplia, es poden extreure els elements essencials: el patrimoni; la finalitat (sovint d'interès públic), l'element organitzatiu. Exclouríem l'absència d'afany de lucre. En puritat, però, reduiríem els elements essencials, amb independència de la forma, a dos elements de la fundació, representats per un patrimoni destinat a una finalitat. De nou, l'element estructural de la fundació, quedaria representada, una vegada més, per gran varietat de possibilitats: com a organització, ens, propietat, pressupost, capital, persona jurídica, institució, entitat legal<sup>182</sup>. Caldrà avaluar si és possible establir-ne un forma comuna.

---

<sup>180</sup> J. M. BLANCH NOGUÉS, *Régimen jurídico de las fundaciones en Derecho Romano*, Madrid, 2007, pàg. 15; 73 i ss; 300.

<sup>181</sup> F.W. HONDIUS; T.J. VAN DER PLOEG, “Foundations”, *IECL*, vol. XIII, cap. 9, 2000, pàg. 17.

<sup>182</sup> Per A. ZOPPINI: “In conclusione e in sintesi, le costanti normative che storicamente (e comparatisticamente) si abbiano allo schema fondazionale possono essere identificate nella destinazione di un patrimonio allo scopo- che con il riconoscimento esce definitivamente dalla disponibilità del fondatore-, attraverso la mediazione d'una vicenda organizzativa assistita dal rilievo reale. Il vincolo che della fondazione appare caratteristico si coglie pertanto non in ragione d'una qualificazione statica- come è implicita nel nesso patrimonio-scopo-, ma essenzialmente sul piano dinamico, perché lo scopo imprime

La discussió sobre la vertadera base de la fundació no és nova, R. BADENES GASSET per tal de descriure la “*estructura de las fundaciones o substrato de las mismas*”, desenvolupava les distintes teories prenent com a base un dels següents elements: a) el patrimoni; b) el fi; c) l'Estat, els destinataris; d) la voluntat objectivada del fundador; e) l'organització. Després d'examinar les teories, l'autor conclouïa en que en totes elles hi ha imperfeccions i que, per tant, cap d'elles es podria considerar expressió autoritzada i unànime<sup>183</sup>, finalment no es posiciona, i argüeix: “(...) la importància de les distintes posicions doctrinals, no ha de, a judici nostre, exagerar-se des del punt de vista pràctic, ja que les qüestions més rellevants que sorgeixen a través de la vida de la fundació poden resoldre's independentment d'una o altre teoria.” Afegeix que el valor relatiu del reconeixement de la personalitat es posa de manifest al contrastar el sistema amb altres ordenaments, es refereix al *trust* britànic, que es traduïrien en distint expedients per tutelar els mateixos interessos i situacions<sup>184</sup>.

Aquest discurs comporta un seguit de qüestions respecte de si la concepció de fundació hauria de basar-se més en les finalitats de les fundacions, que no pas respecte la forma. En el cas que la definició es decantés per la finalitat fundacional, entendríem que hi ha una aproximació al sistema anglosaxó en què prima els *purposes charitables*, enfront de les distintes possibilitats de forma que poden adquirir les *charities*.

---

una tensione e conforma l'attività verso il conseguimento d'un risultato.” A. ZOPPINI, *Le Fondazioni*, Napoli, 1995, pàg. 83.

<sup>183</sup> “El patrimonio denota el efecto de la personalidad en la esfera patrimonial, pero no su causa. Es simplemente un medio de actuación del fin de la fundación. (...) El fin es un momento subjetivo y relativo en el ánimo de los hombres, es la causa que determina la creación, pero no la función misma. (...) El Estado, en efecto, ejerce como ente político dotado de soberanía, facultades de vigilancia, reforma y supresión, pero no de la cualidad de propietarios de los bienes de la fundación. (...) Los destinatarios tienen el goce, pero no la pertenencia del derecho. Se puede gozar de los beneficios de ciertos bienes sin ser propietarios ni poder disponer de los mismos. Además, pueden existir fundaciones sin destinatarios o ser los habitantes del mundo entero. (...) La voluntad del fundador no puede desvincularse de las otras facultades del espíritu, ni separarla de la persona humana en que se produce y encarna, y fuera de la cual no se concibe. (...) La teoría de la organización eleva a sujeto jurídico un atributo, y no un sustantivo, el estado de ordenación, y no el ente ordenado.” R. BADENES GASSET, *Las fundaciones de derecho privado*, Barcelona, 1986, pàg. 48 i ss; 56-57.

<sup>184</sup> R. BADENES GASSET, *Las fundaciones de derecho privado*, Barcelona, 1986, pàg. 57-58. Ja en la primera edició de *Fundaciones de derecho privado*, R. BADENES GASSET, obria l'interrogant respecte la “*verdadera base de la fundación*”, exposant les teories del moment que provenien dels juristes de finals del segle XIX i inicis del XX. El dubte requeïa principalment en quin era el subjecte de la fundació, i aquests plantejaments coincidien amb el debat sobre la naturalesa de les persones jurídiques i la seva tipologia. L'autor repassava les diferents possibilitats; des de les teories patrimonialistes on no seria necessari un subjecte de dret; les de SAVIGNY, en que es considera com a subjectes de la fundació els beneficiaris o l'Estat; la teoria de l'autovinculació de BEHREND pel qual l'home és un creador econòmic, espiritual i social i per això produïria institucions; o la de GIERKE, el qual considerava la fundació com una organització, consistent en una associació de persones, dotada de personalitat jurídica, per a la realització d'un determinat fi. R. BADENES GASSET, *Las fundaciones de derecho privado*, Barcelona, 1960, pàg. 67 i ss.

Com s'ha exposat anteriorment, en els països del *common law*<sup>185</sup>, les *charities* són concebudes a través dels *purposes* adquirint la condició de *charitable* segons els fins perseguits tot havent d'actuar, necessàriament, en benefici públic (*public benefit*). L'essència no recau doncs en la seva forma legal (*trust, unincorporated association, limited or unlimited company, body incorporated by act of Parliament or Royal Charter, etc.*), sinó en la seva finalitat, la qual havia de ser qualificada com a *charitable*. En la darrera norma anglesa sobre *charities*, s'ha introduït una nova estructura: la '*corporate form*', que es coneix com a *Charitable Incorporated Organization* (CIO). La raó d'aquesta nova forma pretén superar dos problemes de la llei actual. Per una banda, la il·limitada responsabilitat personal dels *trustees* en els *charitable trusts*. Per l'altra, l'existència de desavantatges pel doble registre i control en les *charitable company*, per part de la *Charity Commission*, i per la *Companies House* branca del *Department of Trade and Industry*. La CIO, és una persona jurídica, registrada només pel supervisor de les *charities*, amb personalitat jurídica separada de la dels seus membres, que pot ser part en judici en nom propi respecte la responsabilitat dels seus membres<sup>186</sup>.

La incorporació de les CIO en la norma anglesa fa invertir la qüestió anteriorment plantejada: és el sistema jurídic anglès el que s'aproxima a la normativa civilista atribuint a la *charity* personalitat jurídica?

És en la forma que adquireix la fundació on sorgeixen punts de discòrdia entre les diferents definicions i per tant concepcions: fundació com a persona jurídica o més enllà, com a organització, o bé, tot el contrari, sense personalitat jurídica. Per als internacionalprivatistes, aquesta qüestió és essencial a partir del moment en què hem de saber qualificar a la 'relació jurídica' per tal de determinar el dret aplicable.

Del plantejament anterior s'afirma que les fundacions poden adquirir distintes formes segons la tradició jurídica a la qual pertanyen. La principal distinció, actualment, rau entre els ordenaments de tradició continental, on les fundacions adquireixen personalitat jurídica de manera que es crea *ex novo* una persona jurídica que intervindrà en la societat exercint els seus drets i obligacions, i disposant de capacitat jurídica. Confrontada a aquesta concepció romano-germànica trobem en el dret anglosaxó i en general en el *common law*, que les fundacions poden ser constituïdes emprant altres figures jurídiques que no

---

<sup>185</sup> L'origen és a Anglaterra i Gal·les, i s'estén a Austràlia, Canadà (exceptuant Quebec), Índia, Jamaica, Paquistà, Singapur, Sud Àfrica, Tanzània i els Estats Units, d'entre altres.

<sup>186</sup> K.J. HOPT; W.R. WALZ; T. VON HIPPEL; V. THEN (eds.), *The European Foundation. A New Legal Approach*, Verlag Bertelsmann Stiftung, Gütersloh, 2006, pàg. 65.



comporten personalitat jurídica, com és el cas del *trust*, en concret els *charitable trust*.

Aquestes serien dues de les formes més conegudes per constituir fundacions en el que anomenem món occidental, juntament amb d'altres possibilitats minoritàries o pròpies d'alguns ordenaments, com són les donacions en compte que adquireixen la condició de fundació o *fondations abritées* a França, o sense la condició de fundació, els fons especials a Catalunya. En d'altres ordenaments més llunyans geogràficament existeixen d'altres institucions jurídiques que equivalen a la fundació i un exemple és el *waqf* propi del dret islàmic, que es mereixerà unes línies de presentació.

## 2.2.1 La fundació com a persona jurídica

### 2.2.1.1 Les persones jurídiques: teories generals

La primera idea que se'ns acut en pensar en una persona jurídica privada és la d'un grup, amb nom i capacitat pròpia per actuar, essent diferent de les persones que l'integren. Tal concepció respondria a figures tals com són societats, cooperatives, mútues o associacions, entre d'altres. En aquests tipus de persona jurídica s'hi inclourien les que es formen bàsicament per capital, sigui amb fins altruistes o fins lucratius, com són les fundacions o les societats de capital. Són, en tots els casos, i com anomena J.L. LACRUZ BERDEJO, “ens transindividuals als que l'ordenament reconeix subjectivitat” que es basen en la necessitat dels humans a associar-se per aconseguir, juntament amb d'altres, els resultats i finalitats que, per si sols, no podrien abastar<sup>187</sup>.

---

<sup>187</sup> J.L. LACRUZ BERDEJO et al., *Elementos de derecho civil I. Parte General de Derecho civil. Personas*, vol. II, 1990, pàg. 250. En l'ordenament espanyol es regula en el codi civil les persones jurídiques en el Llibre I, títol II, capítol II, que s'intitula precisament “de les persones jurídiques”, i LL. PUIG I FERRIOL en fa una valoració que reflecteix els seus orígens: “resulta clarament una regulació excessivament parcial de les persones jurídiques, com si els codificadors civils pensessin que havien complert llur missió pel fet d'establir unes línies generals sobre aquesta categoria de persones. Això obeeix tal vegada al criteri tradicional que les persones jurídiques interessin fonamentalment el dret públic. S'hi pot afegir encara el fet que les persones jurídiques civils no són avui dia les que tenen una importància més gran; i d'altra banda estan subjectes a vegades a un cert control administratiu, de major transcendència en els temps actuals, marcats per la considerable expansió del dret públic.” LL. PUIG I FERRIOL “Persones jurídiques” en: LL. PUIG I FERRIOL; E. ROCA I TRIAS, *Instituciones del dret civil de Catalunya. Dret de la persona i dret de família*, vol. II, Tirant lo Blanch, València, 1998, pàg. 232. De fet, en la història jurídica no sempre ha existit l'expressió “persona jurídica” concebuda com en l'actualitat, el seu origen es trobava en les corporacions públiques com era l'Estat en l'Antiga Roma. Vegeu: C. MALUQUER DE MOTES, *La fundación como persona jurídica en la codificación civil: de vinculación a persona (Estudio de un proceso)*, Barcelona, 1983, pàg. 197-229. Després apareixerien les *universitas personarum*, que composaven gremis, corporacions d'oficis o col·legis. Va ser amb Dioclecià i amb els posteriors emperadors cristians que es desenvolupen les *universitas bonorum*, que eren béns destinats a finalitats concretes assenyalades pel mateix constituent i per un termini llarg, serien en l'època cristiana les fundacions destinades a causes pies. Coexisteixen en el temps, les donacions i llegats de béns als municipis o a la l'Església amb el mandat de continuar el fi destriat pel donant. Aquestes liberalitats eren contemplades pels juristes de l'època com a una donació *sub*

La naturalesa de la persona jurídica és una qüestió complexa sense una interpretació única i certa. A mitjans del segle XIX i fins els inicis del XX, va sorgir entre els juristes una necessitat imperiosa d'estudiar les persones jurídiques i la seva naturalesa<sup>188</sup>, tot i que sembla ressorgir interès pel seu estudi<sup>189</sup>. De la diversitat i contradictòries teories es pot simplificar en tres grans tendències: a) la teoria de la ficció; b) les teories de la realitat; i la c) la teoria de la realitat tècnica.

La primera, la teoria de la ficció i formulada en les seves bases per SAVIGNY, qualifica les *universitates*, fossin aquestes *rerum* o *personarum*, com de “persones fictícies”, ja que es parteix de la idea que només l'ésser humà és subjecte de dret, perquè només aquest disposa de voluntat i raó. Per això, l'Estat “fingeix” que disposen de capacitat, així, només per llei es pot concedir capacitat a un grup de persones o de béns, que per si sols no tindrien capacitat jurídica. Aquesta teoria de la *fictionis iuris* domina durant molt de temps, i la seva acceptació implica que no existeix una persona jurídica si no una autorització que la preveu en text legal, justificada per raons de política jurídica. Per tant, la teoria de la ficció es basa, per una banda, en la diferència existent entre l'ésser humà, viu i dotat d'intel·ligència i voluntat, i per altra banda, en que la persona jurídica<sup>190</sup> només existeix gràcies a la imprescindible intervenció del Dret que la crea<sup>191</sup>.

Enfront de la teoria de la ficció, els realistes s'oposaven a l'explicació imprecisa de la *fictionis iuris*, i entenien que aquests ens disposaven d'una pròpia realitat

---

*modo* al Municipi o a l'Església encarregats de complir les finalitats previstes pel fundador. Va ser a l'edat moderna, donats els descobriments geogràfics i la invenció de diverses màquines que donen origen a la indústria, quan apareixen les societats. Era mitjançant la carta del sobirà que s'incorporava, és a dir, que es transformava en una corporació unitària i autònoma i amb el privilegi de la limitació de la responsabilitat. Les primeres societats de responsabilitat limitada varen ser a Gran Bretanya i als Països Baixos. J.L. LACRUZ BERDEJO ed al., *Elementos de derecho civil I. Parte General de Derecho civil. Personas*, vol. II, 1990, pàg. 252-253.

<sup>188</sup> En aquest apartat, que només pretenia ser una simple aproximació descriptiva de la figura jurídica “persona jurídica”, s'ha topat amb allò que CASTÁN descrivia de la següent manera: “esa abrumadora bibliografía ha contribuido a oscurecer y hacer más intrincado de lo que ya en sí lo fuera el problema de la personalidad moral”, per això es realitza una succinta aproximació. Citat per R. BADENES GASSET, *Las fundaciones de derecho privado*, Barcelona, 1960, pàg. 7. Vegeu: A. PILLET, *Personnes morales en droit international privé*, Paris, 1914, pàg. 19-57; J. M. BLANCH NOGUÉS, *Régimen jurídico de las fundaciones en Derecho Romano*, Madrid, 2007, pàg. 49-72.

<sup>189</sup> Sembla ressorgir la inquietud per l'estudi de les persones jurídiques en l'actualitat, destaquem les obres: V. SIMONART, *La personnalité moral en droit privé comparé*, Brussel·les, 1995; F. FERRARA, *Teoría de las personas jurídicas*, Granada, 2006.

<sup>190</sup> Amb ironia expressava l'administrativista francès GASTÓN JÉZE: “Jo mai he dinat amb una persona jurídica”, citat per J.L. LACRUZ BERDEJO et al., *Elementos de derecho civil I. Parte General de Derecho civil. Personas*, vol. II, 1990, pàg. 256. Vegeu també: F. CAPILLA RONCERO, *La persona jurídica. Funciones y disfunciones*, Tecnos, 1984.

<sup>191</sup> Aquesta segona característica és fruit d'una variant de la teoria de la ficció coneguda com “teoria de la concessió”, V. SIMONART, *La personnalité moral en droit privé comparé*, Brussel·les, 1995, pàg. 24 i ss.

reconeguda i necessària pel propi Dret natural<sup>192</sup>. No es pretén assimilar paral·lelament una persona i l'altra, sinó que es busca atribuir a la persona jurídica el concepte de subjectivitat jurídica que li és propi a l'ésser humà. Es distingeix la personalitat com a una aptitud per a ser subjecte de drets que el legislador reconeix, tant a la persona física, com a la jurídica, complint l'Estat un paper declaratiu i no constitutiu respecte les persones jurídiques. Una de les crítiques que se li feia a aquesta teoria i que ens afecta a la nostra matèria d'estudi, era que oblidava per complet les *universitates rerum* o fundacions, ja que el pes de la construcció es centrava sobre les persones jurídiques de tipus associatiu<sup>193</sup>.

Les teories modernes d'inicis del segle XX, reprenen la qüestió, però no des del punt de vista filosòfic o polític característic dels autors de les teories clàssiques, sinó des de la vessant purament jurídica, com a subjecte de Dret. Per una banda, hi ha la teoria de la realitat tècnica, per l'altra, la teoria de la personalitat jurídica com expressió sintètica de regles<sup>194</sup>.

J.L. LACRUZ BERDEJO conclou amb una teoria mixta, afirmant que la persona jurídica participa de la ficció i de la realitat, de manera que no essent una persona física, només la podrem conèixer a través d'un acte fictici, però reconeixent una

---

<sup>192</sup> Els seguidors de l'anomenada teoria realista, també coneguda com a orgànica o concepció antropomòrfica de les persones jurídiques, va tenir com a màxim exponent, OTTO VON GIERKE. Per aquest, una persona jurídica era un ésser vivent supraindividual, "és una unió d'individus amb una personalitat que brota de si mateixa: la seva ànima és una voluntat comuna unitària; el seu cos, un organisme social". Citat per J.L. LACRUZ BERDEJO et al., *Elementos de derecho civil I. Parte General de Derecho civil. Personas*, vol. II, 1990, pàg. 257. Vegeu: V. SIMONART, *La personnalité moral en droit privé comparé*, Brussel·les, 1995, pàg. 33 i ss.

<sup>193</sup> F. CAPILLA RONCERO, *La persona jurídica. Funciones y disfunciones*. Tecnos, 1984, pàg. 49. A. PILLET, *Personnes morales en droit international privé*, Paris, 1914, pàg. 33.

<sup>194</sup> Per a PUIG I FERRIOL, en l'atorgament de la subjectivitat a les persones jurídiques, hi juga sempre una dosi d'oportunisme, ja que per mitjà de l'expedient de la personalitat jurídica es crea un nou subjecte de Dret, que des d'una perspectiva purament realista no té una justificació indiscutible. Si bé, considera convenient (però no necessari) que l'ordenament personifiqui determinades agrupacions humanes o de capital, que tenen com a finalitat ajuntar esforços per aconseguir finalitats que tal vegada no podrien assolir-se individualment, o per superar limitacions temporals, o per crear noves masses patrimonials que actuen en el tràfic jurídic deslligades almenys formalment de la persona física, i amb la finalitat d'imputar a cadascuna d'elles una responsabilitat pròpia i independent. LL. PUIG I FERRIOL "Persones jurídiques" en: LL. PUIG I FERRIOL; E. ROCA I TRIAS, *Institucions del dret civil de Catalunya. Dret de la persona i dret de família*, vol. II, Tirant lo Blanch, València, 1998, pàg. 234. En el mateix sentit, A. PILLET ja afirmava a inicis del segle XX: "Enfin, il est des cas où la personnalité civile n'est plus nécessaire: c'est lorsqu'elle correspond à un objet qui pourrait être atteint d'une autre façon. Elle est alors simplement utile. (...) la personne civile ne nous apparaît plus du tout comme répondant à une nécessité, mais simplement à l'exercice d'une faculté. Cependant, si ce résultat peut être avantageux aux intéressés, on ne voit pas pourquoi on ne leur permettrait pas d'user du secours de la constitution d'une personne civile pour y arriver." A. PILLET, *Personnes morales en droit international privé*, Paris, 1914, pàg. 36-37.

realitat subjacent, que és la voluntat de la col·lectivitat i que mereix ser tractada per llei<sup>195</sup>.

Per V. SIMONART, cap de les teories permeten una explicació satisfactòria de la personalitat jurídica. Per l'autora cal excloure concepcions polítiques, sociològiques o antropomorfes, i caldria fer una definició de mínims, com la que es recull al Conveni de Brussel·les de 24 de febrer de 1968 sobre el reconeixement mutu de societats i persones jurídiques, que defineix la personalitat jurídica com la capacitat de ser titular de drets i obligacions<sup>196</sup>. Finalment però, proposa la següent definició:

“La personalitat moral és un concepte totalment estranger a les nocions de ficció o de realitat que designa l'aptitud de certes entitats per ser elles mateixes titulars de drets i d'obligacions. Aquestes entitats, diferents de les persones físiques, són determinades de manera genèrica o individual pel legislador, s'insereixen o no en models preestablerts, impliquen o no membres, i han de poder ser identificades en el comerç jurídic per un nom, un domicili així com la vinculació a un ordre jurídic determinat.”<sup>197</sup>

Els internacionalprivatistes li atorguen a la persona jurídica un caràcter instrumental, tècnic<sup>198</sup>. La raó emana probablement de que sovint la condició de la persona jurídica, des del punt de vista internacional, varia totalment d'un ordenament jurídic a un altre, qüestió que en essència no importa en àmbit internacional. Per A. PILLET, la qüestió principal a resoldre seria la següent: “Aquesta persona ha de ser igualment considerada com a existent en un altre país?”. Per tal de reconèixer internacionalment a una persona jurídica, és de cabdal importància el sistema jurídic previst per adoptar la personalitat jurídica. Per això, l'autor advocava per la teoria de la realitat amb uns certs matisos, així les persones jurídiques estrangeres, legalment constituïdes en el seu país d'origen, gaudirien igualment d'una existència civil en els països estrangers. D'aquesta manera haurien de ser tractades de la mateixa manera en tots els països. Precisa que haurien de ser reconegudes com a subjectes de dret, és a dir, com ens propietaris, creditors, deutors, i sobretot, com a subjectes amb capacitat jurídica.

---

<sup>195</sup> J.L. LACRUZ BERDEJO et al., *Elementos de derecho civil I. Parte General de Derecho civil. Personas*, vol. II, 1990, pàg. 258.

<sup>196</sup> Tal concepció simple, no escapa de la crítica de l'autora per haver confós personalitat i capacitat. V. SIMONART, *La personnalité moral en droit privé comparé*, Brussel·les, 1995, pàg. 312.

<sup>197</sup> V. SIMONART, *La personnalité moral en droit privé comparé*, Brussel·les, 1995, pàg. 63 i 166.

<sup>198</sup> P. DE VISSCHER, citat per F.J. ZAMORA CABOT “La personalidad moral es, para el jurista, un procedimiento técnico por cuyo efecto un orden jurídico determinado, nacional o internacional, reconoce a una realidad distinta a una persona física la cualidad de sujeto de derecho, es decir, la aptitud de ser titular de derechos y obligaciones en virtud de ese orden jurídico”. J. ZAMORA CABOT, “Personas jurídicas”, M. AGUILAR NAVARRO, *Lecciones de Derecho Civil Internacional Español*, Madrid, 1983, pàg. 85-86.

Concreta, però, A. PILLET: “(...) no volem dir que, pel sol fet de l’existència regular que tenen a l’estranger, les persones jurídiques puguin estendre en la resta de països l’acció social segons la qual ha estat creada. Aquesta seria una altra qüestió, que és l’enumeració dels drets que poden ser reconeguts a les persones morals estrangeres. No és una conseqüència directa del reconeixement de la seva personalitat”. Caldria admetre doncs, el principi general de l’efecte internacional dels drets adquirits, ja que és evident que no hi hauria possibilitat de dur a terme relacions privades de país a país si els individus no poguessin fer valer els seus drets d’un país a un altre, és un principi de necessitat que s’estén a les persones jurídiques. Determinarem, doncs, quins són els drets adquirits segons quin és el lloc de la seva constitució, en les associacions i fundacions, de vegades pot ser una tasca fàcil ja que una persona jurídica pot haver estat creada segons una norma i actuar en el seu territori, tot i que amb posterioritat actuï en altres països, en aquest cas estarà determinada la llei per la qual es va constituir. En canvi, és més difícil determinar aquest origen quan la persona jurídica decideix des del seu naixement, actuar en diversos països, en general la resposta jurídica ha estat considerar el lloc de constitució en el lloc de principal establiment, no importaria el lloc on s’hagués formalitzat l’acte, o la nacionalitat dels fundadors. Per tant, serà important conèixer on es pretén desenvolupar els efectes, i d’entre totes les lleis, caldria escollir aquella que més justifiqui la seva reglamentació<sup>199</sup>. Es reprendrà en la segona part la qüestió del reconeixement internacional de la personalitat jurídica<sup>200</sup>. En aquest estudi s’opta per aquest caràcter instrumental de la personalitat jurídica de les fundacions, com una forma més en què es pot “materialitzar” una fundació.

### **2.2.1.2 La fundació com a persona jurídica**

La fundació, doncs, forma part de les entitats que es poden constituir mitjançant una persona jurídica. La seva característica principal i que la diferencia d’altres tipus de persones jurídiques com les associacions o les societats, és que es basa en un patrimoni i no en un conjunt de persones, i que el patrimoni es destina a fins altruistes i sense afany de lucre. La raó per la qual se li atribueix personalitat jurídica es fonamenta, segons F. CAPILLA RONCERO, en que “una persona destina un conjunt d’elements del seu patrimoni per a la consecució d’un fi permanent i estable, que durarà més enllà de la vida del fundador” i que, per tant, el fundador no podrà gestionar perquè la fundació que constitueix el sobrepassa

---

<sup>199</sup> A. PILLET, *Personnes morales en droit international privé*, Paris, 1914, pàg. 18-43; 46 i ss; 52 i ss.

<sup>200</sup> *Vid.* part II, cap. I, apartat 2.

en el temps. Una de les funcions de l'atorgament de personalitat jurídica a les fundacions és "procurar la consecució dels fins fundacionals i investits dels poders d'administració del patrimoni fundacional, romandre formalment al marge de la titularitat dels drets sobre els elements patrimonials de la fundació"<sup>201</sup>, per tant han de disposar necessàriament d'un òrgan de representació i gestió. Aquests òrgans, que reben el nom de 'Patronat', 'Board', 'Consell d'administració', etc., són els subjectes que efectivament ostenten les facultats de decisió sobre els béns que componen la fundació. Els béns de la fundació es desvinculen dels del fundador i possibles hereus (no sempre), així com dels dirigents de la fundació. Els béns de la fundació es mantenen propis i separats de la resta, estan destinats a un fi, aquest és el vincle imposat pel fundador. Les fundacions per tant, a priori, no tenen membres, característica que les diferencia de forma feient de les associacions o de les societats. En aquest punt considerem interessant introduir la concepció de la fundació com a organització. Tal qualificatiu incorpora l'element humà com a essencial per al seu funcionament, però també com a element integrant per a la seva constitució, contraposant-se a les teories més patrimonialistes on l'essencial és el patrimoni, i deixant com a subsidiari el factor humà, que seria representat per l'administració. Aquesta concepció, subsisteix avui en dia, i no és fútil. Per exemple, en l'ordenament jurídic espanyol es defineix legalment la fundació com a organització, així mateix per part de la doctrina italiana, per tant, introdueix un factor humà, que en les concepcions del nord d'Europa es refusa, ja que la fundació és un patrimoni gestionat per a un fi. No obstant això, en aquests mateixos països nord-europeus, malgrat que la regulació exclouï la possibilitat que hi hagi membres en una fundació (com seria una associació), sí que hi ha la possibilitat de fer-se 'soci' que es considera com a 'quasi membres' d'una fundació, val a dir, que aquesta condició simplement implica que una persona realitza aportacions periòdiques a la fundació, sense que se li atribueixi cap prerrogativa pròpia de la condició d'associat<sup>202</sup>.

Cal deixar constància que la personalitat jurídica atorgada pels ordenaments, no és sempre igual, i pot variar segons la tipologia de persones jurídiques, de manera

---

<sup>201</sup> F. CAPILLA RONCERO, *La persona jurídica. Funciones y disfunciones*, Tecnos, 1984, pàg. 133; 139.

<sup>202</sup> És així, als Països Baixos, Suècia, Dinamarca i Bulgària. A Itàlia la situació és particular, en les fundacions participatives hi ha un tipus de membres que escullen el consell directiu de la fundació; i en les fundacions bancàries, donat el seu origen associatiu es conserva l'assemblea de membres, tot i que els seus drets estan restringits, i se'ls pot assimilar a un consell d'administració. K.J. HOPT; W.R. WALZ; T. VON HIPPEL; V. THEN (eds.), *The European Foundation. A New Legal Approach*, Verlag Bertelsmann Stiftung, Gütersloh, 2006, pàg. 70-71. La pràctica d'admetre 'socis' comença a estendre's també a casa nostra, així per exemple, en la Fundació Internacional Josep Carreras. A Anglaterra i Gal·les, un *charity trust* no té membres, però una *charitable company*, té els membres de la *company*.

que hi ha una graduació de capacitat segons el tipus de persona moral que sigui i segons la regulació aplicable<sup>203</sup>. La capacitat jurídica de la fundació es veu limitada quan la norma preveu que per adquirir o acceptar determinades donacions o propietats s'exigeix el permís de la institució pública supervisora<sup>204</sup>. En dret privat existeixen tres sistemes essencials de reconeixement de les persones jurídiques: el sistema de concessió, pel qual un acte d'autoritat atorga la personalitat; el sistema formalista, quan es compleixen les condicions previstes a la llei que són formals, generalment el registre; i el sistema de la lliure constitució, quan es compleixen els requisits de fons establerts pel legislador<sup>205</sup>. Tres teories per atorgar la personalitat jurídica: per concessió (França); per lliure constitució (Països Baixos); formalista (Espanya).

### 2.2.2 La fundació sense personalitat jurídica o fundació no autònoma

Si bé en la majoria d'ordenaments occidentals de *civil law*, les fundacions es constitueixen a través d'una persona jurídica, en alguns ordenaments es preveuen altres formes per constituir una fundació, són les anomenades fundacions dependents que no disposen de personalitat jurídica pròpia<sup>206</sup>. Inclouríem aquest tipus de fundació dins de la categoria de patrimonis de destinació, constituït per un acte negocial que pot ser tant unilateral com bilateral, d'atribució de béns a un altre subjecte, o per contra, com a acte de destinació o afectació. Es presentaran

---

<sup>203</sup> En el BGB alemany i en la regulació italiana, així com en les normes espanyoles, s'admet la capacitat general o plena de les persones jurídiques. En canvi en l'ordenament francès existeix una graduació de capacitat plena o menys plena, qualificació que es determina segons si la persona jurídica es qualificada pel *Conseil d'État* com *d'utilité publique*. Per als anglesos es determina la capacitat segons la necessitat de l'objecte.

<sup>204</sup> K.J. HOPT; W.R. WALZ; T. VON HIPPEL; V. THEN (eds.), *The European Foundation. A New Legal Approach*, Verlag Bertelsmann Stiftung, Gütersloh, 2006, pàg. 106.

<sup>205</sup> Vegeu l'estudi comparatiu en V. SIMONART, *La personnalité moral en droit privé comparé*, Brussel·les, 1995, pàg. 72 i ss. En resum: A) el sistema de concessió, que subordina la concessió de la personalitat jurídica al compliment de les condicions fixades per la llei i a un acte discrecional de l'Estat o una altra autoritat. Són els règims més autoritaris o restrictius. B) el sistema formalista, no cal concessió administrativa, però s'exigeix que la forma correspongui a un dels models fixats per la llei, caldrà també que compleixen amb les formalitats disposades. C) el sistema de la lliure constitució, el legislador es limita a preveure les condicions de fons, de manera que la reunió implica el naixement d'una persona jurídica. Existeix un quart grup, la teoria de l'espontaneïtat, per la qual no cal la intervenció del legislador.

<sup>206</sup> Així per exemple a França; Alemanya; Grècia; Hongria; Liechtenstein; Suïssa. K.J. HOPT; W.R. WALZ; T. VON HIPPEL; V. THEN (eds.), *The European Foundation. A New Legal Approach*, Verlag Bertelsmann Stiftung, Gütersloh, 2006, pàg. 108. En dret alemany: *unselbständige Stiftung*, fundacions no autònomes o dependents, que es constitueixen via contracte entre el fundador i un administrador que té la *legal owner* sobre els béns, és un fons vinculat a un fi (també se l'anomena com *Stiftungtreuband*). A Itàlia, en la *proposta di riforma del Libro I Titolo II del Codice Civile*, en l'art. 7, dedicat a la 'Destinazione di beni senza attribuzione della personalità giuridica', preveu la 'fondazione dipendente'. Serien béns donats o deixats a una persona jurídica amb una finalitat particular i diversa a la de l'ens que gestionarà.

com a exemples les ‘fondations abritées’ franceses, i els ‘fons especials’ catalans, malgrat que aquests darrers no reben el qualificatiu de fundació<sup>207</sup>. Però aquestes són figures que podríem qualificar de subsidiàries a les típiques amb personalitat jurídica en la tradició civilista. Fora d’occident, es presentà el *waqf* islàmic, el qual tampoc disposa de personalitat jurídica.

Mereix destacar-se un tipus de fundació mancada de personalitat jurídica que no és dependent: el *charity trust* del *common law*<sup>208</sup>. Es dedicaran uns paràgrafs a tal figura, donat els problemes jurídics que planteja la seva qualificació per part dels ordenaments europeus continentals.

### 2.2.2.1 La fundació com a *trust: charitable trust*

En el sistema del *common law* no es parteix d’una forma jurídica pròpia de fundació, sinó que la base del concepte és l’activitat que desenvolupa i que es qualifica com a *charitable* tot desenvolupant els *purposes* qualificats com a tal. Quan s’acredita que l’activitat que es realitza compleix aquesta finalitat, es qualifica a tota entitat, amb o sense personalitat jurídica, com a *charity*<sup>209</sup>, ja que la forma és

---

<sup>207</sup> També, sense la consideració de fundació, en la Llei 30/1994 espanyola de fundacions, la Disposició Addicional primera s’ocupava de les càrregues de destinació anomenades “*cargas duraderas sobre bienes para la realización de fines de interés general*”, suposava una altra manera de perseguir fins d’interès general, paral·lela a la constitució d’una fundació. En la DA1<sup>a</sup>, disposava: “El Protectorat exigirà i controlarà el compliment de les càrregues duradores imposades sobre béns per a la realització de fins d’interès general. Aquestes càrregues hauran d’inscriure’s en el Registre de Fundacions i, en el seu cas, en el de la Propietat”. Es desenvolupava en el Reglament de Fundacions de competència estatal de 1996, en la Disposició Addicional Primera. La llei posterior sobre fundacions de 2002, va derogar aquesta DA1<sup>a</sup> de la Llei 30/1994, així com també, en el R.D. 1337/2005, de 11 de novembre, per el que se aprueba el Reglamento de fundaciones de competencia estatal, deroga el R.D. 316/1996, de 23 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de competencia estatal. Per tant, la nova introducció de ‘*cargas duraderas*’ inscripció en el Registre de Fundacions i supervisades pel Protectorat, va tenir una vida molt curta. El *Reglamento del Registro de fundaciones de competencia estatal* (2008), disposa en la DA1<sup>a</sup>, la no inscripció de noves càrregues duradores ni la modificació de les ja existents. Preveu que les actualment vigents es mantindran en un llibre específic del Registre de fundacions de competència estatal fins que es produeixi la seva cancel·lació.

Subsisteix però, la regulació en el Codi civil espanyol les càrrega o gravàmens, i per tant, entenem que es pot disposar d’una càrrega a favor d’una fundació. La diferència, seria que el Protectorat sotmetrà a comunicació actes de gravamen (arts. 17-19 Reglament de fundacions de competència estatal 2005) i controlarà que la fundació a qui es confia el compliment d’una càrrega l’executi correctament, controlant doncs la diligència de la fundació, però en cap cas tutelant la càrrega, la qual es regirà per les normes sobre obligacions. En dret civil espanyol, els arts. 747 i 749 CC preveuen actes de disposició de béns *mortis causa*, que són una vinculació de béns a fins d’interès general (en concret es refereixen a ‘obres pietoses’; a favor d’establiments públics; a favor de pobres en general), vinculacions que no es poden confondre amb la constitució d’una fundació.

<sup>208</sup> A Anglaterra i Gal·les, també és possible destinar un fons separat amb nom propi a una *charity* preexistent quan es pretén es commemorar a una persona, evitant duplicar fundacions.

<sup>209</sup> “Charity refers to ‘any institution, corporate or not’. This includes in the first place charitable trusts but also many other institutions which may or may not have capital endowment (...)” F.W. HONDIUS; T.J. VAN DER PLOEG, “Foundations”, *IECL*, vol. XIII, cap. 9, 2000, pàg. 20. Les *charitable company* a Anglaterra disposen de capacitat jurídica limitada, en canvi, als EUA, les *non-profit corporations* tenen personalitat jurídica que els hi atribueix la capacitat necessària per du a terme els seus fins. K.J. HOPT;



subsidiària i vehicular<sup>210</sup>. En les següents línies, es presentarà de forma breu el *trust*, donada l'extensa i qualitativa literatura que hi ha al respecte<sup>211</sup>, per després incidir en la problemàtica que sorgeix en el procediment de qualificació internacional<sup>212</sup>.

Per començar la presentació incidirem en la impossibilitat de traduir el terme *trust*, a l'igual que succeeix amb el *charitable trust*, en cas contrari es podria incórrer en confusions, i per això ens unirem a la conclusió de S. CÁMARA LAPUENTE, “*el trust es el trust*”<sup>213</sup>. Tot i que el *trust* s'aproxima a figures com la fidúcia, una i altra pertanyen a famílies jurídiques distintes, i mereixeria respectar-ne les diferències, per bé que, en el sistema civil quebequès s'equipara una i altra. Aquest exemple canadenc mereix contextualitzar-lo en una peculiar situació jurídicolegal de Quebec, on es mesclen el civil i el *common law*, de manera que hi ha hagut un procés d'adaptació en el temps i de confusió de les figures jurídiques, en especial, el dret angloamericà ha influenciat absolutament el dret civil quebequès. No ha succeït el mateix en l'Europa comunitària, ja que, encara que s'interrelaciona el dret continental amb l'anglosaxó, és una relació que es podria qualificar d'externa. Per exemple, una figura civil s'aplica a Anglaterra, o bé, un *trust*, pretén

---

W.R. WALZ; T. VON HIPPEL; V. THEN (eds.), *The European Foundation. A New Legal Approach*, Verlag Bertelsmann Stiftung, Gütersloh, 2006, pàg. 107.

<sup>210</sup> “The term ‘charity’ is often used to refer to the legal structure by which charitable property is held; and, using the expression in this sense, ‘a charity’ is an institution which separates (and, in a sense, insulates) the individuals who provide or distribute the funds from those who benefit from them. By itself, however, the term ‘charity’ has been described as an abstract conception distinct from the institutional mechanism provided for holding and administering its funds. In this sense, ‘charity’ refers to the status of being charitable; and the body of rules which relates to the particular legal structure varies according to the legal structure adopted.” P. LUXTON, *The law of charities*, Oxford, 2001, pàg. 252.

<sup>211</sup> Imprescindible la recent obra resultant del III Congrés de Dret Civil Català, celebrat a Tarragona l'octubre de 2005 a la Universitat Rovira i Virgili, en el qual van participar, a més de ponents provinents de sistemes de *common law*, la majoria d'experts en aquesta matèria d'arreu de l'Estat espanyol: S. NASARRE; M. GARRIDO (coords.), *Los patrimonios fiduciarios y el trust, III Congreso de Derecho Civil Catalán*, La Notaria, 2006, així mateix, E. ARROYO I AMAYUELAS (dir.), *El Trust en el derecho civil*, Barcelona, Bosch, 2007. Vegeu també les obres generals: H. LIPSTEIN, “Trusts”, *IECL*, vol. III, cap. 23, 1993; M. LUPOI, *Trusts*, (2<sup>a</sup> ed.), Milano, 2001; D.M.W. WATERS, “The institution of the trust in civil and common law”, *RCADI*, 1995, vol. 252, pàg. 120-453. I el web dedicat a l'estudi del *trust* en dret comparat: < [www.il-trust-in-italia.it](http://www.il-trust-in-italia.it)>.

<sup>212</sup> Destaquem d'entre les obres dels internacionalprivatistes espanyols, la ja clàssica obra de C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *El Trust. La institución angloamericana y el derecho internacional privado español*, Bosch, Barcelona, 1997; M. CHECA MARTÍNEZ, *El trust angloamericano en el Derecho español*, Madrid, 1998; i la recent obra concissa i clara de M. VIRGÓS SORIANO, *El trust y el Derecho Español*, Navarra, 2006; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El trust anglosajón y el Derecho Internacional Privado Español”, E. ARROYO I AMAYUELAS, (dir.), *El Trust en el derecho civil*, Barcelona, 2007, pàg. 365-390.

<sup>213</sup> S. CÁMARA LAPUENTE, “Breve compendio geo-conceptual sobre trusts”, S. NASARRE; M. GARRIDO (coords.), *Los patrimonios fiduciarios y el trust, III Congreso de Derecho Civil Catalán*, La Notaria, 2006, pàg. 32. Com assenyala C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “per entendre que és un *trust* és necessari tenir en compte que és com és simplement perquè, com una planta, va créixer de la manera que va créixer”. C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *El Trust. La institución angloamericana y el derecho internacional privado español*, Bosch, Barcelona, 1997, pàg. 11.

desprendre els seus efectes a França, per tant, de moment, no ha arribat a confondre's.

S'insisteix, doncs, en que no es poden confondre, tot i les similituds, la fidúcia amb el *trust*. Tanmateix, no es descarta la idea de que es podria elaborar en un futur una figura híbrida com podria ser una 'fidúcia atrustada'. Posterioritat es reprendrà aquesta situació crucial en aquests moments actuals, en què els drets continentals europeus perceben la necessitat d'adaptar o facilitar l'entrada a figures jurídiques desconegudes pel dret civil, com és el *trust*.

Reprement la presentació de la naturalesa jurídica i funció del *trust*, el primer que sobta a un jurista de tradició civil, és que no existeix una definició legal o conceptual, ja que ha estat a través de la pràctica judicial que s'ha desenvolupat el *trust*. Una de les definicions més utilitzades en l'actualitat és la inclosa en l'art. 2 del Conveni de La Haia d'1 de juliol de 1985, sobre la llei aplicable al *trust* i el seu reconeixement, Conveni que s'estudia amb més profunditat en la segona part. Fet i fet, l'art. 2 d'aquest Conveni, no és exactament una definició, sinó que estableix els elements essencials que auxiliem per tal d'identificar la institució del *trust*, especialment per als Estats membres del Conveni on no es coneix tal institució. L'art 2 del Conveni de La Haia d'1 de juliol de 1985, disposa:

“Als efectes del següent Conveni, el terme *trust* es refereix a les relacions jurídiques creades – per acte *inter vivos* o *mortis causa* – per una persona, el constituent, mitjançant la col·laboració dels béns sota el control del *trustee* en interès d'un beneficiari o amb un fi determinat.

El *trust* posseeix les característiques següents:

- a) els béns del *trust* constitueixen un fons separat i no forma part del patrimoni del *trustee*;
- b) el títol sobre els béns s'estableix en nom del *trustee* o d'una altra persona per compte del *trustee*;
- c) el *trustee* té la facultat i l'obligació, de les que ha de rendre compte, d'administrar, gestionar o disposar dels béns segons les condicions del *trust* i les obligacions particulars que la llei li imposi.

El fet que el constituent conservi certes prerrogatives o que el *trustee* posseeixi certs drets com a beneficiari no és incompatible necessàriament amb l'existència d'un *trust*<sup>214</sup>.

---

<sup>214</sup> Traduïm de la versió en castellà de J.D. GONZÁLEZ CAMPOS; A. BORRÁS (Coord.), *Recopilación de Convenios de la Conferencia de la Haya (1951-1993)*, Madrid, 1996, pàg. 335-344. Vegeu: A.E. OVERBECK, *Rapport explicatif, actes et documents de la quinzième session*, vol. II: *Trust-loi applicable et reconnaissance*, 1985, pàg. 370-415. Existeix la discussió sobre si aquesta definició de *trust* és convencional o internacional, o bé, si es refereix al vertader *trust*, per M. LUOPI és un *trust* 'amorfo' ja que no respon al model de cap ordenament, ni tant sols a l'angloamericà.

En una aproximació senzilla, el *trust* seria, com indica C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “un conjunt de relacions jurídiques en virtut de les quals una persona, a qui es transfereix la propietat sobre uns béns, està obligada a administrar aquesta propietat en benefici d’una altra”<sup>215</sup>. El *trust*, és una relació de confiança entre el constituent (*settlor*) i l’administrador o propietari en *trust* (*trustee o legal owner*) que administra els béns per obtenir beneficis destinats al *beneficiary*, el qual disposa de la *equitable owner*. Per tant dos ‘propietats’, o més concretament ‘*estates*’ sobre el mateix patrimoni. El *trustee* ostenta la propietat dels béns en *trust*, però no es confonen amb els seus béns, sinó que són uns fons separats, de manera que els possibles creditors del *trustee* no podrien recórrer als béns del *trust* ja que aquests no formarien part del patrimoni del *trustee*. El *trustee* actua en nom propi, i per això és personalment responsable respecte als tercers amb qui contracti, però hi ha vies per limitar la seva responsabilitat. El control o potestat per reivindicar en cas de gestió deficient del *trustee* rau, generalment, en el beneficiari<sup>216</sup>.

La flexibilitat de la figura del *trust* possibilita múltiples aplicacions, és doncs, una figura polifuncional ja que s’utilitza en pluralitat de contextos i per a diverses finalitats, d’entre les qual hi figura el *charitable trust*<sup>217</sup>. Aquests, pertanyen al grup dels *purpose trusts* o *trusts for purposes*, i es diferencia de la resta de *trusts*, en que el *beneficiary* no es determina en una persona o persones concretes, ja que el patrimoni en *trust* s’adscriu a les obres d’interès públic o caritatives. La seva estructura és simple, el *settlor* o *testator* transfereix, o institueix un llegat, de fons o altres patrimonis a favor de *trustees* en *trust* exclusivament i totalment destinat a *charitable purposes*. S’emet un document on s’expressa els *purposes* del *trust* i els poders administratius dels *trustees*, no està sotmès a impost de transmissió o timbre<sup>218</sup>. Si es considera oportú es registra en la *Charity Commission*, la qual és un òrgan d’assessorament, però també de control de la legalitat. Els *trustees* estan obligats a complir amb els objectius especificats en el ‘trust instrument’, qualsevol modificació del *purposes* requereix l’aprovació del tribunal o de la *Charity*

---

<sup>215</sup> C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *El Trust. La institución angloamericana y el derecho internacional privado español*, Bosch, Barcelona, 1997, pàg. 17.

<sup>216</sup> El desdoblament del dret de propietat entre la *legal ownership* corresponent al *trust* i la *equity ownership* que recau en el beneficiari és una de les característiques essencials del *trust*, i xoca amb el caràcter unitari i absolut del dret de propietat en el Dret civil i al número tancat de drets reals que deriva de la codificació. M. CHECA MARTÍNEZ, *El trust angloamericano en el Derecho español*, Madrid, 1998, pàg. 8 i ss.

<sup>217</sup> La versalitat i plurifuncionalitat del *trust* comportaria una descripció molt àmplia i que a més, no seria exhaustiva respecte els usos possibles del *trust*, assenyalem a títol d’exemple: el *family trust*, el *estate planning*, el *pension trust*, el *business trust*. El *trust* es troba regulat a Anglaterra i al País de Gal·les en la *Trustee Act 2000*, i ha estat considerada a estructura més apropiada per constituir *charities*, fins la introducció de les CIO en la llei de 2006.

<sup>218</sup> P. LUXTON, *The law of charities*, Oxford, 2001, pàg. 256.

*Commission*. Els *trustees* estan sotmesos a obligacions, se'ls hi confereix drets, i estan sotmesos a responsabilitat per la administració del *charity trust*, essent responsables respecte els contractes que contraguin. La principal particularitat que crida l'atenció des del punt de vista civil, rau en el funcionalment de la seva gestió i en la ' propietat ' d'aquest patrimoni, que en dret civil passa a ser de la persona jurídica-fundació, i en canvi, en un *charitable trust*, el patrimoni en *trust* si bé es gestionat pel *trustee*, és un fons separat sobre el qual recauen dos *estates*, el del *trustee* i el dels *beneficiaries* 'representats' per l'Estat.

Les característiques generals del *trust* que diferencien del *charitable trust* serien, en primer terme, que en els *charitable trusts* no s'aplica el límit temporal de duració legalment establert i aplicable als *trusts* a través de la norma '*rule against perpetuities*', norma que excepcionalment no s'aplica en els *charitable trusts*. Una de les característiques de les fundacions és la seva voluntat de perpetuïtat, ja que el fi que persegueix, en principi, és perenne, per això, no s'aplica la limitació temporal als *charitable trusts*<sup>219</sup>. Respecte la potestat del *beneficiary* per reivindicar en cas de gestió o administració deficient del *trustee* (*breach of trust*), en els *charitable trusts* és característica intrínseca la indeterminació dels *beneficiaries* (societat o en una part) ja que tenen com a finalitat l'interès públic. Per això, el control dels *trustees* es confia a l'*Attorney General* (Fiscal General de l'Estat), tot i que els particulars (beneficiaris) poden instar aquest control<sup>220</sup>. En els *charitable trusts* es possibilita que la seva modificació sigui efectuada per via judicial quan l'objecte o fi esdevé impossible o obsolet, tot destinant el patrimoni a finalitats anàlogues, és la coneguda doctrina del '*cy-après*'. Com a darrera característica essencial que diferencia els *trusts* en general dels *charitable trusts*, és que aquests darrers disposen d'un tracte fiscal molt avantatjós.

---

<sup>219</sup> Per contra, sí s'aplica la '*rule against accumulations*', de manera que no pot acumular béns fora del període permès. "Charitable trust, unlike charitable companies, are subject to the rules against accumulations, and are not therefore permitted to accumulate income outside the permitted period of accumulation, although they may be able to retain income in the form of a reserve". P. LUXTON, *The law of charities*, Oxford, 2001, pàg. 257.

<sup>220</sup> "In English law, 'charity' refers neither to the act of giving, nor to a state of mind, but to the effectual dedication of property to charitable purposes. Effectual dedication occurs when property is subject to an obligation that it be applied for the public benefit in such a way that the right to compel such application passes to the Attorney-General on behalf of the Crown as *parens patrie*. A mere power to appoint property for charitable purposes does not therefore result in effectual dedication to charity. Although individuals may have a right to institute proceedings to ensure that property dedicated to charity is applied for its charitable purposes, such proceedings do not comprise the enforcement of individual proprietary rights, but rather the enforcement, in a manner which the Charities Act 1993 permits, of rights vested in the Crown as *parens patriae*." P. LUXTON, *The law of charities*, Oxford, 2001, pàg. 252.

### 2.2.2.2 La cursa per a la recepció del *trust* en els sistemes europeus de Dret civil

La figura del *trust* no es troba regulada en els països de tradició civil europeus<sup>221</sup>, amb algunes excepcions. Malgrat ser una figura jurídica forana, es pot afirmar que ja ha deixat de ser una figura relegada a l'estudi del jurista curiós i avantatjat, ans el contrari, la doctrina s'ha bolcat en el seu estudi, ho descriu S. CÁMARA LAPUENTE, com la '*fiebre del oro del trust*'<sup>222</sup>.

Actualment, per raons pràctiques sorgides de les relacions internacionals els operadors jurídics necessiten mecanismes per a fer aplicable, o simplement compatible una figura anglosaxona que cada vegada amb més freqüència travessa fronteres i s'instal·la al vell continent, per això resulta imprescindible la seva coneixença. Com assenyala C. GONZÁLEZ BEILFUSS, hi ha una tendència a ocultar el *trust*, però aquesta ocultació no significaria que està absent, significa que, "com a conseqüència de la incertesa, els interessats estan disposats a acceptar el recurs a estratagemes i subterfugis malgrat que impliquin despeses econòmiques, com en el cas de que es constitueixi una societat interposada, o malgrat que les solucions plantegin problemes jurídics, com succeeix si el *trust* s'assimila a la representació"<sup>223</sup>. Caldria deixar enrere la tradicional consideració que ha rebut el *trust* com a element forà i entorpidor a les relacions transfrontereres, d'aquí l'intent d'apropament, primer per un Conveni de la Conferència de La Haia, i més recentment, per part d'algunes legislacions, com succeeix a Liechtenstein<sup>224</sup>; Luxemburg<sup>225</sup>; Malta<sup>226</sup>, i recentment Itàlia. Aquestes

---

<sup>221</sup> Es recorda que el legislador xinès l'ha introduït en la seva legislació, *Vid.* part I, cap. I, apartat 1.3.3. Vegeu respecte la recepció del *trust* en d'altres ordenaments: H.L.E. VERHAGEN, "Trusts in the Civil Law: Making Use of the Experience of Mixed jurisdictions", J.M. MILO; J.M. SMITS (eds.), *Trusts in Mixed Legal Systems*, Nijmegen, 2001, pàg. 93-113; J. DE ARESPOCHAGA, *El trust, la fiducia y figuras afines*, Marcial Pons, 2000; R. HELMOHOLZ; R. ZIMMERMANN (ed.), *Itinera Fiducie. Trust and Treuban in Historical Perspective, Comparative Studies in continental and Anglo-American Legal History*, Band 19. Duncker & Humblot, Berlin 1998; D.M.W. WATERS, "The institution of the trust in civil and common law", *RCADI*, 1995, vol. 252, espec. pàg. 348-395; M. CHECA MARTÍNEZ, *El trust angloamericano en el Derecho español*, Madrid, 1998, vegeu especialment el IV capítol sobre els efectes del *trust* en els sistemes de Dret civil, pàg. 105-142.

<sup>222</sup> S. CÁMARA LAPUENTE, "Breve compendio geo-conceptual sobre trusts", S. NASARRE; M. GARRIDO (coords.), *Los patrimonios fiduciarios y el trust, III Congreso de Derecho Civil Catalán*, La Notaria, 2006, pàg. 25; 32. L'autor fonamenta en dues raons l'atractiu del *trust*: per una banda, perquè en un sol instrument jurídic es poden realitzar múltiples finalitats, ja que és versàtil i adaptable; per altra banda, perquè permet segregar patrimonis, crear nous patrimonis per a fins diversos i predeterminats amb una gestió àgil, flexible i econòmica.

<sup>223</sup> C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *El Trust. La institución angloamericana y el derecho internacional privado español*, Bosch, Barcelona, 1997, pàg. 9.

<sup>224</sup> Liechtenstein va incorporar el *trust* en el seu ordenament 'treuhänderschaft' (art. 897-932 Personen und Gesellschaftsrecht). J. DE ARESPOCHAGA, *El trust, la fiducia y figuras afines*, Marcial Pons, 2000, pàg. 155 i ss.

iniciatives d'aproximació, tal i com assenyala M. CHECA MARTÍNEZ, responen a la competència que suposa un model de gestió de patrimonis de molta utilitat, ja que el *trust* supera a les institucions tradicionals dels ordenaments de Dret civil com a mecanisme de reducció de despeses de transacció inherents a l'objectiu de crear un patrimoni separat i gestionat professionalment en benefici d'un tercer o un fi<sup>227</sup>.

Un dels mecanismes més utilitzat per apropar el *trust* a la legislació civil, per part dels legisladors europeus, és utilitzar la figura jurídica existent més similar, en concret, la fidúcia. Com s'apuntava, són figures similars, però amb profundes diferències. La fidúcia té caràcter contractual; els drets del beneficiari són personals i no gaudeix de cap dret real de persecució del patrimoni alienat pel *trustee* en supòsits d'abús de dret; la propietat no es desdobla; la fidúcia ha de respectar els límits establerts per les legítimes i per les regles imperatives dels règims matrimonials<sup>228</sup>. Aquesta figura jurídica provenint de l'època romana, i que en molts ordenaments ha quedat relegada en l'oblit, està essent estudiada i adaptada de nou per tal d'assimilar-la al *trust* anglosaxó, veiem alguns exemples:

El legislador **francès** ha aprovat una llei que incorpora la fidúcia en el seu ordenament (2007)<sup>229</sup>. L'argument de la proposta inicial, es basava en la necessitat que França no podia continuar insensible a la globalització d'aquest instrument jurídic<sup>230</sup>.

**Itàlia** ha regulat el *trust*, i ha estat conseqüència de la necessitat de donar resposta als 'trusts interns'. Arran de la ratificació del Conveni de La Haia de 1985 sobre el *trust*, així com de la seva inclusió en la llei de DIPr It, s'admeten els *trusts* estrangers, això és, el *trust* amb element d'estrangeria; ara bé, sorgeix

---

<sup>225</sup> *Trust et contrats fiduciaires 2003*.

<sup>226</sup> *Trust and Trustees Act 2005*.

<sup>227</sup> M. CHECA MARTÍNEZ, *El trust angloamericano en el Derecho español*, Madrid, 1998, pàg. 17-18.

<sup>228</sup> M. CHECA MARTÍNEZ, *El trust angloamericano en el Derecho español*, Madrid, 1998, pàg. 21.

<sup>229</sup> Llei n. 2007-211, de 19 de febrer de 2007. S'inspira en la proposta de 2005 però amb modificacions, per exemple, només les persones jurídiques estan legitimades per constituir una fidúcia, sotmeses a l'impost de societats (art. 2014). La limitació pretén evitar l'evasió d'impostos de les persones físiques; els fiduciaris només poden ser entitats financeres; la limitació temporal és de 33 anys (en comptes de 99); es preveu un registre de fidúcies de control, no de publicitat. Vegeu les primeres notes i crítiques a la llei: F. BARRIÈRE, "El equivalente francés del trust o la fiducia como instrumento comercial", E. ARROYO I AMAYUELAS (dir.), *El Trust en el Derecho civil*, Barcelona, 2007, pàg. 125-127.

<sup>230</sup> Així s'expressa en l'exposició de motius de la proposta legal, per fer el seguiment <[www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)>. Vegeu: S. CÁMARA LAPUENTE, "Trust a la francesa. Las doce preguntas de siempre y un reto desesperado a partir de la proposición de la ley de 8 de febrero de 2005 que instituye la 'fiducie'", *Indret* 2/2005, n. 283, <[www.indret.com](http://www.indret.com)>;

paral·lelament el dubte sobre l'admissibilitat del *trust* anomenat 'intern'. Per *trust interni* s'entén un *trust* instituït per un ciutadà italià i resident a Itàlia, amb béns i objectes situats sempre a Itàlia, a favor d'un beneficiari italià, utilitzant una llei estrangera escollida pel constituent, i *trustee* estranger o italià. Segons la doctrina majoritària i la jurisprudència s'admetria el *trust* intern, i es justificaria per la combinació de l'art. 6 i 11 del Conveni de La Haia. L'art. 6 introdueix el principi de la llibertat d'elecció d'una llei aplicable estrangera. Si aquesta llei estrangera reconeix aquesta institució, i el *trust* es constitueix segons aquesta, els Estats part del Conveni estan obligats, segons l'art. 11, a reconèixer els seus efectes en el propi ordenament<sup>231</sup>. La motivació de constituir un *trust* seria la de protegir els interessos legítims que no trobarien suficient tutela utilitzant l'ordenament italià<sup>232</sup>.

S'ha suscitat a Itàlia un interessant debat respecte el 'trust internacional' i el 'trust domèstic', en concret respecte la viabilitat d'aquest últim. Després d'un seguit de jurisprudència contradictòria, finalment la situació jurídica ha fet incloure en el *Codice civile* un article sobre 'fidúcia atrustada'. Després de l'aprovació del Conveni de La Haia de 1985, la doctrina europea apuntava que la ratificació de tal conveni no implicava que l'Estat part incorporés en el seu ordenament jurídic una figura jurídica estrangera, i efectivament, la ratificació del Conveni no implica aquest efecte. Però l'experiència italiana ha demostrat que inevitablement s'hagi regulat el 'trust intern'. Podria doncs, succeir el mateix amb les fundacions familiars. En els darrers anys el legislador italià ha introduït nombrosos patrimonis separats i destinats a una finalitat, aquests tipus d'actes negocials de destinació amb efecte

---

<sup>231</sup> S'interpreta que l'art. 13 com una mera norma de clausura, per tant s'admetria diversos casos de *trust* intern, menys en el cas en que la finalitat fos enviar el patrimoni a l'estranger per tal d'eludir els impostos. L'art. 13 atribueix a l'Estat part del Conveni el poder de negar el reconeixement del *trust*, però només quan els elements del *trust* significatius, (s'exclou l'elecció de la llei aplicable, el lloc d'administració i la residència habitual del *trustee*), estiguin vinculats més estretament amb Estats que desconeguin la institució del *trust* o la classe de que es tracti. M.E. DI GIANDOMENICO; D. FESTA, *Consortzi, fondazioni e trust*, Maggioli Ed., 2005, pàg. 37 i ss. M. LUPOI, *Introduzione ai trusts. Diritto inglese. Convenzione dell'Aja. Diritto italiano*, Milano, 1994 (espec. 148-153); B. UBERTAZZI, "El trust en el Derecho internacional privado", S. NASARRE; M. GARRIDO (coords.), *Los patrimonios fiduciarios y el trust, III Congreso de Derecho Civil Catalán, La Notaría*, 2006, pàg. 138-145. B. UBERTAZZI, "El trust en el derecho internacional privado italiano y español", *AEDIPr*, t.V, 2005, pàg. 199-219; A. BRAUN, "El trust en Italia: aplicaciones en el ámbito del Derecho de la persona y de la familia", ARROYO I AMAYUELAS, E., *El Trust en el Derecho civil*, Barcelona, 2007, pàg. 134. Exemples jurisprudencials: Trib. Brescia, sentència 12 d'octubre de 1994, *RDIPP*, 2004, pàg. 1410; Trib. Belluno, decret 25 de setembre de 2002, *RDIPP*, 2003, pàg. 509; Trib. De Bologna, sentència d'1 octubre de 2003; Trib. Firenze, de 2 de juliol de 2005.

<sup>232</sup> El procediment resumit per constituir un *trust interni*: 1) definició dels béns que es vulguin transferir en *trust*; 2) definició de les principals disposicions de l'acte constitutiu, i de la seva duració; 3) s'escolliria la llei del *trust*; 4) s'escull el *trustee*; 5) definit el *trust* que es vol instituir i individualitzat el *trustee*, es pot disposar de l'acte constitutiu. M.E. DI GIANDOMENICO; D. FESTA, *Consortzi, fondazioni e trust*, Maggioli Ed., 2005, pàg. 40 i ss. En aquesta obra essencialment pràctica, s'exemplifica a través d'un model l'acte institutiu d'un *trust* intern.

de separació patrimonial han plantejat problemes diversos i per això, es va aprovar una norma que s'introdueix en el *codice civile*, que no pretén disciplinar la figura general de l'acte negocial de vinculació o destinació, sinó la possibilitat d'inscripció dels actes de vinculació<sup>233</sup>.

Amb la normativa actual italiana, es pot considerar que un resident italià podria constituir un *charitable trust*. Per tant, posaria un patrimoni a disposició d'un *trustee* que el gestionaria o administraria a favor d'una finalitat d'utilitat pública o *charitable*. Aquest *charitable trust* es regiria per la llei de *common law* que prèviament hauria escollit el disposant en l'acte constitutiu. Sorgeixen molts dubtes. Aquest no serà un *charitable trust* internacional sinó intern, que per autonomia de la voluntat unilateral del constituent es regirà per exemple, per la llei anglesa. Per tant, quedaria exclosa tota la normativa sobre *fondazioni*? La resposta hauria de ser positiva, ja que no es pretén reconèixer un *charitable trust* anglès a Itàlia, i no caldria fer un exercici de qualificació, ja que en virtut del Conveni de La Haia de 1985, estaria reconeguda. Per tant, com *charitable trust*, no s'aplicarien les normes del seu 'homòleg' *fondazioni*, així, no hi ha un control administratiu o de dret públic sobre aquest *charity trust*? o aquest control l'exerceix la *Charity Commission*? No es registraria el *Charity trust*? O s'inscriuria, per exemple, en el registre de propietat si el *charity* es basa en el rendiment d'un immoble? Resulta obvi, que el registre no hauria de ser a la *Charity commission*, sinó al registre d'actes de vinculació sobre béns mobles o immobles, per tant, no en el registre de fundacions. Se l'equipararia a una fundació irregular? Entenem que la condició de *charitable* del *trust* es basaria en el dret anglès, però el règim fiscal aplicable, hauria de ser necessàriament l'italià si les activitats o els béns es troben a Itàlia. Quina normativa fiscal se li aplicaria? Si fos una fundació italiana, o una fundació estrangera reconeguda com a italiana, se li aplicaria per exemple, el règim ONLUS (d'organitzacions no lucratives). Què haurà de fer el *charity trust*, ser reconeguda com a ONLUS? De fet, la normativa de l'ONLUS inclou la possibilitat de qualificar com a tals, a més de les associacions, fundacions, *comitati*, la societat cooperativa, també, a d'altres ens privats amb o sense personalitat

---

<sup>233</sup> Termine di efficacia e trascrivibilità degli atti di destinazione per fini meritevoli di tutela. Art. 2.645 ter. (GU n.49 del 28-2-2006). Regula la inscripció dels actes de vinculació a fins dignes de tutela sobre béns immobles o mobles registrats, per tant, permet l'oposició enfront a tercers del negoci de vinculació. Es cerca configurar un acte negocial atributiu o no, unilateral o bilateral; amb la previsió d'un gestor, o que ho sigui el mateix constituent, sobre béns immobles i béns inscrits en registres públics. No pretén regular el *trust*, sinó que descriu una disciplina de vincles de destinació sobre el patrimoni destinat a uns beneficiaris determinats, que no creen obligacions reals, que pretén establir un control sobre el destinatari, ja que en la pràctica hi hagut un abús en els actes de destinació. Vegeu: M. BIANCA, "Acto negocial de destino y separación de patrimonios", E. ARROYO I AMAYUELAS (dir.), *El Trust en el Derecho civil*, Barcelona, 2007, pàg. 157-183.



jurídica. Podem concloure, que els italians poden instituir dues maneres diferents de fundacions o entitats amb finalitats caritatives d'utilitat social: *fondazioni* i *charitable trusts*. Però la normativa no està preparada o adaptada per resoldre tots els interrogants que es plantegen, seran probablement els tribunals els que s'hauran d'enfrontar i resoldre tals controvèrsies, mentre no s'aprovi la reforma del *Codice civile*, que recordem preveia la inclusió d'altres estructures organitzatives de fundació.

Un altre exemple d'intent d'inclusió del *trust*, o d'una 'fidúcia atrustada' en un ordenament civil, és el realitzat pel legislador **català**, el qual en el procés d'elaboració del Codi Civil de Catalunya va proposar un avantprojecte de llibre V relatiu als drets reals, en el qual es preveia el règim jurídic de patrimonis fiduciaris, que finalment, però, no es va incloure<sup>234</sup>.

Comprovem com els legisladors dels ordenaments civils utilitzen l'oblidada fidúcia o patrimonis fiduciaris per aproximar-se al *trust* per tal de propiciar fluïdesa en les relacions jurídiques irremeiablement globalitzades. Així ha succeït en el Codi civil quebequès que ha de desenvolupar-se en un context jurídic de *common law*<sup>235</sup>, i així sembla que tendeixen els ordenaments civilistes europeus<sup>236</sup>.

---

<sup>234</sup> Per un acurat estudi del avantprojecte vegeu: E. ARROYO I AMAYUELAS, “¿Por qué el trust en Catalunya?”, S. NASARRE; M. GARRIDO (coords.), *Los patrimonios fiduciarios y el trust, III Congreso de Derecho Civil Catalán*, La Notaria, 2006, pàg. 525-594. Com assenyala S. NASARRE “pretén donar cobertura a multitud d'operacions fiduciàries, parafiduciàries i criptofiduciàries que *de facto* es duen a terme quotidianament i que contínuament són posades en perill davant de les decisions dels tribunals, precisament per la manca de suport i cobertura jurídica (...) per a la pràctica jurídica, una 'fidúcia atrustada', és a dir, una fidúcia amb les funcions del *trust* anglosaxó, no només resultaria molt útil sinó que és a més necessària” Aquesta fidúcia atrustada, hauria tingut com a característiques principals: ser utilitzable per a fins familiars, filantròpics i financers; constituït per negoci jurídic unilateral receptiu (art. 618 CC); seria un patrimoni d'afectació (a semblança de la fidúcia quebequesa, arts. 1260-1298, o el projecte d'art. 514-2 del CC de Catalunya art. 514-2), on el titular dels béns seria el fons (art. 1911 CC), que estaria separat, protegit per frau a creditors i a tercers de bona fe (art. 15 LMH). S. NASARRE AZNAR, “El patrimonio fiduciario y el trust. La experiencia internacional aplicada a Cataluña. El III Congreso de Derecho Civil Catalán 2005”, S. NASARRE; M. GARRIDO (coords.), *Los patrimonios fiduciarios y el trust, III Congreso de Derecho Civil Catalán*, La Notaria, 2006, pàg. 751. Així mateix, l'estudi de l'esborrany de text articulat català sobre els patrimonis fiduciaris (2006): E. ARROYO I AMAYUELAS, “¿Y si universalizamos el *trust*, también en Cataluña?”, E. ARROYO I AMAYUELAS (dir.), *El Trust en el Derecho civil*, Barcelona, 2007, pàg. 457-492; S. NASARRE AZNAR, “Reflexiones sobre la conveniencia de una regulación catalana de la fidúcia y su modelo”, E. ARROYO I AMAYUELAS (dir.), *El Trust en el Derecho civil*, Barcelona, 2007, pàg. 539-552. Vegeu el text definitiu: Llei 5/2006, de 10 de maig, del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya, relatiu als drets reals. DOGC núm. 4640, 24-05-2006, p. 23167-23202; correcció d'errades DOGC núm. 4655, 15-06-2006, p. 26128. P. DEL POZO; A. VAQUER; E. BOSCH, *Derecho civil de Cataluña. Derechos reales*, Marcial Pons, 2008.

<sup>235</sup> M. FONT I MAS, “El trust i la fidúcia com a forma de fundacions. Experiència a Canadà i Quebec”, S. NASARRE; M. GARRIDO (Coords.), *Los patrimonios fiduciarios y el trust. III Congreso de Derecho Civil Catalán, Tarragona, 20 y 21 de octubre de 2005*, Monogràfics La Notaria, 2006, pàg. 121-134, vegeu la bibliografia citada.

<sup>236</sup> E. ARROYO I AMAYUELAS (dir.), *El Trust en el Derecho civil*, Barcelona, 2007; S. CÁMARA LAPUENTE, “El trust y la fidúcia: posibilidades para una armonización europea”, S. CÁMARA LAPUENTE, (coord.), *Derecho*

En relació al *charitable trust* i les fundacions, la regulació civil de les fundacions en els països del sud d'Europa són cada cop més intervencionistes, fins a extrems legislatius que obliguen a l'operador jurídic a estar en permanent reciclatge, per contra, la constitució d'un *charitable trust* és, a priori, més senzill. No deixa de ser curiós que mentre els civilistes 'atrusten' la fidúcia, en l'ordenament anglès s'introdueix la possibilitat de constituir *charities* amb personalitat jurídica (CIO).

### **2.2.2.3 Les afectacions irrevocables d'un patrimoni a finalitats d'interès general i les fundacions sota ègida**

#### **A) Les *fondations abritées* franceses**

La fundació d'afectació irrevocable d'un patrimoni a finalitats d'interès general, no disposa de personalitat jurídica, però ostenta els seus atributs a través d'una fundació reconeguda d'utilitat pública. Aquestes fundacions es creen sota la forma de liberalitats amb càrrega, i són jurídicament vinculades a la fundació que l'alberga i gestionades de manera individual, per tant, no tenen una personalitat jurídica diferent<sup>237</sup>. Per tant, un fundador, particular o empresa, pot atribuir uns béns a una fundació constituint una fundació 'albergada' sense necessitat de crear una persona jurídica nova. Aquest tipus de fundacions són les més nombroses a França, i van ser reconegudes legislativament l'any 1990, tot i que a la pràctica ja existien com a mecanisme per permetre les liberalitats a finalitats d'interès general, ja que les fundacions no estaven regulades en el Codi civil<sup>238</sup>. L'origen s'inspira en el sistema de *Community Trusts* americans, seria com un compte obert en una fundació o organisme habilitat, com la *Fondation de France* o *l'Institut de France*<sup>239</sup>.

L'Institut de França, és un establiment públic amb un estatut reglamentari particular, que alberga més d'un miler de fons de fundacions. Aquesta institució actua en projectes científics culturals, artístics i filantròpics, i percep donacions i

---

*privado europeo*, COLEX, 2003, pàg. Madrid, 2003, pàg. 1099-1172; D.M.W. WATERS, "The institution of the trust in civil and common law", *RCADI*, 1995, t. 252 (pàg. 117-451); J.M. SMITS; J.M. MILO (ed.), *Trust in Mixed Legal Systems*, Nijmegen, 2001.

<sup>237</sup> O. BINDER, *Guide juridique et fiscal du mécénat et des fondations à l'usage des entreprises et des entrepreneurs*, 3<sup>a</sup> ed., 2005, Paris, pàg. 190-192.

<sup>238</sup> En la reforma de 1990 es va admetre en la llei de 1987 les fundacions sense personalitat jurídica, art. 20: "peut également être dénommée 'fondation' l'affectation irrévocable, en vue de la réalisation d'une oeuvre d'intérêt général et à but non lucratif, de biens, droits ou ressources à une fondation reconnue d'utilité publique dont les statuts ont été approuvés à ce titre, dès lors que ces biens, droits ou ressources sont gérés directement par la fondation affectataire, et sans que soit créée à cette fin une personne morale distincte."

<sup>239</sup> M. POMEY, *Traité des fondations d'utilité publique*, Presses universitaires de France, Paris, 1980, pàg. 219-226.

llegats particulars<sup>240</sup>. L'altra gran fundació especialitzada en albergar 'fons de redistribució' és la *Fondation de France*, creada el 1969<sup>241</sup>. Està capacitada per rebre qualsevol tipus de patrimoni, també els immobles. Respecten les càrregues d'afectació que el fundador pot estipular, sempre que sigui factible la seva execució en dos aspectes, que siguin d'interès general i que econòmicament siguin viables. Les fundacions sota l'ègida de la Fundació de França, reben el mateix tracte fiscal que la pròpia Fundació de França per ser una fundació d'utilitat pública.

## B) Els fons especials de Catalunya

En la llei catalana de fundacions de 2001, s'introduïa com a novetat en el capítol V, la possibilitat de constituir 'fons especials' en el si de fundacions<sup>242</sup>. Aquests fons integren béns i drets expressament vinculats al compliment de finalitats d'interès general que ha escollit el constituent. Amb la figura dels fons especials es possibilita destinar recursos econòmics a causes d'interès general, sense haver de constituir una fundació (persona jurídica), i sense ser una mera donació<sup>243</sup>.

S'utilitzaria el fons especial quan s'aprecia poc viable o aconsellat constituir una fundació, per exemple, per evitar constituir fundacions amb una dotació reduïda, o per evitar duplicitats innecessàries. Es considera que és una eina jurídica que augmenta i garanteix la possibilitat de fundar de qualsevol persona. També es valora com ideal, quan no es vol realitzar una simple donació o una ordenació de disposicions testamentàries d'una certa importància econòmica amb finalitats benèfiques, quan el donant o el causant, "vol garantir que els diners o béns

---

<sup>240</sup> El portal de *l'Institut de France*: <[www.institut-de-france.fr](http://www.institut-de-france.fr)>.

<sup>241</sup> M. POMEY, considera la Fundació de França com una veritable fundació de fundacions, concretament una fundació autònoma (establiment reconegut d'utilitat pública) de fundacions no autònomes (liberalitats amb càrregues) seria, una espècie de *Community Foundation*, però a nivell nacional, i no local com són les dels EUA. L'adreça electrònica de la *Fondation de France*: <[www.fdf.org](http://www.fdf.org)>. Per a una apreciació històrica de la creació de la Fundació de França. M. POMEY, *Traité des fondations d'utilité publique*, Presses universitaires de France, Paris, 1980, pàg. 281 i ss.

<sup>242</sup> Llei 5/2001, de 2 de maig, de fundacions, DOGC n. 3388, de 15 de maig, arts. 40 a 42; 39.1; 49e.

<sup>243</sup> Aquesta novetat, és captada per la doctrina comparatista, que la defineixen en els següents termes: "These 'Special Funds' are foundations without legal personality, which are identified by their own insignia (e.g., name) and are devoted to public-benefit purposes of their own, but which are owned and managed by a larger foundation with legal personality". K.J. HOPT; W.R. WALZ; T. VON HIPPEL; V. THEN (eds.), *The European Foundation. A New Legal Approach*, Verlag Bertelsmann Stiftung, Gütersloh, 2006, pàg. 108. Què és un fons especial? la resposta requereix una descripció: "Un fons especial és un conjunt de béns, drets i obligacions que la llei tracta unitàriament amb finalitats de destinació, cosa que s'aconsegueix subjectant aquests elements patrimonials a un vincle especial que la fundació ha de respectar i fer efectiu. Aquest conjunt té els seus mecanismes d'increment i de decreixement i s'hi produeixen efectes de subrogació real. Aquesta consideració jurídica unitària i cohesionada de diversos béns i relacions actives i passives permet qualificar el fons de patrimoni especial, separat del general de la fundació". J. FERRER RIBA, "Els fons especials en les fundacions privades", *RCDP*, 2002-1, pàg. 101.

donats siguin aplicats d'acord amb les seves instruccions i, particularment, si pretén que aquesta aplicació tingui una certa durada, és a dir, que els diners o béns no siguin consumits, sinó que siguin destinats permanentment *in natura* o siguin invertits en actius fructífers”<sup>244</sup>.

Una possible pista per determinar davant de quin tipus de figura jurídica ens trobem seria determinar quin és el règim aplicable, i la Llei 5/2001 en l'art. 41.2 fa una remissió a les normes de la llei sobre les dotacions<sup>245</sup>. Ara bé, com assenyala J. FERRER RIBA, la regulació dels fons és molt fragmentària i deixa oberts molts interrogants, als quals haurà de donar resposta la pràctica notarial, administrativa i judicial. Així mateix, F. BADOSA, quan examina els arts 40-42 de la llei de fundacions catalana de 2001, qualifica el redactat d'ambigu i contradictori, ja que les fundacions no constitueixen els fons especials, i no són de la seva propietat, sinó que serien altres persones (els constituents) que aporten els béns i que la fundació accepta. Per tant, la constitució és unilateral i l'acceptació de la fundació seria com l'acceptació d'una donació, malgrat que aquests fons no incrementen el patrimoni fundacional, per ser un patrimoni separat per l'afectació a una finalitat d'interès públic, sobre el qual la fundació és la gestora perquè així ho ha acceptat a través de conveni o per acte unilateral<sup>246</sup>.

En la nova regulació dels fons especials en el CCCat, aquesta s'inclou en el llibre tercer, relatiu a persones jurídiques, en concret el capítol IV (art. 334), que ha procurat omplir els buits de la regulació anterior. Els fons especials, són béns aportats que es destinen a finalitats d'interès general, sense dotar-los de

---

<sup>244</sup> J. FERRER RIBA, “Els fons especials en les fundacions privades”, *RCDP*, 2002-1, pàg. 82. Vegeu en la mateixa obra els motius per refusar i que desaconsellen disposar llegats subjectes a un mode per constituir fundacions privades.

<sup>245</sup> Per aprofundir en la regulació i naturalesa del negoci dotacional, vegeu l'estudi a l'anterior llei catalana, però en part traslladable a l'actual regulació: La dotació d'una fundació en dret català, es contempla des d'un doble prisma, com un negoci de vinculació de béns a finalitats d'interès general i, com un patrimoni de la fundació. La vinculació és un acte d'afectació de béns i és expressió de voluntat del fundador. És un negoci unilateral típic de vinculació que comporta destinació permanent de béns a una finalitat d'interès general. La destinació o afectació implica separar els béns del patrimoni del fundador i té naturalesa dispositiva-constitutiva i és irrevocable. La vinculació és un negoci que no produeix enriquiment, i per això es diferencia de la donació. La vinculació dels béns es pot fer *inter vivos* o *mortis causa*. E. ARROYO I AMAYUELAS, “La doble configuració de la dotació en la Llei 1/1982, de 3 de març, de fundacions privades: com a negoci jurídic de vinculació i com a part del patrimoni general de la fundació”, ÀREA DE DRET CIVIL DE LA UNIVERSITAT DE GIRONA (coord.), *Les persones jurídiques en el dret civil de Catalunya: associacions i fundacions (Materials de les Novenes Jornades de Dret Català a Tossa)*, València, 1998, pàg. 447-479.

<sup>246</sup> F. BADOSA COLL, “Sobre los patrimonios fiduciarios en Cataluña”, E. ARROYO I AMAYUELAS, (dir), *El Trust en el Derecho civil*, Barcelona, 2007, pàg. 449-450. Són, doncs, patrimonis separats per l'afectació a una finalitat (d'interès públic), l'aportació és el propi fons, el qual indica la seva separació respecte el patrimoni fundacional. Per tant, els fons no són propietat de la fundació, no engrandeixen el seu patrimoni, perquè no se li aporten, sinó que l'aportació és al propi fons. Els arts. 40-42 LFCat, no resolen el tema de la titularitat dels béns del fons.

personalitat autònoma, que es constitueixen en les fundacions, les quals adquireix els béns (art. 334-1) i que necessàriament han d'acceptar (art. 334.2). Per tant, els fons especials no són autònoms i la seva titularitat l'ostenta la fundació (art. 334-4). Es preveu que els seran d'aplicació, a part de les disposicions establertes en l'acte de constitució del fons, les normes relatives a la fundació, respecte: el compliment de formalitats de constitució; l'execució dels fons disposats *mortis causa*, l'autorització d'actes de disposició, deure de reinversió, aplicació d'ingressos al compliment de les finalitats fundacionals; causes i procediment de modificació; i subsidiàriament, la normativa sobre la destinació del patrimoni romanent. Al fons especial, se li aplica doncs, per una banda, la normativa sobre vinculació d'un patrimoni, i per altra, en relació a la constitució i funcionament, la mateixa normativa que a la persona jurídica fundació, malgrat no tenir personalitat jurídica<sup>247</sup>.

Aquesta figura recorda sense cap mena de dubte a les *foundations abritées* o en compte franceses<sup>248</sup>. La gran diferència rau en que aquests fons especials no es consideren en cap moment fundacions, ni que sigui tant sols nominalment com succeeix a França<sup>249</sup>. A més a més, els fons especials es poden destinar a qualsevol fundació que l'accepti, mentre que a França es troba limitat a les entitats que legalment han estat habitades per fer-ho, com són la *Fondation de France* i l'*Institut de France*. La distància s'amplia en l'intent de comparar el fons especial amb el *charity trust*. J. FERRER RIBA considera que “els efectes d'aquest

---

<sup>247</sup> Es realitza mitjançant un negoci constitutiu, que és un acte complex. En primer lloc i essencialment és un “acte de destinació” de béns a finalitats d'interès general, una característica és el seu caràcter irreversible, en segon lloc, té un contingut d'atribució patrimonial. Els fons no tenen personalitat jurídica, i per tant, per a la seva constitució han de ser transmesos a una altra persona que n'esdevé titular, i aquesta és necessàriament una fundació. La constitució d'un fons especial pot ser realitzada per negoci *inter vivos* (contracte entre la persona que aporta i la fundació adquirent) o bé, per negoci *mortis causa* (acte unilateral de disposició i posterior acceptació per part de la fundació). J. FERRER RIBA, “Els fons especials en les fundacions privades”, *RCDP*, 2002-1, pàg. 86 i ss. El mateix autor recomana en la constitució *mortis causa* d'un fons especial, que no es designi una fundació com hereva, sinó confiar la constitució del fons a un o més marmessors universals.

<sup>248</sup> Paral·lelament, podríem comparar-ho amb les fidúcies quebequeses per les que es poden constituir fundacions (com un patrimoni independent destinat a una finalitat fundacional), amb la diferència, que en l'ordenament català, finalment s'ha optat per no regular els patrimonis separats, per això, roman el dubte de la seva naturalesa, essent-li d'aplicació la normativa sobre fundacions com a persona jurídica, malgrat, no ser-ho, i no disposar de la consideració nominal de fundació.

<sup>249</sup> Considerem que hauria estat millor atribuir la qualificació de fundació als fons especials, ja que evitaria que possibles fundadors constituïssin fundacions innecessàries i preexistents, per tal de poder atribuir per exemple el nom de la família a la institució i ser reconeguda públicament. La pràctica angloamericana demostra que els patrimonis benèfics o filantròpics amb nom de la família són molt efectius i cobreixen les expectatives dels fundadors. Val a dir que, probablement, si el legislador català hagués optat per atribuir-li el qualificatiu de ‘fundació’, es podria plantejar un recurs de conflicte de competències, ja que la llei espanyola disposa com a requisit necessari que les fundacions tinguin personalitat jurídica, en cas contrari no podrien utilitzar el terme fundació. Així es disposa l'art. 4 L50/2002, que és d'aplicació general segons la DF1<sup>a</sup>, i pel qual no es reconeixen les fundacions estrangeres que no tenen personalitat jurídica.

*trust* no es poden reproduir en l'ordenament català per mitjà d'un fons especial, a causa, sobretot, de la manca d'una declaració legal expressa que exclogui la responsabilitat del patrimoni del fons per deutes propis de la fundació que n'és titular (declaració que, si es fes, comportaria una excepció palesa en allò que disposa l'art. 1911 CCEsp)". Però sí que coincideixen en el deure de segregar físicament els béns i d'administrar-los de manera separada, ja que aquest és un dels deures típics de l'administrador fiduciari en el dret dels *trusts*, tot i que no té caràcter imperatiu. Però l'administració separada del patrimoni, no s'estén a la limitació de responsabilitat, reproduint els efectes d'un *trust*. Com s'ha dit en les línies precedents, només el legislador, amb una declaració expressa, pot impedir l'agressió del patrimoni del fons pels creditors de la fundació. Correlativament, la fundació també respon de les obligacions concretes en la gestió del fons amb tots els seus béns. No hi ha limitació de la responsabilitat als béns del fons, atesa la seva manca de personalitat<sup>250</sup>.

Aquesta diferència, entre fons especials i *charitable trusts*, creiem que va marcar el desenvolupament i constitució del Fons especial Joan Riera i Gubau<sup>251</sup>. Aquest empresari gironí va disposar en testament com a hereva dels seus béns, la Generalitat de Catalunya amb la càrrega de destinar el patrimoni a una finalitat determinada pel mateix causant, succintament, la promoció de l'aprenentatge de la llengua anglesa per als joves de la comarca. En el mateix testament s'instituíen marmessors que havien de vetllar pel compliment de la voluntat disposada en el testament. Part del patrimoni, però, es trobava dipositat en una entitat financera de les Illes Caiman, sobre el qual estava constituït un *trust* amb la mateixa finalitat que el testament. La Generalitat, com a hereva va reclamar aquests béns com a part de la massa successora, i va ser en aquest moment, quan es van haver d'enfrontar amb les reticències dels *trustees* del *trust* constituït a les Illes Caiman pel Sr. Riera. Sense entrar en detalls, la preocupació de les autoritats de les Illes Caiman es fonamentava primerament en què no consideraven que el *trust* estigués vinculat al testament català, i en segon lloc, volien evitar que els béns del *trust* es confonguessin amb el patrimoni de la Generalitat. La primera qüestió es va

---

<sup>250</sup> J. FERRER RIBA, "Els fons especials en les fundacions privades", *RCDP*, 2002-1, pàg. 85; 101; 103. L'administració separada facilita les operacions d'identificació dels béns del *trust* i dels béns subrogats en lloc d'aquests, evidencia les fonts d'obtenció d'ingressos i la seva quantia, redueix el risc que els béns puguin ser distrets pels seus administradors i evita que els creditors personals d'aquests arribin a confiar erròniament en la possibilitat d'agredir-los. Però també hi ha la possibilitat que els actius d'un fons puguin ser invertits conjuntament amb els altres fons o amb el patrimoni de la fundació, constituint una caixa comuna, tal i com practica la Fundació de França.

<sup>251</sup> La informació del supòsit va ser amablement exposat per l'assessor jurídic del Departament d'Economia i Finances de la Generalitat de Catalunya, el Sr. J.LL. GARCÍA, en l'entrevista realitzada el 21.12.2006 a Barcelona.

solucionar admetent que el *trust* disposava com a beneficiaris als mateixos que preveia el testament català, és a dir, a través d'una finalitat, 'beques per aprendre la llengua anglesa', que es destinarien als 'joves de la comarca'. Per tant, hi havia una voluntat expressa de que els béns gestionats en *trust* es destinessin a una població concreta, si bé, indeterminada, d'un territori de Catalunya<sup>252</sup>. La qüestió successora es complicava, a partir del moment que hi ha un legitimari, el qual tenia dret a un quart de tota l'herència. Respecte els béns situats a Catalunya no sorgia cap problema, però si que es palesaven dificultats respecte els béns mobles (accions) que formaven part del *trust*. El constituent del *trust*, havia disposat sobre la totalitat dels béns situats a les Illes Caiman, sense contemplar possibles llegítimes<sup>253</sup>. Tenint en compte que els *trustees* no haurien acceptat mai una reducció del *trust* per fer efectiu el pagament de la llegítima, la Generalitat ho soluciona a priori amb un còmput de la llegítima sobre els béns en global i ho sostrau dels béns situats a Catalunya<sup>254</sup>.

---

<sup>252</sup> De l'entrevista, es dedueix que no era un *testamentary trust*, sinó un *trust inter vivos* amb disposicions *mortis causa* que preveien la destinació del guanys a una finalitat que s'havia d'efectuar en el moment de la mort del constituent. És, però, una conclusió intuïtiva. Val a dir, que els *trustees*, malgrat la mort del constituent, no exercien tal finalitat fins que la Generalitat de Catalunya va intervenir, tot i que ja havia transcorregut força temps des de la mort del causant. Les negociacions es van estendre aproximadament durant cinc anys.

<sup>253</sup> És una pràctica habitual, que subjectes nacionals espanyols constitueixin *trusts* en paradisos fiscals que compten amb una regulació del *trust* de tipus angloamericà (p.ex. Illes Caiman, Bahames, Liechtenstein). Així aconseguixen sotmetre aquest *trust* a un règim fiscal extraordinari i alhora gaudir de llibertat de disposar en matèria successora, sense necessitat de respectar llegítimes. Per a això, caldrà que el propietari espanyol converteixi el seu patrimoni en accions de companyies d'un paradís fiscal, i transferir aquestes accions a una societat dedicada a la gestió de patrimonis mitjançant la creació d'un *trust*. D'aquesta manera "los derechos de los herederos forzosos podrán ser frustrados aunque en virtud del criterio del último domicilio del causante o la existencia de bienes inmuebles en España (art. 22.3 LOPJ) un tribunal español sea competente para conocer de la acción de los herederos forzosos y aplique la ley española como ley sucesoria. Simplemente la eventual sentencia española favorable a los herederos forzosos carecerá de cualquier posibilidad de ser reconocida en los ordenamientos indicados." M. CHECA MARTÍNEZ, *El trust angloamericano en el Derecho español*, Madrid, 1998, pàg. 137.

<sup>254</sup> Considerem que l'opció ha estat l'encertada, ja que era condició *sine qua non*, dels *trustees* i de les autoritats caimaneses, que no s'iniciés un procés d'impugnació del *trust* per part del legitimari, situació que hauria trencat definitivament les negociacions. De fet, en l'art. 6 de la Trust (Foreign Element) Law de 1987 de les illes Caiman impedeix qüestionar la validesa o efectes d'un *trust* creat conforme a la legislació d'aquest territori per raó de drets o interessos atorgats per un Dret estranger o una decisió dictada per tribunals estrangers en virtut d'una relació personal amb el constituent o de drets successoris. M. CHECA MARTÍNEZ, *El trust angloamericano en el Derecho español*, Madrid, 1998, pàg. 33. Si atenem a les paraules de C. González Beilfuss, que malgrat ser en relació al tracte previst per la constitució *mortis causa* de *trust* en el Conveni de La Haia de 1985, serien extrapolables en aquest context: "No parece adecuado que el hecho de que sea de nacionalidad española (el qui crea el *trust* en un país del *common law*), baste para frustrar su voluntad y obligue a adaptar el *trust*, puesto que existen vínculos significativos con un Estado cuyo derecho ampara su creación". C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *El Trust. La institución angloamericana y el derecho internacional privado español*, Bosch, Barcelona, 1997, pàg. 113. Existeix divisió entre la doctrina europea civilista sobre si subsistiria el *trust* o simplement s'anul·laria en el còmput de la massa per al càlcul de les llegítimes. A. SERRANO DE NICOLÁS, "Trust y Derecho de sucesiones", E. ARROYO I AMAYUELAS, (dir.), *El Trust en el Derecho civil*, Barcelona, 2007, pàg. 86-90.

Solucionats aquests problemes, calia adscriure els béns en *trust* a la finalitat del causant, combinant la fundació que constituïria la Generalitat, amb el *trust* caimanès. Per garantir l'objectiu del causant des de la perspectiva del *trust*, la figura jurídica catalana que més s'hi assemblava era la fundació. Finalment, després de llargues negociacions les autoritats de Caiman accedeixen atorgar el béns del *trust* a la institució pública catalana sota un seguit de condicions, entre les quals destaquem la garantia que els béns es gestionarien separatament, i per això l'opció més encertada seria constituir un fons especial, el qual, no es mesclaria amb el patrimoni de la fundació. La Generalitat constitueix per acord de govern la “Fundació Privada Catalana per a l'Ensenyament de l'Idioma Anglès i l'Educació en Anglès” (fundació privada de titularitat pública), i en aquesta, s'hi adscriu el fons especial, per escriptura pública. En aquesta escriptura s'inclouen tots els detalls pertinents, amb un afegit, que és la constitució d'un ‘Comitè de Control’. Innecessari aquest Comitè en qualsevol altre fons especial, ja que qui exerceix el control és el Protectorat, però va ser una de les condicions innegociables. També, s'exigia l'obligació de mantenir un compte obert a les Illes Caiman, per tal de garantir que els béns tornarien a aquest banc en cas d'incompliment de les finalitats; altres exigències, foren la comptabilitat separada per auditoria privada<sup>255</sup>. En la nova regulació dels fons especials en el llibre tercer del CCCat, s'ha introduït la possibilitat que la seva administració sigui executada de forma separada de la resta del patrimoni fundacional (“si s'escau a la seva naturalesa” art. 334-4.2); però en qualsevol cas, s'exigeix que siguin identificables en la memòria dels comptes anuals de la fundació titular (art. 334-4.2), així mateix, en el contingut de l'acte de constitució, s'hi fa constar, “les regles per a l'administració dels béns, per a l'aplicació dels rendiments a les finalitats del fons i, si s'escau, per a la rendició de comptes al aportant o aportants” (art. 334-3.g).

En el cas exposat, topa el *civil law* i el *common law*, però no per una qüestió de qualificació de la figura jurídica des del punt de vista de la seva estructura formal, ja que no hi ha problema en que el *trust* constituït en les Illes Caiman es transformi en un fons especial d'una fundació, perquè en tots dos casos, es destina un patrimoni a un fi d'interès general establert pel causant/constituent. El problema, i la conseqüent desconfiança de les autoritats caimaneses, rau en la possible mescla dels béns del fons amb la fundació, i sobretot en la responsabilitat ‘compartida’, per tant, respecte el funcionament intern del fons especial-fundació, que no coincideix amb la relació *trustee-trust*. En concret, el

---

<sup>255</sup> S'ha exposat succintament el cas del Fons especial Joan Riera, i s'han omès detalls del cas per manca de documentació pública.



conflicte més important, és respecte la separació dels patrimonis i la conseqüent separació patrimonial en cas de responsabilitat que no cobreix el fons especial.

Sovint des d'un prisma continental es desconfia de les figures jurídiques desconegudes per al nostre ordenament, però tal recel també es demostra per part del *common law* respecte les figures civils. No es pot retreure, però, una certa precaució respecte la regulació dels fons especials, la qual s'inclou en el Llibre tercer relatiu a les persones jurídiques, malgrat no disposar de personalitat jurídica<sup>256</sup>. Així doncs, els és d'aplicació la normativa pròpia de la fundació, i la normativa sobre patrimonis de destinació, tot i que no existeix una regulació general sobre aquesta tipologia (a part de la continguda en el codi de successions sobre els fideïcomisos *mortis causa*), o patrimonis de destinació *sui generis*<sup>257</sup>.

### C) La fundació com a “waqf” o “hubs”

Es mereix un apunt el tracte legal que han rebut les fundacions en la família jurídica d'arrel islàmica o tradició jurídica islàmica. La fundació entesa com a patrimoni lliurement destinat a una finalitat que beneficia a la societat o a una part d'aquesta, té el seu homòleg en les *waqf* (plural *awfaq*) o *habus*<sup>258</sup>. En molts versos de l'Alcorà es destaca la importància de la beneficència, s'entén que les

---

<sup>256</sup> La seva ubicació en el llibre sobre persones jurídiques, tot i que no disposaran de personalitat autònoma (art. 334-1), la situa com a 'entitat' pròpia del dret fundacional. Ja que només és possible crear-la per estar a l'ègida d'una fundació que l'accepti (art. 334-2.3). Topem de nou amb la seva naturalesa, és un fons de patrimoni de destinació, o un quasi *trust for purposes*. Ara bé, en l'art. 334.8 sobre la seva publicitat, ens indica que s'han d'inscriure en el Registre de fundacions, i si atenem a l'art. 315, sobre el registre de persones jurídiques, respecte les que s'han d'inscriure, no inclou els fons especials, perquè no són persones jurídiques. Podríem pensar que s'inclouria en el full obert per la fundació a que s'integra (art. 315-2), de la lectura, s'hi afegiria els fons especials en “l) altres actes la constància registral dels quals prevegen aquest Codi o altres lleis.”

<sup>257</sup> En la normativa catalana i espanyola, s'han introduït el que S. Nasarre denomina “vehicles financers basats en agrupacions d'actius sense personalitat jurídica” en un dispers règim jurídic que comporta inseguretats jurídica i falta de coherència amb la resta de l'ordenament jurídic, com serien, per exemple, el patrimoni protegit de les persones amb discapacitat creat per la Llei 41/2003, de 18 de novembre; els fons d'inversió col·lectiva de caràcter financer (arts. 29-31 Llei 35/2003); o bé, els recents aprovats fons de garantia de pagament d'aliments (RD 1618/2007, de 7 de desembre), entre d'altres. Caldria doncs, una normativa general que regulés la fidúcia, que cobriria els buits que generen aquestes regulacions, que implicaria certa personificació dels fons, ja que la titularitat hauria de respondre al fons. Vegeu les reflexions: S. NASARRE AZNAR; E. RIVAS NIETO, “Patrimonios financieros sin personalidad. Naturaleza jurídica y régimen tributario”, *Estudios Financieros*, núm 261, pàg. espec. 61-79.

<sup>258</sup> G. AUBARELLI; M. VILADRICH, “Glossari i criteris de transcripció de la terminologia de dret islàmic”, A. BORRÁS; S. MERNISSI (eds.), *L'islam jurídic i Europa*, Barcelona, 1998, pàg. 210. En castellà es parla de 'habiz' que prové de l'àrab clàssic 'habīs', i que es defineix segons el Diccionari de la RAE: “donación de inmuebles hecha bajo ciertas condiciones a las mezquitas o a otras instituciones religiosas de los musulmanes”, i el terme “habús” com “bienes de manos muertas afectados a obras pías, que es conocido en marruecos como habiz”. ‘Hubs’ s'utilitza a Occident, i ‘waqf’ a Orient. M. POMEY, *Traité des fondations d'utilité publique*, Presses universitaires de France, Paris, 1980, pàg. 41. I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, “Las ‘fundaciones familiares’ en los países de tradición del Derecho Islámico: configuración jurídica y posible aplicación en España”, *Aranzadi Civil*, junio 2005, pàg. 26.

riqueses són creades per Al·là per tal de beneficiar a la humanitat. En principi és un acte voluntari de liberalitat o generositat piadosa, que respon a un dels principis de la religió islàmica que és la caritat, per això en cap cas pot contradir als valors i principis de l'islam.

Existeixen dos tipus principals de donacions: la *'zakaat'* (obligades per les riqueses que s'ostenten), i la *'sadaqa'* (espontànies). La fundació pròpiament dita, és la *waqf* (impedir, separar, immobilitzar), podria ser definit tècnicament com: “la constitució d'un usdefruit del qual l'amo es desprèn, consagrant-lo a obres de tipus benèfic-social”<sup>259</sup>. Es tracta d'un règim de béns a mig camí entre la propietat privada i el domini públic, que ocupa una categoria singular en el món musulmà.

L'origen, història i evolució de la figura jurídica islàmica *waqf*, no difereix excessivament de la cronologia que se n'ha fet a l'inici del present capítol de la fundació que anomenaríem 'occidental'. El fonament jurídic del *waqf* consisteix en la immobilització d'un bé dedicat a una finalitat piadosa (*qurba*) i en principi amb caràcter perpetu (*ta'biid*). Es coneixien dues variants, els que es constituïen amb finalitats piadoses (*waqf* públic), i aquells que es constituïen per tal de protegir interessos particulars (*waqf* particular), però actualment estan contemplats per la Xara com a obres caritatives i s'apliquen les mateixes normes per ambdues figures<sup>260</sup>.

L'origen dels *anfaq* requeia en la funció piadosa i de les necessitats públiques. Els prínceps, visirs i notables construïen mesquites, hospitals, i tot tipus d'obres públiques, per tal d'aconseguir la glòria en aquest món i la recompensa en l'altre. Per tal de garantir la supervivència d'aquestes obres, constituïen a favor de Déu uns béns que proporcionessin rendes consagrades a perpetuïtat per tal de garantir el manteniment de la fundació. Era doncs una donació i un contracte amb Al·là, irrevocable, sacre, inalienable, inegrestable i imprescriptible, que s'administraven per un o diversos administradors (*mutawalli*). Els *anfaq* piadosos van ser institucions molt importants tant econòmicament com socialment que proporcionaren estabilitat i cohesió social. Va ser a partir del segle IX que la donació de béns sota la forma jurídica de *waqf* es consolida plenament com a institució codificada.

---

<sup>259</sup> F. MAÍLLO SALGADO, “Waqf”, *Diccionario de Derecho islámico*, Gijón, 2005, pàg. 448.

<sup>260</sup> El *waqf* privat o familiar (*waqf alhi* o *durri* o 'adi consuetudinari, *hass* o *mu'aqqab*) i el benèfic o públic o caritatiu (*waqf hayri* o *sar'i* canònic o legítim). F. MAÍLLO SALGADO, “Waqf”, *Diccionario de Derecho islámico*, Gijón, 2005, pàg. 449.

Per altra banda, el *waqf* particular o familiar<sup>261</sup>, es constituïa per tal de protegir els interessos particulars i conservar el patrimoni familiar amenaçats pels successius fraccionaments provocats pel règim jurídic successor islàmic. Amb la constitució d'un *waqf*, el fons romania homogeni, l'explotació era possible, i les rendes es podien dividir entre els hereus o beneficiaris<sup>262</sup>. El negoci que constitueix el *waqf* familiar té caràcter lucratiu i es destina al sosteniment i provisió familiar, tot i que sempre s'emmarca en la finalitat piadosa o causa pia, ja que en cas d'extingir-se l'estirp familiar el destinatari final serà una mesquita, hospital o els pobres. La constitució del *waqf* podia realitzar-se mitjançant acte *inter vivos*, que prendria la forma de contracte (donació) atorgat en cerimònia formal, davant testimonis, i que es fixaria de forma escrita en document (tot i que no seria un requisit essencial de validesa, sinó únicament amb valor *ab probationem*). O per acte *mortis causa*, però en el testament només es pot disposar d'un terç respecte del total dels béns de l'herència. Els *anfaq* no poden sotmetre's a condició, pacte o opció.

Estem doncs davant de mans mortes, tal i com succeí a Europa, i comportà les mateixes conseqüències com ara l'estancament del progrés econòmic ja que immobilitzava bona part de les terres. I per això acabaren essent expropiades pels governs o pels conqueridors. Comprovem com el dret i les seves institucions es repeteixen en les diferents famílies jurídiques fins i tot en l'evolució i configuració de la seva regulació. La intervenció de l'administració en la gestió dels *anfaq* va ser més tardana, a partir del segle XIX, i en alguns ordenaments, a l'igual que succeí a Europa i sovint a causa de la seva influència colonial<sup>263</sup>, es va prohibir la creació de nous *anfaq*, o es prohibiren els de caràcter familiar, tanmateix en altres països es mantingueren<sup>264</sup>.

---

<sup>261</sup> Per ampliar l'estudi, imprescindible I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, "Las 'fundaciones familiares' en los países de tradición del Derecho Islámico: configuración jurídica y posible aplicación en España", *Aranzadi Civil*, junio 2005, pàg. 16-55.

<sup>262</sup> La possibilitat de designar els beneficiaris comportà l'exclusió de les dones en la successió. En alguns països es va modificar tal legislació per tal d'eliminar la discriminació, com a Tunísia, on es van abolir els *waqf* privats el 1957. F.W. HONDIUS; T.J. VAN DER PLOEG, "Foundations", *IECL*, vol. XIII, cap. 9, 2000, pàg. 28-29.

<sup>263</sup> Les regulacions respecte els *anfaq* després de les descolonitzacions podrien ser conseqüència de l'actuació anterior dels governs colonials, els quals varen ser hostils a les vinculacions perpetues dels béns, i promogueren mesures desvinculadores, així com la intervenció de les autoritats públiques en l'ordenació i control de les fundacions. Per exemple, a Algèria les fundacions públiques passaren a ser propietat de l'Estat francès. M. GARDEÑES SANTIAGO, *Las fundaciones en derecho internacional privado español*, Madrid, Eurolex, 2003, pàg. 105. I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, "Las 'fundaciones familiares' en los países de tradición del Derecho Islámico: configuración jurídica y posible aplicación en España", *Aranzadi Civil*, junio 2005, pàg. 21 i 23, 27-28.

<sup>264</sup> Així, a Egipte es prohibí el 1854 la constitució de nous *anfaq*, i el 1952 s'aboliren els de caràcter familiar, també a Turquia, Líbia, Marroc, Tunísia, Senegal, Síria. Es practica a països com: Argèlia, Sudan, Kuwait, Nigèria, Líbia, Jordània, Oman, Índia, Bangla Desh, Pakistan (en codis d'estatus personals); i a

El *waqf* o *habus* compta amb els següents elements<sup>265</sup>:

- El constituent (*wāqif* o *muhabbis*)
- El beneficiari o usufructuari (*mawaqif* 'alay-hi o *muhabbas* 'alaya-hi).
- L'objecte disposat en *waqf* (*mawaqif* o *muhabbas*)
- L'expressió de la voluntat del constituent (*siġa*)
- La causa o finalitat del *waqf* (*masrif* o *wa`gh*)

Un dels dubtes que sorgeix és respecte la titularitat d'aquest, que podria no existir o raure en la figura d'Al là<sup>266</sup>. L'organització del *waqf* es centrava en l'administrador (*mutawalli*) que responia davant del *cadi* (jutge islàmic), i tenia l'obligació de vetllar pels *habus* i les seves rendes, al no existir persones jurídiques es podria aproximar al *trust*<sup>267</sup>.

### 2.2.3 És realment important la forma que adquireix la fundació o preval la finalitat?

Tot i la pluralitat de figures jurídiques utilitzables per donar forma a una fundació, i amb independència del terme que s'utilitzi, podríem afirmar que l'essència de la figura és la mateixa, a partir d'un capital s'exerceixen unes activitats predefinides o es destina un patrimoni amb l'objectiu de beneficiar la societat. Per tant, la definició no es troba alterada segons la forma adquirida<sup>268</sup>. Cal establir que l'essència pròpia de la fundació és la consecució d'un fi, per això podem dir que no n'és tant la forma o el tipus d'organització d'aquesta sinó el

---

Aràbia Saudí, Emirats Àrabs Units, Qatar (aplicant directament la Xara). I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, "Las 'fundaciones familiares' en los países de tradición del Derecho Islámico: configuración jurídica y posible aplicación en España", *Aranzadi Civil*, junio 2005, pàg. 24.

<sup>265</sup> F. MAÍLLO SALGADO, "Waqf", *Diccionario de Derecho islámico*, Gijón, 2005, pàg. 448.

<sup>266</sup> "In some learned opinions *wakf* belongs to the category of things in which there is no ownership (like air); another opinion is that the *wakf* is the property of Allah". MITHA, *Charity and Philanthropy in Islam*, Paris - 1989, citat en F.W. HONDIUS; T.J. VAN DER PLOEG, "Foundations", *IECL*, vol. XIII, cap. 9, 2000, pàg. 5. Cal diferenciar l'opinió de les diverses escoles: per als mälikies el donant seria el propietari; per als säfiies i hanbalies, la propietat seria del beneficiari; els hanafies que el propietari seria Al là, i d'entre els hanafies i säfiies n'hi ha que opinen que el *waqf* no té propietari. F. MAÍLLO SALGADO, "Waqf", *Diccionario de Derecho islámico*, Gijón, 2005, pàg. 449. I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, "Las 'fundaciones familiares' en los países de tradición del Derecho Islámico: configuración jurídica y posible aplicación en España", *Aranzadi Civil*, junio 2005, pàg. 36.

<sup>267</sup> La doctrina anglosaxona atribueix l'origen del *charitable trust* en l'influència rebuda del *waqf* islàmic, tot i això, hi ha una diferència essencial, ja que en el *trust* la titularitat és ostentada pel *trustee*, en el *waqf* la propietat queda amortitzada o és *extra commercium*. I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, "Las 'fundaciones familiares' en los países de tradición del Derecho Islámico: configuración jurídica y posible aplicación en España", *Aranzadi Civil*, junio 2005, pàg. 22.

<sup>268</sup> De fet, fins i tot en la concepció de personalitat jurídica es pot afirmar que aquesta no varia segons la forma de la persona jurídica, per tant, hi ha independència entre la personalitat i la forma. Vegeu el detallat estudi de V. SIMONART, *La personnalité moral en droit privé comparé*, Brussel·les, 1995, en el capítol II "La prétendue variabilité du concept de personnalité morale en fonction de la forme", pàg. 325- 405.

desenvolupament d'aquesta finalitat el que importa<sup>269</sup>. La funció absorbiria doncs per complet l'essència de la fundació deixant l'estructura en el seu contingut per determinar-ne la tipologia. Estaríem d'acord amb l'advocat J. FORNER MATAMALA que esgrimeix que hi ha uns elements essencials perquè la fundació neixi i tingui vida, però que la finalitat és l'element fonamental al qual es subordinen, en un ordre teleològic, els altres elements que esdevenen, per tant, instrumentals: el capital, l'instrument econòmic; i l'organització, l'instrument jurídic<sup>270</sup>.

Caldria doncs, plantejar-se la definició de la fundació a partir de la seva funcionalitat obviant la seva forma jurídica? HONDIUS i VAN DER VOLEG també arriben a la conclusió que més important que no pas la forma legal, és la política filosòfica i social de les fundacions. Estableixen una classificació simple, les fundacions són ens privats que poden tenir la forma de persona jurídica en els sistemes de *civil law*, o de *trust* i *charity company* en el *common law*, o d'altres possibilitats<sup>271</sup>.

Entenem que l'ús de la persona jurídica per constituir una fundació és obligatòria en molts ordenaments, és una "obligació prevista *ex lege* per l'exercici d'una determinada activitat, que no pot ser desenvolupada individualment, i que està condicionada a la mediació d'un ens personificat"<sup>272</sup>. Per GRACIA Y PAREJO, "El vertader subjecte de dret és una abstracció personificada d'una obra d'humanitat que ha de complir-se en un lloc determinat, d'una manera concreta i per

---

<sup>269</sup> Segons ZOPPINI: "La fondazione, quindi, non 'ritaglia' un modo particolare di organizzare l'attività, ma si caratterizza al contrario per l'interesse che soddisfa. Si tratta, perciò, d'un istituto che non può essere identificato prescindendo dalla caratterizzazione funzionale, in quanto lo scopo si rifrange su una struttura in sé incolore, conformandone non le fattezze, ma le movenze. Se, dunque, la fondazione è un istituto non suscettibile d'identificazione della forma si colloca logicamente (ed è qui affrontato) nell'ambito dell'atteggiarsi dello scopo". A. ZOPPINI, *Le Fondazioni*, Napoli, 1995, pàg. 133-134. En el seu raonament, A. ZOPPINI "objectivitzà" la finalitat, en particular, al programa i a l'organització en que es resol la destinació del patrimoni i el vincle d'indisponibilitat per part del fundador.

<sup>270</sup> J. FORNER MATAMALA, "Situacions especials de les fundacions", *Fundacions privades catalanes*, Barcelona, 1984, pàg. 148.

<sup>271</sup> F. W. HONDIUS; T.J. VAN DER PLOEG, "Foundations", *IECL*, vol. XIII, cap. 9, 2000, pàg. 8-9-10. Respecte les diferències del sector *charitable* i l'equivalent dels països europeus, es destacava fa deu anys per la doctrina les diferències en la previsió de les pràctiques auditores respecte aquestes organitzacions i l'avantatge del sistema britànic: "It should not, however, be assumed that the English system is therefore the most superior or indeed should become the bases of any European Wide supervision system. The diversity of cultures throughout Europe may suggest that alternatives would be more appropriate to a recent 'British' conception. (...) English law having developed the trust concept or the concept of charitable purpose as opposed to the rest of Europe whose legal systems are based on Roman Law, which does not have this need. In Europe the technical form of the organisation is more important (...)". P. PALMER, "Auditing, Accounting and Supervision in the European Charitable Sector", *Corporate governance in not-for-profit entities*, v. 5 (1), 1997, pàg. 34.

<sup>272</sup> A. ZOPPINI, *Le Fondazioni*, Napoli, 1995, pàg. 121.

determinats mitjans”<sup>273</sup>. Enfront d’aquesta teoria, és un fet irrefutable que hi ha un patrimoni que passa a ser destinat a una finalitat, i això podria qüestionar si estariem davant d’un patrimoni sense titular<sup>274</sup>. Dubte no original, ja que així s’havia plantejat per part del partidaris de la teoria del “patrimoni-fi” de l’Espanya dels seixanta i la doctrina alemanya de finals del segle XIX, així com per la doctrina quebequesa<sup>275</sup>. En l’actualitat ha proliferat el reconeixement legislatiu de patrimonis separats, per part d’ordenaments civils, que suposaria la superació del dogma de la indivisibilitat del patrimoni, el vincle de destinació es concep com una regla que fa abstracció de la titularitat. Com assenyala M. BIANCA, la limitació de la responsabilitat s’aconsegueix, o bé mitjançant la creació d’un nou subjecte (vincles personificats) com seria la fundació, entre d’altres; o bé, mitjançant la fragmentació del patrimoni d’un subjecte que pertany a un mateix titular (patrimoni separat)<sup>276</sup>.

No ens podem estar de fer un comentari respecte aquest afany per determinar el subjecte de dret de la fundació, el que seria el propietari del patrimoni. Tal inquietud és lògica des de la nostra cultura jurídica basada en el dret real de la propietat, però llunyana de l’anglosaxona, on la propietat (per nosaltres indivisa), pot ser ostentada per diverses persones al mateix temps (*trust*). Probablement, des de la tradició civil, es peca d’una excessiva codificació que ens obliga a qualificar i subsumir qualsevol relació jurídica en una figura preexistent i suficientment positivitzada i definida en un text legal. D.W.M. WATERS critica, en el seu estudi sobre el *trust*, que en les jurisdiccions civilistes hi ha aprensió respecte el *trust* i la seva absència de personificació, ja que ens sentim còmodes quan identifiquem una societat mercantil, o una fundació amb personalitat jurídica. Però per als juristes del *common law* també els comporta dificultats entendre un *anstalt* o una *Stiftung* o un *waqf*. La comprensió d’un concepte legal, ha de passar

---

<sup>273</sup> Citat per C. MALUQUER DE MOTES, *La fundación como persona jurídica en la codificación civil: de vinculación a persona (Estudio de un proceso)*, Barcelona, 1983, pàg. 226-227.

<sup>274</sup> F. CAPILLA RONCERO, *La persona jurídica. Funciones y disfunciones*, Tecnos, 1984, pàg. 134.

<sup>275</sup> Per López Jacoisse, la teoria del patrimoni-fi, entén que al personificar-se el patrimoni afectat a l’objecte de la fundació, podria definir-se com “un patrimonio afecto a fines utilitarios y dotados de una personalidad independiente”, citat per R. BADENES GASSET, *Las fundaciones de derecho privado*, Barcelona, 1986, pàg. 57. En la mateixa obra esgrimeix com a pioner de concebre la possibilitat de drets sense subjecte a Winscheid, seguit de Koppen, Bekker, Dietzel i Fitting, entre molts d’altres. Més recentment en dret quebequès, ha desenvolupat aquesta teoria M. CANTIN CUMYN en relació a la fidúcia. Planteja la creació d’un tercer tipus o categoria de subjecte jurídic, *sui generis*, una massa de béns sense titular, qüestió que planteja inevitablement problemes alhora de determinar la seva naturalesa jurídica. M. CANTIN CUMYN, “La fiducie, un nouveau sujet de droit?”, J. BEAULNE, *Mélanges Ernest Caparros*, Montréal, 2002, pàg. 142-143.

<sup>276</sup> M. BIANCA, “Acto negocial de destino y separación de patrimonios”, E. ARROYO I AMAYUELAS (dir.), *El Trust en el Derecho civil*, Barcelona, 2007, pàg. 162-165.

necessàriament per la capacitat d'entendre el llenguatge, la història i la cultura del sistema jurídic, perquè contràriament, les preconcepcions estrangeres fan més difícil comprendre el significat concret del concepte<sup>277</sup>.

No podem obviar el fet que el legislador britànic, després de segles de tradició de *charity trust*, hagi decidit regular una *charity* amb personalitat jurídica (diferent de la *company*), la qual s'assimila a les conegudes en els sistemes de dret civil. Ens referim a la *Charitable Incorporated Organisation* (CIO), que es troba regulada en la *Charities Act 2006*<sup>278</sup>. Les motivacions per introduir aquesta nova forma, es basen en la necessitat de resoldre problemes de la pròpia regulació anglesa, per tant, no pas per adaptar-se a les normes de tradició civil<sup>279</sup>. Tot i que aquest no hagi estat el fonament per regular les CIO, la seva existència evitarà problemes de qualificació. Arran de la nova *Charities Act de 2006*, cabria apreciar que el competent i ampli món del *voluntary sector* a Anglaterra precisava d'una regulació més ordenada, coherent i específica per aquest sector que s'englobava sota el terme *charity*, que comportava confusions i problemes en l'aplicació de la pluralitat de règims jurídics a les diferents formes de *charities*. Amb la nova regulació, es distingiria, com indica P. LUXTON, dos esquemes de *charities* amb personalitat jurídica, la que es caracteritzaria per tenir membres que contribuïssin a la CIO (*association with membership structure*); i la CIO sense membres, però amb

---

<sup>277</sup> D.M.W. WATERS, "The institution of the trust in civil and common law", *RCADI*, 1995, vol. 252, pàg. 419-427. Aquest autor plantejava que existia una competició entre '*Incorporation*' i el '*Trust*', bàsicament per la incomprensió de molts civilistes respecte el *trust*. Per la seva banda, R. BADENES GASSET, ja apuntava als anys seixanta que la noció de personalitat moral en relació als *charitable trust*, era un problema d'extraordinària importància per als juristes continentals. En les seves reflexions deixava palesa la idea que la concepció de personalitat moral "repugna al espíritu anglés caracterizado por una actividad y una responsabilidad estrictamente individuales". R. BADENES GASSET, *Las fundaciones de derecho privado*, Barcelona, 1960, pàg. 239.

<sup>278</sup> Capítol 8, que remet a l'annex 7, *Charities Act 2006* (c.50), on es preveuen totes les modificacions i introduccions de la seva regulació en les lleis prèvies. Aquesta nova figura, CIO, es caracteritzaria per: tenir personalitat jurídica (que adquireix en el moment del seu registre); per ser creada per un acte de constitució on es determinarà: el nom, les finalitats, la situació de la oficina (a Anglaterra o Gal·les), i la destinació dels béns en cas de dissolució. A més, es determinarà, el membre o membres de la CIO i la seva obligació de contribuir al seu pressupost, o bé, la no obligació de contribuir en els pressupostos de la CIO si aquests fineixen. També ha de preveure's en l'acte de constitució, el procediment per escollir els membres o com es pot esdevenir membre d'una CIO; o bé, es pot optar pel nomenament de *charity trustees*. *Vid.* part. I, cap. II, apartat 1.3.3.

<sup>279</sup> WATERS, assenyalava que hi ha veus en el *common law* que atribueixen al *trust* la qualitat d'entitat, la personifiquen, perquè considerarien avantatjós que el *trust* esdevingui una persona legal bàsicament per la seguretat jurídica que proporciona al tercer. D.M.W. WATERS, "The institution of the trust in civil and common law", *RCADI*, 1995, vol. 252, pàg. 421 i ss. Així mateix, "while it is sometimes said that the common-law trust lacks legal personality, in our view it is, on the contrary, quite clearly a legal entity, and trust law is consequently a form of organizational law", de HANSEMANN i KRAAKMAN (2000) citat per M. VIRGÓS SORIANO, *El trust y el Derecho Español*, Navarra, 2006, pàg. 117. També atribuïa una certa personalitat als *trusteeships*, R. BADENES GASSET, *Las fundaciones de derecho privado*, Barcelona, 1960, pàg. 239. En la Llei de DIPr suïssa, l'art. 150 equipara 'société' amb tota societat de persones organitzada i tot patrimoni organitzat.

uns administradors (*charity trustees*), que qualifica com a *foundation*<sup>280</sup>. Als EUA, el terme *foundation* està més generalitzat que no pas al Regne Unit, però es percep un progressiu augment en la seva utilització. Així per exemple, en un estudi comparatiu sobre les polítiques sobre fundacions a Europa, l'estudi dedicat al Regne Unit, no usa el terme general i englobant de *charities* per emprar el de 'foundations' més acord amb la figura concreta sobre la que versa l'estudi. Per això, adverteix d'antuvi, que en el Regne Unit no hi ha una distinció legal entre *charitable foundations* i qualsevol altre tipus de *charity*<sup>281</sup>. Per tant, era una norma necessària, respecte la qual s'haurà de fer el seguiment dels seus resultats en la seva aplicació i comprovar si efectivament aconseguix ordenar el món *charitable* i, en concret, si a la pràctica s'usa o no la distinció entre associacions i fundacions, diferència que no ha estat plausible fins l'actualitat.

Finalment, considerem que la CIO, ja sigui la que inclou membres, com la que es caracteritza per disposar de *charity trustees*, esdevindrà molt útil alhora de regular una possible norma europea en aquesta matèria, i si aquesta no arriba, si més no, farà més plausible la identificació d'aquestes entitats donada la seva personalitat jurídica, que podria veure's protegida per les llibertats comunitàries de lliure circulació o establiment<sup>282</sup>.

Mentre a Anglaterra es regulen les CIO, per tant, un apropament a la tradició civilista, és interessant comprovar, per altra banda, com la llei de reforma del sistema italià de dret internacional privat (1995), introdueix en la norma de conflicte dedicada a les persones jurídiques, la inclusió no només de les associacions i les fundacions o entitats públiques, sinó també aquelles que no tenen naturalesa associativa, per tant, les entitats sense personalitat, novetat que

---

<sup>280</sup> P. LUXTON, *The law of charities*, Oxford, 2001, pàg. 18. Per WATERS, "in common law countries we are very familiar with the idea of charitable foundations; indeed both common law lawyers and civilians use the term *foundation* to mean an incorporated body without members". La realitat jurídica és que tant el *trust* com la *corporation* poden ser usades per la mateixa finalitat, i l'ús d'una o altra forma depèn de la tradició jurídica en el context social que s'ha de desenvolupar, d'aquí que a Anglaterra l'ús més generalitzat per organitzar un *charity* ha estat, fins ara, el *trust*, mentre que per exemple a Canadà a inicis del XIX s'utilitzava la *incorporated charity* i actualment és una forma generalitzada. D.M.W. WATERS, "The institution of the trust in civil and common law", *RCADI*, 1995, vol. 252, pàg. 314-315.

<sup>281</sup> Afegeix que, "the term 'foundation' is generally, though not exclusively, reserved for endowed, or sometimes fundraising, grant-makers. It is not widely used to refer to wholly operating endowed or non-endowed". D. LEAT, "United Kingdom", H.K. ANHEIER; S. DALY (eds.), *The Politics of Foundations*, Routledge, 2007, pàg. 96. Ara bé, també s'utilitzen com a sinònims *charitable trust* i *foundation*, vegeu l'aclariment que proporciona la *Association of Charitable Foundations: A note on terminology*: "The words "trust" and "foundation" are virtually synonymous. All charitable foundations are trusts, i.e. they are managed by trustees, who may or may not be supported by paid staff. A "foundation" is a trust whose income derives from an endowment of land or invested capital. Not all foundations make grants; some use their income to finance charitable work of their own.", *Applying to a charitable trust or foundation*, 2006.

<sup>282</sup> *Vid.* part III.



no podia passar desapercebuda. El seu origen, com comenta M.V. BENEDETTELLI, es troba en les teories que han criticat la noció de persona jurídica evidenciant que aquesta no és altre que un expedient retòric per individualitzar, o aplicar una disciplina especial a determinats tipus de relacions entre persones físiques. La inclusió d'ens sense personalitat jurídica de l'art. 25 LDIPr. italiana, ens conduiria a parlar de “enti giuridici”<sup>283</sup>.

Si bé s'ha afirmat que la forma que adquireix la fundació no hauria de ser l'element essencial identificatiu, ja que desvirtuaria la seva essència (la finalitat altruista), des del prisma del Dret internacional privat, i com afirmava R. BADENES GASSET, la forma no revesteix importància fins que aquesta entra en contacte amb un altre ordenament<sup>284</sup>. Per tal de determinar el dret aplicable a una relació jurídica s'ha de poder qualificar, generalment atenent als criteris del propi fur. Seria en aquest punt on sorgirien els problemes respecte la forma; l'exigència de la personalitat jurídica per part d'uns ordenaments, o el desconeixement de fundacions sense personalitat per altres.

### **2.3 Problemes de qualificació respecte l'estructura emprada per la fundació**

Cal un primer pas essencial en el procés qualificador, que és la inicial anàlisi jurídica de la figura jurídica o relació jurídica, ja que d'aquesta anàlisi dependrà l'elecció de la normativa aplicable a la situació<sup>285</sup>. Com indica M. VIRGÓS

---

<sup>283</sup> “(...) in quanto la norme di diritto internazionale privato, mirando al coordinamento tra ordinamenti, non possono ignorare gli strumenti utilizzati dagli altri stati nella organizzazione del proprio sistema sociale (...)”. M.V. BENEDETTELLI, “Art. 25”, V.A., *Le nuove leggi civili commentate. Riforma del sistema italiano di Diritto internazionale privato*, Cedam, 1996, pàg. 1112-1113. *Vid.* part. II, cap. III, apartat 1.3.

<sup>284</sup> BADENES GASSET, *Las fundaciones de derecho privado*, Barcelona, 1986, pàg. 58.

<sup>285</sup> Un cop determinada la competència judicial, el jutge, davant d'un litigi amb element estranger ha de procedir, en primer lloc, a definir l'objecte i a escollir la norma de DIPr aplicable. En segon lloc, ha de determinar el punt de connexió que en la norma de conflicte vincula la situació amb l'ordre jurídic concret, i així sabrem el Dret material aplicable. I finalment, determinarà dins del dret concret, la part que regirà la situació que s'ha plantejat. Aquests tres problemes en el procés d'aplicació de la norma de conflicte és el que es coneix com a qualificació. P. ABARCA JUNCO, “VI. Problemas de aplicación de las normas de derecho internacional privado”, E. PÉREZ VERA (dir.), *Derecho internacional privado*, vol. I, 2000, pàg. 129. F. Rigaux critica l'admissió de dos moments o fases en la qualificació. F. RIGAUX, *Derecho internacional privado. Parte general*, (traducció y adaptació al Derecho español por A. BORRÁS), Madrid, 1985, pàg. 356. També sorgeix la necessitat de qualificació quan cal reconèixer una figura jurídica creada segons un dret estranger en l'ordenament del fur, de manera que s'ha d'identificar per tal saber si es pot reconèixer com una figura regulada en l'Estat de recepció. Qualificar consisteix en “definir jurídicament” o en determinar la “naturalesa jurídica” de la situació fàctica. “Per subsumir el supòsit fàctic en el supòsit de fet de la norma de conflicte, ha d'esbrinar-se primerament, la naturalesa jurídica del supòsit fàctic controvertit. (...) Els autors clàssics de DIPr encertaren en afirmar que qualificar és definir: definir un fet social – una situació privada internacional -, en termes jurídics. Ha d'atorgar-se a la relació social fàctica, una naturalesa jurídica. Un cop qualificada la situació privada internacional, pot procedir-se a la seva subsumició en una de les categories usades per la norma de conflicte en el seu supòsit de fet.” A.L.

SORIANO, “La qualificació és una operació interpretativa especial que consisteix en posar en correspondència la realitat enjudicada, el cas concret, amb el supòsit de fet de la norma, per tal de decidir sobre la seva inserció o no en el mateix i, en conseqüència, sobre l’aplicació o no de la norma”<sup>286</sup>. En DIPr presenta la dificultat afegida de que la regulació de les institucions varien d’ordenament a ordenament, de manera que la qualificació d’una situació jurídica és diferent segons si es realitza mitjançant el dret d’un Estat o d’un altre, i el resultat determina la norma de conflicte aplicable i per tant el dret material<sup>287</sup>. La tècnica més usada per la jurisprudència dels ordenaments de Dret civil és la qualificació *ex lege fori*, per tant es realitza una aproximació funcional o analògica. Però sorgeix el dubte de la seva viabilitat quan la qualificació *ex lege fori* resulta impossible quan ha de determinar la llei aplicable a una institució que és desconeguda pel fur, com seria el *trust*<sup>288</sup>. Usar la qualificació *ex lege fori* implica que s’han de determinar uns elements bàsics de la figura jurídica en qüestió. En aquests elements en matèria de fundacions hi figura massa sovint la forma de la institució. Per exemple, per a molts ordenaments jurídics europeus continentals seria element bàsic d’una fundació, la seva personalitat jurídica. Amb aital raonament, no podrien ser mai considerades fundacions institucions com les que s’han descrit anteriorment: un *charitable trust* o una fidúcia d’utilitat social, una *fondation en compte*, o un *waqf* totes elles sense personalitat jurídica. Per això, seriem partidaris d’una qualificació

---

CALVO CARAVACA; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, Granada, (6ª ed.), 2005, pàg. 231.

<sup>286</sup> M. VIRGÓS SORIANO, *El trust y el Derecho Español*, Navarra, 2006, pàg. 96.

<sup>287</sup> Són tres tècniques conegudes pel DIPr per resoldre el problema de qualificació: a) La “qualificació *ex lege fori*”, és la teoria clàssica, per la qual s’entén que la qualificació ha de realitzar-se segons la llei de l’Estat dels tribunals que coneixen el cas. És la qualificació prevista per l’ordenament jurídic espanyol (art. 12 CCEsp), i per la majoria d’ordenaments. N’hi ha, però, que no ho preveuen: LDIPr. Suïssa de 1987; LDIPr. Àustria 1978; LDIPr Itàlia 1995; b) La “qualificació *lex causae*” o llei designada per la norma de conflicte del país dels tribunals que coneixen l’assumpte, consisteix en aplicar la llei estrangera declarada competent amb les seves pròpies qualificacions; c) La “qualificació autònoma”, alternativa a les anteriors. Es tracta de formular els supòsits de fet de les normes de conflicte com a conceptes autònoms de DIPr, no caldria investigar la naturalesa jurídica ni usant la *lex fori*, ni la *lex causae*. Consisteix en refusar la referència als conceptes del dret intern per edificar, segons un mètode comparatiu, supòsits universals, és a dir, susceptibles d’acollir en una qualificació comuna i desnacionalitzada les institucions jurídiques dels diversos Estats. Vegeu respecte les teories sobre qualificació en DIPr: F. RIGAUX, *Derecho internacional privado. Parte general*, (traducción y adaptación al Derecho español por A. BORRÁS), Madrid, 1985, pàg. 345-365. En dret anglès, vegeu: L. COLLINS (ed.), *Dicey and Morris on The Conflict of Laws*, vol. I, 13ª ed., London, 2000, espec. pàg. 33-45.

<sup>288</sup> Abans de qualificar que una institució jurídica és desconeguda pel tribunal del fur que coneix, primer ha de comprovar a través del dret comparat si efectivament està davant d’una figura legal desconeguda, i per això es precisa conèixer el seu contingut i funcions. Un cop es comprova que la figura jurídica no respon a les autònomes, es pot qualificar de ‘desconeguda’ tal institució. Això succeeix amb el *trust*, que és exclusivament desconeguda des de la perspectiva de la tècnica jurídica, no respecte les funcions. C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *El Trust. La institución angloamericana y el derecho internacional privado español*, Bosch, Barcelona, 1997, pàg. 62-63.

funcional de la institució jurídica, tal i com s'ha fet a l'inici de l'estudi, qualificant aquestes figures, com a fundacions. Caldria, doncs, emprar una visió més angloamericana i, tal i com preveuen les seves normes fiscals, deixar enrere la forma en què es materialitza la fundació, i usar simplement les seves característiques més intrínseques i que coincideixen d'ordenament a ordenament, és a dir, un patrimoni destinat a una finalitat d'interès general o, des del punt de vista anglosaxó, un patrimoni qualificable de *charitable*.

A continuació es presenten els problemes de qualificació respecte dues estructures utilitzades per fundacions, la primera ens referirem als *charitable trust*, i en segon lloc a les fundacions dependents i al *waqf*.

### **2.3.1 Problema de qualificació (I): el *charitable trust* en un sistema de *civil law***

Quan un *charitable trust* entra en contacte amb un ordenament de Dret civil que desconeix el *trust*, sorgeix inevitablement un problema de qualificació. Topem amb el problema previ d'haver d'identificar la figura jurídica davant la qual ens trobem, és a dir, l'ordenament del fur ha de poder reconèixer aquesta institució en una de les que té tipificades, amb independència del nom emprat, per així determinar la norma de conflicte que ens remetrà al dret material aplicable.

En els ordenaments jurídics que desconeixen aquesta figura, i per tant els *charitable trusts*, que no han ratificat el Conveni de La Haia d'1 de juliol de 1985 sobre la llei aplicable al *trust* i al seu reconeixement, hauran de cercar una solució<sup>289</sup>.

Excloem d'antuvi la resposta radical per la qual es considera inexistent la institució estrangera desconeixuda per la *lex fori* (sostinguda per F.K. VON SAVIGNY), de manera que no se la reconeixerà ni tindrà efectes. Aquesta resposta comportaria situacions claudicants inadmissibles, com indica C. GONZÁLEZ BEILFUSS:

“la funció principal del Dret internacional privat és precisament estendre ponts o vies de comunicació entre l'ordenament del fur i relacions

---

<sup>289</sup> “In civil law jurisdictions, (...) there are a wide variety of concepts none of which is the same as the trust so that the problem of finding an adequate characterisation, adaptation or analogue of the trust is a very difficult one, especially when there are various types of trust (...), a charitable trust for the Red Cross or such other charitable purpose or purposes as the trustees may see fit from time to time. (...) Increasingly, the courts or notaries in civil law countries pay close attention to the provisions of a particular trust instrument and its consequences under trust law to try to ascertain its true nature by reference to their own concepts. (...) A charitable trust should normally be regarded as a contract or, possibly, as if it were a foundation or stiftung with separate personality. (...)”. D. HAYTON, “Internal recognition of trusts”, J. GLASSON (ed.), *The international trust*, 2002, pàg. 136.

jurídiques intrínsecament desconegudes. Que la institució estrangera posseeixi un major o menor grau de similitud amb institucions del fur és, per tant, una qüestió que posarà a prova els mecanismes tècnics del Dret internacional privat. (...) Per tant, el que s'ha de decidir és, si existeix la possibilitat de donar continuïtat a aquesta institució, si és possible reconèixer o 'fer valer' a Espanya els efectes que de la mateixa deriven, o més ben dit, els efectes imprescindibles per a que aquesta institució pugui operar"<sup>290</sup>.

La inexistència d'aquesta figura jurídica en l'ordenament del tribunal que coneix el cas, ha comportat en la pràctica judicial de dret comparat a utilitzar la qualificació per funció o "mètode analògic", de manera que es dedueix la funció que té atribuïda la institució estrangera desconeguda i es cerca la funció equivalent o similar en una figura jurídica del fur (qualificació *lex fori*). En aquest punt, s'aplica la norma de conflicte de la institució del fur amb funció equivalent a la figura jurídica estrangera per determinar la llei aplicable, per tant, es subsumeix el supòsit de fet en la norma de conflicte que correspongui. L'equivalència de la funció no serà absoluta, però si que se li exigeix que sigui suficient, això seria, que la funció que desenvolupa la institució jurídica en l'Estat de la *lex fori* ha de desenvolupar una funció similar a la que desplega la institució estrangera en el seu Dret.

En referència al *trust*, aquesta relació jurídica té pluralitat de funcions o usos, per tant, serà precís en la utilització del mètode analògic, subsumir tantes funcions que desenvolupa el *trust* en tantes institucions equivalents en l'ordenament del tribunal del fur<sup>291</sup>. Però presenta molts dubtes l'aplicació del mètode analògic, ja que es parteix de la idea de que en els ordenaments sempre poden trobar una figura equivalent en base a l'exercici de la mateixa funció. No en poques ocasions la jurisprudència de països de Dret civil assimila el *trust* a un contracte o a una institució successora, pràctica que comporta inevitablement a la 'desnaturalització' del *trust*<sup>292</sup>. No sempre és possible utilitzar aquest mètode, per

---

<sup>290</sup> C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *El Trust. La institución angloamericana y el derecho internacional privado español*, Bosch, Barcelona, 1997, pàg. 62. La reflexió es realitza en l'experiència espanyola, però és extensible a tots els ordenaments jurídics que desconeixen el *trust* i que no tenen prevista una norma de conflicte expressa per determinar el dret aplicable.

<sup>291</sup> En el sistema espanyol de DIPr, comportaria adaptar les lleis aplicables als drets reals (art. 10.1 CCEsp), les obligacions contractuals (arts. 10.5 i 10.10) o els drets successoris (art. 9.8 CCEsp). Però serien qualificacions per defecte, i no el resultat que deriva d'un efectiu ajustament entre la institució i el supòsit de la norma de conflicte del fur. A més a més, els punts de connexió utilitzats, permeten aplicar lleis que no estan vinculades amb el supòsit. M. CHECA MARTÍNEZ, *El trust angloamericano en el Derecho español*, Madrid, 1998, pàg. 125.

<sup>292</sup> Vegeu els exemples i la jurisprudència comentada en C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *El Trust. La institución angloamericana y el derecho internacional privado español*, Bosch, Barcelona, 1997, pàg. 72 a 94.

exemple, respecte les relacions internes derivades del *trust* i el desdoblament dels *estates*, que no es dóna en cap figura civil. Per això, i segons M. CHECA MARTÍNEZ, els intents de qualificació han d'anar dirigits a salvaguardar la integritat del *trust* com a institució unitària renunciant a la seva assimilació a institucions jurídiques del fur i, mantenint la coherència interna del *trust*, per evitar situacions claudicants<sup>293</sup>. També sorgeixen problemes quan la norma de conflicte que s'aplica a la institució desconeguda i qualificada funcionalment, designa la llei d'un Estat que no té regulada tal institució.

Ens detindrem en la categoria de *trust* que interessa el nostre estudi, el *charitable trust*. Si bé és cert que el mètode de la analogia no és una teoria perfecte, optariem a priori per usar la qualificació per la funció. Un *charity*, des del punt de vista de Dret civil, es podria subsumir o transposar en la fundació civil, ja que desenvolupen funcions similars (d'entre altres possibilitats)<sup>294</sup>. Erròniament però, se l'assimila a una persona jurídica, i qualificada com a tal implica que se li aplica la *lex foundationis*. Tanmateix, aital afirmació no seria complerta, ja que també poden concórrer en el mateix supòsit institucions successores o de drets reals, ja que el *trust* pot afectar a d'altres sectors del dret, fet que obliga a efectuar fraccionament o *dépeçage* de molta dificultat tècnica i que planteja situacions de risc per al desplegament dels efectes del *trust*<sup>295</sup>.

En els ordenaments de tradició civil, no existeix el *charitable trust*, perquè no existeix el *trust*, però funcionalment equivalen a les funcions d'una fundació. Així ho indica M. VIRGÓS SORIANO, respecte els *purpose trust*, qualificables com a

---

<sup>293</sup> Aquesta pràctica de qualificació *ex lege fori* per determinar el Dret aplicable a través d'un equivalent funcional, presenta resultats limitats i incompatibles amb l'especificitat del *trust*. M. CHECA MARTÍNEZ, *El trust angloamericano en el Derecho español*, Madrid, 1998, pàg. 105- 106.

<sup>294</sup> Com indica C. GONZÁLES BEILFUSS, un *charitable trust* ens recorda a la fundació del dret espanyol, nosaltres afegim del dret civil en general, però l'autora s'afanya a assenyalar que des de la perspectiva estructural o de tècnica jurídica entre la fundació i el *trust* existeixen importants diferències, com són l'absència de personalitat jurídica del *trust*, i la possibilitat que tenen de realitzar activitats amb afany de lucre i operar en l'àmbit comercial. C. GONZÁLES BEILFUSS, *El Trust. La institució angloamericana y el derecho internacional privado español*, Bosch, Barcelona, 1997, pàg. 47. En termes generals, la primera apreciació és una veritat axiomàtica, el *trust*, no té personalitat jurídica. La segona qüestió ha evolucionat, i les fundacions disposen de capacitat per actuar en el mercat comercial amb l'absència de lucre, manca de lucre que no implica que no puguin realitzar activitats econòmiques que sí produeixen beneficis, malgrat que després no es distribueixen. La controversia no és nova, E. RABEL, classificava com a integrants de les persones jurídiques (com a entitats que ostenten una existència separada subjecte a dret i obligacions en dret privat) al costat de persones jurídiques públiques, associacions privades amb personalitat o sense, contractes de *joint venture*, entre d'altres, a les 'private foundations' que constituïrien unitats independents seguint el model de *pia corpora* de Justinià, en que s'inclourien les *charitable corporation*, però també els *charitable trust*. "The nearest analogue in common law to the civil law foundation is a trust created for charitable uses". E. RABEL, *The Conflict of Laws. A Comparative Study*, University of Michigan Law School, Vol. II, 2ª ed., 1960, pàg. 6; 14.

<sup>295</sup> M. CHECA MARTÍNEZ, *El trust angloamericano en el Derecho español*, Madrid, 1998, pàg. 28 i ss.

patrimonis organitzats, per tant, l'afectació d'un patrimoni a un fi propi i distint dels beneficiaris. A tenor de la pràctica suïssa, l'autor, proposa tres condicions necessàries per a tal qualificació: 1) El patrimoni ha d'estar afectat a un fi precís; 2) És necessari un titular que els gestioni, amb indiferència de que sigui una persona física o jurídica; 3) El patrimoni ha de constituir una unitat patrimonial autònoma (diferent del patrimoni del qui els gestiona). Comprovem que si concorren aquestes tres condicions, l'analogia amb el negoci fundacional es palesa<sup>296</sup>.

En cap cas es pretén assimilar un *trust* o *charitable trust* amb una fundació entesa com a persona jurídica, ans el contrari, és obvi que un *trust* no és una persona jurídica (malgrat que en alguns casos se li ha atribuït tal caràcter)<sup>297</sup>. El que es pretén és, des d'un punt de vista funcional, que es pugui equiparar un *charitable trust* a una fundació. Qualificant-la com a tal, es podria aplicar la norma de conflicte aplicable a les fundacions, oferint un tracte unitari de la institució que permet agrupar sota un fons únic béns que poden trobar-se dispersos en distintes jurisdiccions<sup>298</sup>.

Aquesta analogia significaria en moltes normes de conflicte d'ordenaments civils, establir com a punt de connexió la nacionalitat de la fundació o la seu social de la persona jurídica fundació per determinar el dret material aplicable. La determinació de la connexió en una persona jurídica es resol, no sempre pacíficament, de distintes maneres segons l'ordenament jurídic, però ¿com combinar el punt de connexió nacionalitat o seu social respecte un *charity trust*? Des de la perspectiva de l'ordenament jurídic espanyol, la norma de conflicte aplicable, per analogia atenent a la finalitat de la figura jurídica fundació, ens conduiria a la norma de conflicte relativa a les persones jurídiques (art. 9.11 CCEsp) que remet a la llei nacional de la organització (societat o fundació). Es segueix el model de constitució i es bilateralitza la norma, de manera que,

---

<sup>296</sup> M. VIRGÓS SORIANO, *El trust y el Derecho Español*, Navarra, 2006, pàg. 114 i ss. En aquest plantejament, cabrien les fundacions d'interès familiar, supòsit que rebrà la nostra atenció en un altre apartat. *Vid.* part I, cap. III, apartat 2.2.

<sup>297</sup> *Vid.* part I, cap. I, apartat 2.2.3. Tampoc es pretén l'efecte contrari, de manera que una fundació civil o un *Anstalt* o *Stiftung* amb personalitat jurídica, que no tingui el patrimoni en un fons separat, no entraria en la definició de *trust* de l'art. 2 del Conveni. D. HAYTON, "Internal recognition of trusts", J. GLASSON (ed.), *The international trust*, 2002, pàg. 125.

<sup>298</sup> M. VIRGÓS SORIANO, *El trust y el Derecho Español*, Navarra, 2006, pàg. 117.

“permetria la seva aplicació analògica amb bastanta facilitat als *trusts*: s’aplicaria la llei de l’Estat sota la qual haguessin estat creats”<sup>299</sup>.

Amb el pressupòsit que a través de la qualificació es determina la llei aplicable, sorgeixen dues possibilitats. Que el dret determinat prevegi el *trust* en la seva normativa i, per tant, no s’originaria cap altre problema. Però també pot determinar-se que el dret rector sigui un dret material de Dret civil, situació que serà de difícil aplicació ja que, estructuralment, una fundació espanyola i un *charity trust* són diferents. No és només que en dret civil la fundació tingui personalitat jurídica, sinó que també topa respecte la relació interna del *trust* i el desdoblament de la propietat sobre el patrimoni de la fundació i els problemes derivats del seu registre, d’entre altres.

Imaginem-nos per exemple, que un senyor resident a Anglaterra i nacional espanyol institueix un *trust* amb finalitats benèfiques per acte *mortis causa* respecte els béns immobles situats a la costa malaguenya, instituint un *trustee* anglès, amb finalitats a desenvolupar en territori espanyol. Sorgeixen diferents qüestions quan un *trust* instituït en testament entra en contacte amb un ordenament de dret civil. S’inicia havent de diferenciar entre la llei aplicable al *trust*, en el cas plantejat al *charitable trust*, i la llei aplicable a la successió (*trust* testamentari). En el Conveni de La Haia del *trust*, es preveu aquesta possibilitat de *depeçage*, i considerem que ha de ser així en els *charitable trusts* constituïts per acte *mortis causa*, en cas contrari es desvirtuaria la intenció del causant<sup>300</sup>. Per determinar el dret aplicable a la successió aplicaríem, utilitzant el DIPr espanyol, l’última llei nacional del causant, el dret espanyol (art. 9.8 CCEsp). La redacció de la norma de conflicte és suficientment àmplia “successió per causa de mort” que inclouria també els *testamentary trusts*. La norma designaria com a llei aplicable a la successió, la llei espanyola, per tant, una llei que desconeix la figura del *trust*, llavors, a través d’una

---

<sup>299</sup> M. VIRGÓS SORIANO, *El trust y el Derecho Español*, Navarra, 2006, pàg. 116. Així mateix, indica que si s’apliqués la doctrina minoritària que considera que a Espanya regeix la teoria del domicili real-constitució, el resultat seria el mateix, ja que es situaria el domicili de l’administrador del *trust* en el país de constitució. Proposa en relació al domicili del *trust*, per analogia als fons d’inversió, en què el domicili de referència és el de la societat gestora, podria establir-se com a referència de domicili el del *trustee*. *Vid.* part II, cap. II, apartat 1.1.

<sup>300</sup> La distinció entre la llei aplicable al testament i la llei aplicable a l’administració del *trust* del dret anglès no es trasllada en dret civil, sistemes en que generalment la *lex successionis* regeix tota la successió. Però sí que és possible fer aquesta distinció quan un testament constitueix una fundació, de manera que sí és possible distingir entre la llei aplicable a la fundació i la *lex successionis*. En aquests casos, el *trust*, i en concret al *trustee* se l’equipara en jurisdiccions de dret civil com l’executor testamentari, o marmessor, més recentment en dret alemany al *Treuhänder*, o a Suïssa com un *exécuteur testamentaire avec administration prolongée*, o com a fundació. D. HAYTON, “Internal recognition of trusts”, J. GLASSON (ed.), *The international trust*, 2002, pàg. 141.

qualificació funcional, s'aplicaria el règim jurídic sobre successions espanyol al *trust* successori.

Sorgeixen altres plantejaments respecte la successió, en concret, si respecte els béns immobles conformats en *trust* es podria sostreure la llegítima, donat que la llei aplicable a la successió seria l'última llei nacional del causant, per tant, ¿imperativament s'aplicaria la llegítima o hereus forçosos? O per contra, els immobles al formar part d'un *trust* són un patrimoni separat? ¿Com compaginar un *charitable trust* instituït en testament a Anglaterra per nacional espanyol respecte els béns situats a Espanya i amb legitimaris que reclamen la seva part de la llegítima? ¿com es reconeix al *trustee* la llibertat de disposar de la propietat? Si la llei aplicable a la successió és de dret civil i preveu llegítimes, com seria el cas de DIPr espanyol (art. 9.8 CCEsp), i sobre els béns mobles i immobles, seguint els principis d'unitat i universalitat, comportaria que un *charitable trust* previst en un testament, només podria produir efectes respecte la quota disponible<sup>301</sup>. S'ha plantejat anteriorment, la controvèrsia que suposa la pretensió civil de les llegítimes respecte la voluntat testamentària del fundador quan institueix un *trust* a l'estranger<sup>302</sup>. A la pràctica, aquestes qüestions no tenen una resposta legal prevista, per això es resolen a través d'estratagemes complexes, sovint combinant assimilacions del *trust* a contractes o a figures testamentàries, així com es constitueixen societats fictícies, entre d'altres mecanismes<sup>303</sup>.

Paral·lelament a la successió, caldria determinar quin dret s'aplica al *trust* instituït en testament, és a dir, el dret aplicable al *charity trust*. Objectivament, en el supòsit plantejat, estaríem davant d'un *purpose trust*, en concret, un *charitable trust*, ja que la finalitat és *charitable*, i des del punt de vista de l'ordenament espanyol, es podria qualificar *ex lege fori* com una fundació en base a l'analogia de la funció. La norma de DIPr espanyola sobre fundacions, seria l'art. 9.11 CCEsp que indica que la llei personal corresponent a les persones jurídiques és la determinada per la seva nacionalitat i regirà tot el relatiu a la capacitat, constitució, representació, funcionament, transformació, dissolució i extinció. Aquesta situació obre un

---

<sup>301</sup> Diferent seria si apliquéssim les normes de DIPr franceses que es basen en els principis de territorialitat i fraccionament de la institució, i que admeten l'aplicació de diferents lleis successòries; Si fos aplicable el Conveni de La Haia d'1 d'agost de 1989 sobre la llei aplicable a les successions, aquest es basa en el principi d'unitat en la successió i introdueix l'autonomia de la voluntat entre les connexions nacionalitat i residència habitual, i en el seu defecte la llei de la residència habitual del causant. També es pot escollir la llei aplicable en relació a béns específics (art. 6).

<sup>302</sup> *Vid.* part I, cap.I, 2.2.2.3, b).

<sup>303</sup> La imaginació dels operadors jurídics pràctics supera amb escreix les idees que podrien sorgir des de la vessant teòrica, mostra d'això és l'interessant cas del Fons especial Joan Riera i Gubau. *Vid.* part I, cap. I, apartat 2.2.2.3, b).



seguit de plantejaments: Estaríem davant d'una fundació, perquè la funció és la mateixa, però amb la variant que hi ha un *trustee* amb *legal owner*, i amb l'absència de personalitat jurídica. ¿El registrador espanyol inscriuria com a propietari dels béns immobles al *trustee*? I a més, resulta que sobre el patrimoni hi ha un desdoblament de propietaris, que són el gestor i el beneficiari indeterminat. S'exigiria, essent una fundació estrangera, que se l'inscrigués en el registre de fundacions, però no disposa de personalitat jurídica, requisit imprescindible per al seu registre. Val a dir, que primer topàriem amb el problema que suposa l'art. 6 Llei 50/2002 de fundacions espanyola, que obliga a constituir-se com a espanyola, aquella fundació que desenvolupa principalment les seves activitats a Espanya. Aquesta norma imperativa, xoca amb la voluntat del fundador de constituir un *charity trust* dirigit per un *trustee* anglès, la conseqüència seria, tal i com indica l'exposició de motius de la llei espanyola i el seu articulat, la prohibició de l'ús de la denominació "fundación" en tot el territori si s'incompleixen els requisits legals, com seria tenir personalitat jurídica<sup>304</sup>.

També sorgeix el problema respecte la protecció jurídica del *beneficiary* d'un *charitable trust*, que considerem que en un ordenament de dret civil no es podria qualificar ni com un dret real de garantia, ni com accions de protecció d'un dret de crèdit del beneficiari, no entraria una qualificació conflictual, ja que es pretén protegir un patrimoni. En aquest tipus de *trust*, els beneficiaris són indeterminables, i actuen a través dels tribunals, essent el garant la Corona o una autoritat administrativa. Caldria cercar la llei més vinculada al *charitable trust*, i de nou, acudiríem a les lleis sobre fundacions civils que, en definitiva, també tenen un beneficiari indeterminat (la societat o un col·lectiu d'aquest) i que, per tant, també hi intervé una administració pública.

Per evitar aquestes situacions, una solució paral·lela al mètode analògic, seria com anomena C. GONZÁLEZ BEILFUSS, el mètode de l'«especialització normativa» consistent en l'elaboració de normes de DIPr especials. Per tant, s'assumiria que les normes de DIPr del fur tenen una llacuna respecte la institució estrangera desconeguda, el *trust*, i que per solucionar-ho es crea una norma *ad hoc*<sup>305</sup>. Caldria determinar la llei aplicable a través de solucions flexibles, basats en el principi de proximitat tal i com preveu el Conveni de La Haia (art. 7). Respecte els *trusts* testamentaris, i per tant els *charitable trusts* disposats en testament, es considera ideal la resposta que ha proporcionat la llei suïssa de DIPr de 1987, en quant que

---

<sup>304</sup> *Vid.* part II, cap. III, apartat 2.2.1.

<sup>305</sup> Com assenyalava J. GARDE CASTILLO, citat per GONZÁLEZ BEILFUSS, *El Trust. La institución angloamericana y el derecho internacional privado español*, Bosch, Barcelona, 1997, pàg. 104.

permet la *professio iuris* (art. 84), de manera que si s'escull la llei nacional del causant s'exclou l'aplicació de la llei del lloc del domicili i amb això pugui produir-se una coincidència entre la llei aplicable al *trust* i la llei aplicable a la successió testamentària<sup>306</sup>.

Però la solució més adequada per a molts Estats europeus de tradició civil seria, tal i com en reiterades ocasions ha proposat la doctrina, la signatura i ratificació del Conveni de La Haia d'1 de juliol de 1985, relatiu a la llei aplicable al *trust* i el seu reconeixement. Ho expressa així, J. DE ARESPACOHAGA:

“En el cas d'Espanya, fins fa poc temps, la indiferència respecte conceptes jurídics provinents del món anglosaxó ha estat palpable (...) la nostra legislació en matèria de Dret internacional privat és especialment agressiva enfront del *trust*, i els tribunals no han fet cap esforç (...) des de fa massa temps el nostre dret viu d'esquenes a una realitat que, lluny d'estancar-se, adquireix cada dia major vigència en el tràfic mercantil internacional, i és per això convenient entendre-la i reconèixer-la. Per aquestes raons, el Conveni de La Haia en matèria de *trusts* ha de ser ratificada per Espanya, incorporant-nos així al grup de països del nostre entorn econòmic que ha entreobert la seva curiositat a la figura. Això permetria no només dissoldre banals perjudicis ancorats en el mal interpretat purisme jurídic, sinó també donar un adequat tractament als *trusts* estrangers i proporcionar un context legal que atorgui una seguretat suficient al tràfic.”<sup>307</sup>

No només resoldria el problema de reconeixement dels *charitable trust*, sinó de totes les altres aplicacions del *trust*, així com determinaria el dret aplicable, i evitaria problemes de qualificació al preveure una definició autònoma. Caldria però, acompanyar tal Conveni d'una llei interna per a garantir la seva correcta aplicació.

---

<sup>306</sup> M. CHECA MARTÍNEZ, *El trust angloamericano en el Derecho español*, Madrid, 1998, pàg. 77-78. Així mateix, en l'art. 150 LDIPr suïssa estableix que es considerarà que tota unió de persones organitzada i tot patrimoni organitzat constitueix una societat, i així entraria el *trust* comercial o *business trust*, essent-li aplicable la norma de conflicte dedicada a les societats. Així, entraria l'autonomia de la voluntat en la determinació de la llei aplicable, de manera que la qualificació societària del *trust* no impediria que s'esculli la llei rectora. Evitaríem utilitzar la qualificació *lex fori* perquè hi hauria una definició autònoma que no caldria assimilar-ho a cap figura del fur, no evitaria que en ocasions es determinés com a dret aplicable un ordenament de Dret civil que desconequés el *trust*. C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *El Trust. La institución angloamericana y el derecho internacional privado español*, Bosch, Barcelona, 1997, pàg. 96; 70. Així mateix, el Conveni de La Haia de 1989 sobre la llei aplicable a les successions, en el seu art. 5 permet al testador escollir la llei aplicable a la successió; en cas de no haver fet una elecció, el conveni estableix la unitat del règim aplicable i preveu diverses solucions en funció del grau de vinculació del causant amb la seva residència habitual. M. CHECA MARTÍNEZ, *El trust angloamericano en el Derecho español*, Madrid, 1998, pàg. 113-114. Vegeu en àmbit comunitari europeu, el Llibre verd sobre successions i testaments publicat l'1 de març de 2005 per la Comissió Europea, Brussel·les, COM(2005) 65 final.

<sup>307</sup> J. DE ARESPACOHAGA, *El trust, la fiducia y figuras afines*, Marcial Pons, 2000, pàg. 131-132.

Mentre no es cobreixi la llacuna legal, subsistirà la necessària i difícil intervenció dels tribunals, els qual sense tenir cap norma de conflicte aplicable als *trusts*, hauran de determinar la llei aplicable a la distinta varietat de *trusts* a través de qualificacions funcionals, que certament són inadequades, però que per altra banda, són necessàries.

Els problemes de qualificació es traslladen a l'àmbit del reconeixement dels *charitable trusts* estrangers que pretén actuar en un territori de tradició civil. Aleshores, les opcions són dues: que el *charitable trust* actuï en l'Estat que no coneix el *trust*, però sense tenir la consideració de fundació (opció gens atractiva). O bé, que aquest *charitable trust* es transformi en una corporació, i així, disposant de personalitat jurídica, ser reconeguda com a fundació (opció més estesa). Estaríem d'acord amb la valoració final de M. GARDEÑES, en que davant els dubtes i dificultats que planteja un *charitable trust* que pretén actuar a l'estranger, i en concret en un ordenament jurídic que no conegui la figura del *trust*, la solució més segura seria la de transformar aquest *trust* en una persona jurídica<sup>308</sup>. Una altra possible solució sobrevinguda l'aporta la nova *Charities Act 2006*, amb la inclusió de les CIO, com s'ha reiterat, aquestes disposen de personalitat jurídica, fet que facilitarà sens dubte, el reconeixement de les fundacions constituïdes com a tals, en els ordenaments de tradició civil.

### **2.3.2 Problema de qualificació (II): la fundació dependent, el *waqf***

També poden sorgir problemes de qualificació respecte la forma o estructura de les fundacions que no essent persones jurídiques, reben la consideració de fundacions per la seva funció, tal i com succeeix respecte les fundacions en compte o dependents franceses, així mateix, respecte patrimonis separats amb finalitats filantròpiques com serien els *anfaq* i els fons especials.

S'inicia la reflexió plantejant si seria d'aplicació el Conveni de La Haia de 1985 sobre el *trust* a aquestes figures. El Conveni és aplicable a tot tipus de *trust* angloamericans, però també abraça a d'altres institucions estructuralment anàlogues<sup>309</sup>. El Conveni s'aplica, doncs, a les institucions que reuneixin les

---

<sup>308</sup> M. GARDEÑES SANTIAGO, "Capítulo 22: Las fundaciones en el contexto internacional", J.M. BENEYTO PÉREZ, (dir.), *Tratado de Fundaciones*, Bosch, 2007, vol. II, pàg. 1147.

<sup>309</sup> És aplicable al *trust* luxemburguès; al de Liechtenstein; a la *Treuhand* alemanya o la *Bewind* dels Països Baixos, aquestes dues tenen l'origen en la fidúcia romana, que a través de la pràctica jurisprudencial han donat lloc a l'existència d'un patrimoni separat en cas de fallida o en els supòsits d'accions d'un creditor personal del fiduciari. M. CHECA MARTÍNEZ, *El trust angloamericano en el Derecho español*, Madrid, 1998, pàg. 67.

característiques assenyalades en l'art. 2.2. Respecte els 'Fons especials catalans', es comprova si aquests compleixen amb els requisits de l'art. 2 del Conveni, de manera que: 1) constitueixen un patrimoni separat; 2) el títol sobre els béns s'estableix en nom de la fundació (que equivaldria al *trustee*) i; 3) que aquesta fundació té la facultat i l'obligació de rendir comptes, administrar, gestionar o disposar dels béns segons les condicions establertes en el fons (en el *trust*) i les obligacions que la llei imposi. Tot i que les condicions es compleixen, la resposta seria negativa, ja que si bé els fons especials es gestionen separatament, amb una comptabilitat distintes, en cas de respondre enfront de tercers, els patrimonis es confonen, característica que trencaria amb les lleis que regulen el *trust*. El mateix raonament es podria estendre a les fundacions en compte i als *awfaq*<sup>310</sup>.

Per altra banda, prescindint del Conveni de La Haia, els patrimonis separats que suposen els fons especials, les fundacions dependents franceses i els *awfaq*, hauran de qualificar-se com a *donatio sub modo*, per tal de determinar la llei aplicable.

Primerament, s'examina el cas de les *fondations abritées* o fundacions en compte franceses. Com s'ha exposat, aquestes, malgrat no haver estat constituïdes com a *fondations d'utilité publique*, són considerades jurídicament com a fundacions. Ara bé, no disposen de personalitat jurídica perquè s'alberguen en fundacions preexistents, per això se les anomena fundacions en compte o dependents. Aquest tipus de fundació no es troba regulat en tots els ordenaments jurídics, de manera que en el cas que un ordenament que la desconegui hagi de determinar la norma de DIPr aplicable, es trobarà amb un buit legal. Conseqüentment haurà de recórrer a la qualificació, i sovint serà qualificada com a donació o llegat *sub modo*, però no com a fundació, per tant, li seran d'aplicació les normes de DIPr que determinen la llei aplicable a les donacions.

En el cas dels fons especials catalans, podria ser qualificada per donació modal, o com a vinculació. La constitució d'un fons és unilateral i l'acceptació de la fundació s'equipara a l'acceptació d'una donació (no a un contracte). Certament, l'acceptació del fons no implica l'increment del patrimoni de la fundació (com succeiria en una donació), ja que els patrimonis es mantenen separats. L'ideal fóra una norma de DIPr sobre patrimonis fiduciaris, però no existeix. Però si atenem

---

<sup>310</sup> Oposat a qualsevol equiparació entre el *trust* d'inversió, i figures com el *trenband*, el *waqf*, o negocis fiduciaris: J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "El trust anglosajón y el Derecho Internacional Privado Español", E. ARROYO I AMAYUELAS, (dir.), *El Trust en el derecho civil*, Barcelona, 2007, pàg. 369-370. Els fons especials, les fundacions en compte i els *awaqf*, s'assimilen molt als *purpose trust*, l'únic escull es fonamenta en la confusió dels béns en cas de responsabilitat enfront a tercers. Si les normes civils modifiquessin aquest aspecte, aleshores sí serien considerades figures anàlogues al *trust*, i en aplicació del Conveni de la Haia del *trust (erga omnes)* podria designar-se com a llei aplicable els ordenaments que preveïessin aquestes figures.

a la normativa prevista en el CCCat, s'aplica als fons especials els articles sobre fundacions, malgrat que el legislador català, ha optat per no atribuir-li la possibilitat d'autoanomenar-se 'fundació', i no disposa de personalitat jurídica<sup>311</sup>. Si apliquéssim les normes de DIPr d'un ordenament de dret civil que només concep la fundació com a persona jurídica, probablement aplicaria a un fons especial català, la norma de conflicte que s'ocupa de determinar el dret aplicable a les donacions, mentre que en la pràctica catalana, se li aplicaria a aquest la normativa de fundacions. Per contra, en aplicació d'una norma de dret del *common law*, probablement se li aplicaria la norma de conflicte de *trust*, fins i tot, se li podrien aplicar les normes de fidúcia en aplicació del dret quebequès per determinar la llei aplicable. Les respostes són múltiples, depenent de la qualificació que podria dur-se a termes segons cada ordenament. Si el legislador espanyol, ja que el català no en té competència, decidís incloure una norma de conflicte per evitar aquestes situacions, podria optar pel redactat ampli que preveu la llei de dret internacional privat italiana, en que l'art. 25, per determinar la llei aplicable a les persones jurídiques, inclou també altres ens, com a "enti giuridici"<sup>312</sup>.

En relació als *anfaq* de tradició jurídica islàmica també es plantegen problemes de qualificació davant dels tribunals occidentals, en concret es presentarà el tracte jurídic que podrien rebre des de l'ordenament espanyol i francès. En relació a la qualificació que es realitzaria des de l'ordenament espanyol d'un *waqf*, el primer pas seria comprovar si el *waqf* correspon a algun negoci jurídic tipificat en el dret espanyol. Segons GARROTE FÉRNANDEZ-DÍEZ, no podria assimilar-se ni a un negoci fiduciari, ni a una substitució fideïcomissària, ni una fidúcia testamentària, ni tant sols a un usdefruit successiu<sup>313</sup>. Per tant, aquesta figura de tradició jurídica

---

<sup>311</sup> REF. anterior fons especials.

<sup>312</sup> *Vid.* part. II, cap. III, apartat 1.3.

<sup>313</sup> "(...) en nuestro Derecho el negocio fiduciario surge de un contrato bilateral (mientras que el habiz admite indistintamente su constitución mediante donación o testamento, pudiendo producir efectos mortis causa), porque en el habiz existe necesariamente la figura del administrador y porque en el negocio fiduciario nuestra jurisprudencia ha entendido que la propiedad queda en manos del fiduciante (mientras que en el habiz la propiedad sale ipso iure fuera del comercio de los nombres). No estamos tampoco ante una substitución fideicomisaria (al faltar los llamamientos hereditarios efectuados de forma sucesiva) ni ante un legado fiduciario porque cabe su constitución inter vivos. Tampoco estamos ante la llamada fiducia testamentaria prohibida por el art. 785.4 CCEsp porque en el habiz el beneficiario no puede disponer o aplicar los bienes a inversión alguna, únicamente tiene derecho a percibir los frutos de la administración realizada por el administrador. Por último, el habiz no puede identificarse con el llamado usufructo sucesivo contemplado en el art. 787 CCEsp. Aunque aquí existe esta separación entre nuda propiedad y usufructo y al usufructo son llamadas varias personas de forma sucesiva, falta un heredero al que atribuir la nuda propiedad, amén de que el habiz se puede constituir también como una donación inter vivos." I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, "Las 'fundaciones familiares' en los países de tradición del

islàmica no encaixaria en cap dels negocis del sistema jurídic espanyol, estaríem davant una llacuna legal. El mateix autor proposa exercir la qualificació per funció, “assumint el preu de ‘fragmentar’ el negoci tal i com es concep en les seves legislacions d’origen”. Així, si el *waqf* ha estat realitzat *inter vivos*, es consideraria com una donació i la llei aplicable seria la de la llei nacional del donant (art. 10.7 CCEsp), mentre que si ha estat per acte d’última voluntat es podria qualificar com una institució successora a efectes de la llei aplicable, darrera la llei nacional del causant (art. 9.8 CCEsp). Si les finalitats fossin familiars, tampoc seria possible qualificar-la com a fundació, si fos un *waqf* públic, cabria també el plantejament que s’ha efectuat respecte la qualificació dels *trust*, al no ser persona jurídica, no li seria d’aplicació l’art. 9.11 CCEsp, a no ser que efectués una qualificació funcional, amb tots els problemes que comportaria.

L’opció de considerar el *waqf* com una donació, o llegat successori, ha estat parcialment admesa pel Tribunal de Cassació francès, tot i que el supòsit de fet és particular, donat que la successió s’obre a l’illa de Mayotte, l’última illa de ‘*droit français musulman*’. En supòsit parteix de la successió d’un musulmà francès d’aquesta illa, el qual està sotmès al dret musulmà ja que posseeix aquest estatut personal. En el *waqf* constituït es disposa la partició dels immobles entre les seves esposes. El problema sorgeix respecte la inclusió com a hereus d’uns fills no legítims, que el tribunal superior d’apel·lació inclou, i per tant, en la seva decisió mescla el dret musulmà que reconeix la poligàmia, amb el codi civil francès que atorga dret a conèixer la paternitat. La *Cour de Cassation*, amb una decisió criticada per gran part de la doctrina, recorda que el dret musulmà només coneix la filiació legítima, i conseqüentment s’exclourien d’una successió els que no rebessin aital qualificació. L’extraordinari comentari de G.A.L. DROZ aplaudeix la decisió del tribunal per no amagar-se sota el paraigua de l’ordre públic, i per haver sabut refusar l’ús dels valors francesos o europeus sistemàticament com universals<sup>314</sup>. En relació al *waqf* constituït, el tribunal de cassació el qualifica com a ‘*donation partage*’ i l’accepta sense plantejar-se si seria contrari a l’ordre públic francès, que de fet, d’acord amb la lògica de l’aplicació del dret musulmà, s’aplica sense més<sup>315</sup>.

---

Derecho Islámico: configuración jurídica y posible aplicación en España”, *Aranzadi Civil*, junio 2005, pàg.44.

<sup>314</sup> Cour de cassation (1er Ch. civ.), 25 février 1997. Nota de G.A.L. DROZ, *RCrDIPr*, 87 (4), 1998, pàg. 602-609. Examina d’altres casos contradictoris en l’ús de l’ordre públic francès i europeu.

<sup>315</sup> G.A.L. DROZ però, especifica que: “Les rites malike et chaféite, ce dernier étant applicable à Mayotte, ne permettent pas que le premier bénéficiaire soit le constituant, donc qu’il conserve l’usage du bien. Le rite henéfite le permet. Selon une pratique autorisée, il est courant qu’un musulman d’un rite soumette le waqf à un autre rite. Il semble que la Cour de cassation ait estimé que le waqf soumis au rite chaféite impliquait un dessaisissement, non réalisé, du constituant qui ne pouvait se désigner lui-même comme premier bénéficiaire. Sur le plan de l’équité, une solution élégante eut été de considérer que le constituant

Cabria plantejar-se aquest cas en territori francès, i probablement es realitzaria la qualificació com a donació, sense tenir en consideració que el *waqf* és un acte pel qual un individu atribueix la nua propietat dels seus béns o part d'aquesta a una obra de beneficència o de caritat estipulant que l'usdefruit es reserva a unes determinades persones nascudes o per néixer i que es reunirà a la nua propietat des de la mort de l'últim beneficiari, amb la prohibició als següents beneficiaris d'alienar la propietat. La finalitat històricament religiosa del *waqf* s'ha anat transformant en un instrument de modificació de l'ordre legal de successió<sup>316</sup>.

Altres problemes sobre qualificacions, com seria respecte la finalitat d'interès general o *charitable*, o bé, respecte els fins privats o familiars, seran objecte d'estudi posteriorment<sup>317</sup>.

---

s'était implicitement soumis au rite hanéfite et, s'étant désigné comme premier bénéficiaire, n'avait pas à se dessaisir du bien. Il est possible que la juridiction de renvoi mieux éclairée finisse par sauver ce waqf qui avait été jugé régulier par le Tribunal du Grand Cadi." Cour de cassation (1er Ch. civ.), 25 février 1997. Nota de G.A.L. DROZ, *RCrDIPr*, 87 (4), 1998, pàg. 609.

<sup>316</sup> Cour de cassation (1er Ch. civ.), 25 février 1997. Nota de G.A.L. DROZ, *RCrDIPr*, 87 (4), 1998, pàg. 609.

<sup>317</sup> *Vid.* part. I, cap. III, apartats 2.2 i 3.3.

## CAPÍTOL II

### ELEMENTS JURÍDICS D'UNA FUNDACIÓ

#### EN DRET COMPARAT

### 1. CARACTERÍSTIQUES DE LA FUNDACIÓ

#### 1.1 Els elements essencials de la fundació

Hi ha tres elements imprescindibles per constituir una fundació: un acte unilateral per part del fundador que es plasma en *l'acte fundacional*, que consistirà en determinar *un fi* al qual se li aporta *un patrimoni* per aconseguir-lo. C. MALUQUER DE MOTES qualifica la fundació com una vinculació al servei d'un interès, i resumeix les seves característiques en tres idees: una manifestació de voluntat, un conjunt de béns afectats a una finalitat, i per últim, l'interès que persegueix l'entitat<sup>318</sup>. Serien els tres elements bàsics que units en un sol acte constitueixen l'essència de la fundació<sup>319</sup>. El negoci fundacional és imprescindible per constituir la fundació, a la qual se li atribueix un patrimoni, fet que la diferencia en essència de les entitats que es basen en l'aportació de capital humà (com les associacions) i amb unes determinades finalitats, que es resumirien en benefici de la societat, que les diferencien de les organitzacions mercantils.

##### 1.1.1 La voluntat del fundador: l'acte fundacional

La fundació s'origina a partir d'una voluntat que s'expressa mitjançant la 'facultat de fundar', això seria, la capacitat per establir o fundar un vincle entre un patrimoni i un fi, i aquest vincle, recordem, comporta una prohibició de disposar, per tant, 'fundar una vinculació'<sup>320</sup>. La naturalesa jurídica de l'atribució patrimonial, podria emmarcar-se com una oferta de donació de la fundació; un tipus propi de negoci; un negoci de liberalitat, etc. En l'exercici del 'dret de fundar', la voluntat del fundador és un acte de liberalitat per la satisfacció de necessitats alienes, és un acte gratuït; seria un acte semblant a una donació, essent un cas especial d'atribució patrimonial a títol gratuït que exigeix una

---

<sup>318</sup> C. MALUQUER DE MOTES, *La fundación como persona jurídica en la codificación civil: de vinculación a persona (Estudio de un proceso)*, Barcelona, 1983, pàg. 5 i ss.

<sup>319</sup> Citant a Kolher ressalta que estaríem davant d'un negoci únic, una dotació organitzada per a un fi. R. BADENES GASSET, *Las fundaciones de derecho privado*, Barcelona, 1986, pàg. 59.

<sup>320</sup> Històricament és vincular un patrimoni a un successor, ens referim als "mayorazgos" o bé, a un fi piados (causes pies), les conegudes mans mortes. *Vid.* part I, cap. I, apartat 1.1.2.



reglamentació particularitzada<sup>321</sup>. La fundació esdevé doncs, el contingut de la declaració de voluntat emesa pel fundador. L'acte pel qual el fundador o instituïdor declara la seva voluntat d'instituir una obra amb caràcter autònom, amb un fi, i assignant-hi un patrimoni seria el que anomenaríem un negoci de fundació<sup>322</sup>. En el panorama jurídic europeu no existeix una direcció única respecte si el negoci fundacional complert estaria constituït per dos actes (voluntat i dotació) o per un de sol, no s'entrarà en tal discussió<sup>323</sup>.

Tradicionalment, els fundadors eren només persones físiques, però actualment tal capacitat està ampliada a les persones jurídiques, tan privades (societats mercantils i a les associacions), com institucions públiques. La inclusió de les autoritats públiques (municipi, Estat) com a legitimades per constituir fundacions, és una pràctica generalitzada als EUA, i originària dels països del nord d'Europa que a poc a poc s'ha estès als ordenaments mediterranis, no sense recels<sup>324</sup>. Vegem com s'ha introduït la possibilitat de que persones jurídiques

---

<sup>321</sup> R. BADENES GASSET, *Las fundaciones de derecho privado*, Barcelona, 1986, pàg. 72. En dret català es disposa com un negoci dispositiu, ja que l'aportació del patrimoni es fa per cessió gratuïta. És gratuïta perquè els fundadors disposen de la totalitat o d'una part del seu patrimoni sense percebre'n cap contraprestació. La liberalitat en què consisteix la dotació, es diferencia de la donació perquè aquesta es fa a favor d'una persona determinada, mentre que amb la dotació els fundadors persegueixen "beneficiar persones no individualment determinables". LL. PUIG I FERRIOL "Les fundacions privades catalanes", LL. PUIG I FERRIOL; E. ROCA I TRIAS, *Institucions del dret civil de Catalunya. Dret de la persona i dret de família*, vol. II, Tirant lo Blanch, València, 1998, pàg. 278.

<sup>322</sup> R. BADENES GASSET, *Las fundaciones de derecho privado*, Barcelona, 1986, pàg. 59.

<sup>323</sup> Una de les diferències que trobem en els distints ordenaments jurídics, és la divisió de doctrines segons si el negoci fundacional és en un sol acte, o per contra, està format per dos. Aquests últims, consideren que l'acte fundacional es du a terme en dos moments, un primer de constitució de la persona jurídica i un segon de la dotació. En aquests sistemes, com seria l'Alemanya, la dotació és necessària, però no essencial en una primera fase de constitució de la fundació. La doctrina espanyola (M. Albaladejo, F. Capilla, L. Díez-Picazo, etc.), però, defensa la unitat del negoci fundacional, que comprendria tant la declaració de voluntat destinada a crear la fundació, com l'atribució patrimonial a aquesta, la dotació. Tot i la diversitat de doctrines coexistents a Europa, la dotació, sigui en un moment posterior o en el mateix moment, resulta imprescindible per tal de crear la fundació, tot i que actualment, en algunes normatives es prevegi dotació posterior o dotació en valor humà.

<sup>324</sup> Aquesta incorporació de l'administració pública com ens capacitats per a crear fundacions, no ha estat exempta de crítiques. La raó principal és que trenca amb la tradicional concepció de les fundacions com a organismes privats i independents que dediquen els seu patrimoni a una finalitat d'interès general, paral·lela a l'actuació dels serveis públics que desenvolupa l'administració. Al nostre entendre, és sens dubte, una desnaturalització de la fundació, i una fugida de l'Administració cap al dret privat, ja que les finalitats de l'Administració han de ser sempre en benefici de l'interès públic. La possibilitat de l'actuació pública mitjançant la creació d'una fundació, de la mateixa manera que la promoció de la participació ciutadana en les activitats d'interès general, així com la proliferació de mútues privades o d'escoles concertades no deixa de ser un símptoma del que ja s'ha batejat com la "fugida del dret administratiu". Les privatitzacions i el canvi de concepció de l'Estat del benestar repercuteix amb força als països europeus. Deixar en mans de les entitats privades la garantia dels recursos socials mínims i imprescindibles està essent una pràctica en vies de consolidació. De fet, els textos europeus i els preàmbuls de les lleis sobre fundacions, tant l'espanyola com la francesa, destaquen la necessitat de cooperació i col·laboració entre les institucions públiques i les privades per a la consecució de l'interès general. Idees que es desprenen també dels textos constitucionals, tal i com s'exposarà en posterioritat. Però aquesta col·laboració dels actors privats, sembla

constitueixen fundacions en dos dels ordenaments més reaccionaris, l'espanyol i el francès. Els fundadors, han de disposar de la capacitat de disposar dels seus béns a títol gratuït, es distingirà segons si són: persones físiques, persones públiques, persones jurídiques.

A) Fundadors persones físiques (*fondateurs personnes physiques*): a Espanya poden constituir fundacions les persones físiques amb capacitat per a disposar gratuïtament, aquest seria el cas tradicional (art. 8.2 Llei 50/2002)<sup>325</sup>. En dret francès també és contempla la capacitat de les persones físiques segons el seu dret comú per a crear fundacions, cal també la capacitat financera.

B) Fundadors persones jurídiques públiques (*fondateurs personnes publiques*): la introducció de les persones públiques ha estat una de les modificacions recents més importants que ha patit la concepció tradicional de fundació com a figura essencialment privada. Novetat que en l'ordenament espanyol s'introduïa per la Llei 30/1994, en art. 6.1: "Podran constituir fundacions les persones físiques i les persones jurídiques, siguin aquestes públiques o privades", que es consolida en la nova Llei 50/2002 de Fundacions, que dedica el capítol XI a les fundacions del sector públic estatal<sup>326</sup>. La característica essencial és que cal una aportació majoritària, directa o indirecta, de l'Administració General de l'Estat, els seus organismes públics o demés entitats del sector públic estatal. Per tant, cal una aportació pública, però no s'admet fundació del sector públic amb aportació només pública. Si bé en la Llei espanyola de 2002, es preveu un control especial i l'autorització del Consell de Ministres per a la seva creació, no deixa de ser paradoxal que la mateixa administració hagi de fer de garant d'una fundació pública<sup>327</sup>. A França, a l'igual que en la regulació espanyola, es contempla que les persones públiques puguin crear fundacions, essent també polèmica aquesta

---

dirigida, a llarg termini, a una substitució, ara bé, aquesta idea és expressament refusada tal i com assenyala el Comitè econòmic i Social: "el Comitè s'oposa fermament a que el sector públic descarregui en les associacions (*i fundacions*) la responsabilitat de les activitats fonamentals d'interès general". Dictamen del Comitè Econòmic y social sobre la "Comunicación de la Comisión sobre 'El fomento del papel de las asociaciones y fundaciones en Europa'" (98/C95/20) DOCE C95/99 30.2.98.

<sup>325</sup> Capacitat per efectuar donacions (art. 624 CCEsp); capacitat per testar (art. 663 CCEsp). M<sup>a</sup>.P. POU DE LA FLOR, "Legislación aplicable. Pluralidad normativa. Derecho estatal y derecho autonómico. Constitución y atribución de personalidad", V.A., *Las Fundaciones*, Colex, 2006, pàg. 21-22; F. MORILLO GONZÁLEZ, "Capítulo 6: Constitución de la fundación", BENEYTO PÉREZ, J.M. (dir.), *Tratado de Fundaciones*, Bosch, 2007, vol. I, pàg. 313 i ss.

<sup>326</sup> Art. 8.4 LF 50/2002. Així també en lleis autonòmiques.

<sup>327</sup> M. CUSCÓ; M. CUNILLERA, *Comentarios a la nueva ley de fundaciones. Ley 50/2002, de 26 de diciembre*, Madrid, 2003, pàg. 60-65.

opció, sobretot si la fundació es constitueix només amb capital públic<sup>328</sup>. Aquesta possibilitat es acceptada per la mateixa Administració, però el Consell d'Estat és més restrictiu, i en la seva jurisprudència no accepta fundacions que només hagin estat creades per fons públics, tot i que la regulació ho admeti (art. 18.4, llei de 1987).

C) Fundadors persones jurídiques (*fondateurs personnes morales*) : les persones jurídiques mercantils o comercials, estan legitimades per constituir fundacions-empresa, o "*fondations d'entreprise*"; així com les associacions o institucions com les caixes d'estalvi. La llei aplicable és la mateixa que per a les fundacions creades per persones físiques, amb les úniques diferències inherents a la tipologia de persona (la decisió haurà de ser presa per l'òrgan rector)<sup>329</sup>, així com implica regulació fiscal i comptable diferent. En la legislació francesa es va introduir aquesta possibilitat quan es va modificar la llei de 1987 amb la llei de 1991, la qual va introduir expressament aquesta opció<sup>330</sup>. Està concebuda de forma original i amb un règim més flexible que el de les fundacions reconegudes d'utilitat pública, i conseqüentment amb menys capacitat d'actuació<sup>331</sup>. Respecte les fundacions creades per societats, la diferència principal entre la regulació espanyola i la francesa, és la denominació, en la francesa és obligatori fer-hi constar en el nom que es tracta d'una fundació d'empresa.

La creació, constitució o formació d'una fundació es basa en la voluntat del fundador, el qual disposa de diferents mecanismes per "fundar-la". La formació es basa, en general, en un negoci jurídic, que pot ser *mortis causa* o *inter vivos*.

En la constitució *inter vivos*, alguns ordenaments requereixen un acte notarial: Països Baixos, Espanya, Bulgària, Grècia, Itàlia, Polònia, Eslovènia, Suïssa. En

---

<sup>328</sup> "En effet, les fondations sont des personnes morales de droit privé, financées par des fonds privés. On peut difficilement admettre qu'une institution ne présentant aucune initiative privée, ni aucun financement privé, reçoive le statut de fondation" : A. GOBIN, "Les fondations", E. ALFANDARI (dir.); P.H. DUTHEIL (coord.), *Associations*, Dalloz Action, n° 5460 à 5949, Paris 2000, pàg. 942.

<sup>329</sup> Art. 8.3 Llei de fundacions espanyola 50/2002: "Las personas jurídicas privadas de índole asociativa requerirán el acuerdo expreso del órgano competente para disponer gratuitamente de sus bienes, con arreglo a sus Estatutos o a la legislación que les resulte aplicable. Las de índole institucional deberán contar con el acuerdo de su órgano rector."

<sup>330</sup> Décret n° 91-1005 du 30 septembre 1991 pris pour l'application de la loi n° 90-559 du juillet 1990 créant les fondations d'entreprise et modifiant les dispositions de la loi n° 87-571 du 23 juillet 1987 sur le développement du mécénat relatives aux fondations. (Art. 18 à 23) Art. 19 "Les sociétés civiles ou commerciales, les établissements publics à caractère industriel et commercial, les coopératives ou les mutuelles peuvent créer, en vue de la réalisation d'une œuvre d'intérêt général, une personne morale, à but non lucratif, dénommée fondation d'entreprise".

<sup>331</sup> Vegeu les diferències entre les fundacions reconegudes d'utilitat pública, i les fundacions d'empresa, en: E. BARON; X. DELSOL, *Les fondations reconnues d'utilité publique et d'entreprise. Régim juridique et fiscal*, 1992, pàg. 167 i ss.

altres països només s'exigeix una declaració escrita: Alemanya, Hongria, Suècia, República Txeca. Per un *charitable trust* no cal declaració escrita<sup>332</sup>.

Per altra banda, no en tots els ordenaments jurídics es preveu la constitució de fundacions *mortis causa*, la qual consisteix en que un testador disposa en el seu testament la constitució d'una fundació, vinculant els seus béns a una finalitat concreta que es desenvoluparà a partir de la mort del causant<sup>333</sup>. En aquest tipus de constitució sorgeixen problemes, com el fet que l'hereu sigui una persona jurídica que encara no hagi estat vàlidament constituïda. En aquest supòsit, cada ordenament n'estableix una solució particular, generalment, es realitza una ficció, i es considera que la fundació era constituïda en el moment de la mort del causant; o bé, se la considera com un hereu fideïcomissari; una altra possibilitat, és disposar en testament d'un marmessor o encarregat (poden ser els futurs patrons, o els *trustees*) de constituir la fundació a posteriori de l'obertura de la successió.

La **fundació espanyola** pot constituir-se per un acte *inter vivos* o *mortis causa* (art. 9 LF 50/2002). En la primera modalitat, es precisarà d'escriptura pública (*ad solemnitatem*). Caldrà doncs, elaborar un negoci jurídic formal de fundació, que haurà d'incloure la identificació del fundador/s, la voluntat de constituir una fundació, la dotació, els estatuts, la identificació dels membres del patronat i la seva acceptació<sup>334</sup>. En la constitució *mortis causa*, es permet qualsevol tipus de testament, sempre que aquest compleixi les formalitats exigides pel Codi civil. El testador pot incloure en el seu testament tots els requisits necessaris per a constituir una fundació (art. 10 LF 50/2002), de manera que a la mort del fundador, la fundació queda constituïda i només resta inscriure-la, durant aquest

---

<sup>332</sup> K.J. HOPT; W.R. WALZ; T. VON HIPPEL; V. THEN (eds.), *The European Foundation. A New Legal Approach*, Verlag Bertelsmann Stiftung, Gütersloh, 2006, pàg. 115-116.

<sup>333</sup> És comunament acceptat pels ordenaments de: Finlàndia, França, Alemanya, Itàlia, Polònia, Eslovènia, Espanya, Suïssa, Anglaterra i Gal·les. K.J. HOPT; W.R. WALZ; T. VON HIPPEL; V. THEN (eds.), *The European Foundation. A New Legal Approach*, Verlag Bertelsmann Stiftung, Gütersloh, 2006, pàg. 116. En el cas de les fundacions creades per acte *mortis causa*, si en el testament no es s'especifica clarament la finalitat, aquesta haurà de ser interpretada i es presumirà la voluntat del fundador. Aquesta interpretació no es permet en totes les regulacions, per exemple en el *waqf* no es permet ja que sempre ha d'estar determinada la finalitat última. I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, "Las 'fundaciones familiares' en los países de tradición del Derecho Islámico: configuración jurídica y posible aplicación en España", *Aranzadi Civil*, junio 2005, pàg. 38.

<sup>334</sup> La justificació de l'exigència d'escriptura pública es fonamentaria en diverses raons: 1) Es tracta d'un negoci jurídic gratuït, de manera que es precisa exigir les màximes cauteles per a que el fundador sigui conscient de la transcendència de l'acte. 2) La presència del notari implica un control previ de la legalitat de l'acte; així com el caràcter fefaent de la data de constitució notarial. 3) L'exigència d'escriptura pública afavoreix la seguretat jurídica en un acte amb transcendència per a tercers, com és la creació d'un nou subjecte de dret. F. MORILLO GONZÁLEZ, "Capítulo 6: Constitución de la fundación", BENEYTO PÉREZ, J.M. (dir.), *Tratado de Fundaciones*, Bosch, 2007, vol. I, pàg. 323.

període estaríem davant d'una fundació en formació (art. 13 LF 50/2002). També hi ha la possibilitat que en el testament, el fundador només disposi la seva voluntat de crear una fundació i els béns o drets que hi vol destinar. En aquest supòsit, caldrà atorgar escriptura pública de constitució per part d'un tercer, que pot ser un marmessor, els hereus testamentaris<sup>335</sup>, o bé, el Protectorat en el cas de que no existeixin hereus o aquests no compleixin el seu mandat, prèvia autorització judicial<sup>336</sup>.

En els textos legals **francesos** la constitució d'una fundació pot ser realitzada de manera directa, *inter vivos*, és a dir, en vida del fundador mitjançant una liberalitat la qual caldrà ser formalitzada per un acte notarial. També, *post mortem*, novetat en el règim francès a partir de la Llei de 1990. Fins aquell moment, la impossibilitat de constituir fundacions *mortis causa* va comportar abundant jurisprudència i debats doctrinals, no només en l'àmbit intern, sinó també internacional. En l'ordenament jurídic francès mitjançant un edicte de 1749 es prohibia la creació per testament de "*établissements des gens de mainmorte*". Es prohibia doncs, la creació directa per testament de fundacions autònomes perquè l'art. 906 CCFr refusava que les persones futures tinguessin el dret d'acceptar un llegat<sup>337</sup>. No va ser fins la

---

<sup>335</sup> El legislador espanyol preveu els possibles conflictes d'interessos entre els hereus i la voluntat del causant en constituir una fundació, ja que la dotació fundacional redueix el patrimoni susceptible d'herència.

<sup>336</sup> Art. 9.4 LF 50/2002. Interessant destacar l'obligació que estableix en la DA5<sup>a</sup> de la LF als notaris de comunicar al Protectorat la constitució de les fundacions constituïdes en testament en el moment en que coneguin de la mort del testador. Així mateix es preveu a l'art. 179 del RD 45/2007, de 19 de enero, por el que se modifica el Reglamento de la organización y régimen del Notariado, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944. "Artículo 179. Los notarios que autoricen o eleven a escritura pública testamentos en los cuales conste alguna disposición de carácter benéfico o benéfico-docente, o que tenga por objeto fines de interés general, como los de asistencia social, cívicos, educativos, culturales, científicos, deportivos, sanitarios, de cooperación para el desarrollo, de defensa del medio ambiente o de fomento de la economía o de la investigación, de promoción del voluntariado, o cualesquiera otros de naturaleza análoga, remitirán a los órganos administrativos competentes que ejerzan el protectorado sobre las fundaciones creadas para el cumplimiento de dichos fines, una copia simple de la cláusula o cláusulas testamentarias correspondientes, tan luego como llegue a su conocimiento el fallecimiento del testador. De igual modo los notarios que autoricen o eleven a escritura pública particiones o manifestaciones de herencia fundadas en testamentos que contengan alguna disposición de las expresadas en el párrafo anterior, notificarán mediante acta, a los órganos administrativos competentes a que se refiere el apartado anterior, el texto íntegro del testamento, con cargo a la herencia, siendo responsables, si no lo hicieren, de los perjuicios que puedan ocasionar con su negligencia. No se admitirán en ningún Registro u oficina dichas particiones si no aparecen otorgadas precisamente en escritura pública, y en ésta no consta". Vegeu les crítiques a l'art. 43.3 LF, segons el qual correspondrà el Jutjat de Primera instància del domicili de la fundació emetre autorització al Protectorat, quan hauria de ser el Jutjat de l'últim domicili del causant segons la LEC. F. MORILLO GONZÁLEZ, "Capítulo 6: Constitución de la fundación", BENEYTO PÉREZ, J.M. (dir.), *Tratado de Fundaciones*, Bosch, 2007, vol. I, pàg. 326.

<sup>337</sup> Existia una discussió apassionada entre l'opinió del *Conseil d'Etat*, favorable, i la *Cour de Cassation*, que amb la interpretació *a contrario* de l'art. 906-2 CCFr, considerava que els llegats a favor d'una fundació eren nuls. Cour d'Appel de Paris, 1er chambre, section B, 26 juin 1981 (Fundació Eckensberger). Nota de B. ANCEL, *RCrDIPr*, 1982 (3), pàg. 537-551. *Vid.* part II, cap. III, apartat 2.2.2.

llei de 1990, que modificà la llei de 1987, que autoritzà la fundació testamentària directa<sup>338</sup>. Així, una fundació inexistent el dia de l'obertura de la successió, pot beneficiar-se d'un llegat amb la condició que sigui reconeguda d'utilitat pública, i la seva personalitat jurídica es retrotrau al dia de l'obertura de la successió. També és possible constituir una fundació de manera indirecta, ja sigui per mediació d'una persona jurídica preexistent (el que anomenen fundació en compte), o per mediació d'un legatari (seria la fundació *post mortem* indirecte)<sup>339</sup>.

En el **codi civil italià** s'admeten les dues formes de constitució: per acte públic i per testament<sup>340</sup>. Aquest acte serà revocable pel fundador fins el moment en què s'atorgui el reconeixement, també si el fundador no hagués fet iniciar l'activitat de l'obra privatista. Aquesta potestat de revocar però, no es transmet als hereus (art.15 CCIIt). L'acte constitutiu (per acte públic o testament) i els estatuts han de contenir: la denominació de l'ens, la finalitat, el patrimoni i la seu, les normes sobre la seva administració, així com els criteris i la modalitat de distribució de les rendes. Poden contenir facultativament, normes relatives a l'extinció de l'ens, respecte la devolució del patrimoni i, respecte la seva transformació (art. 16 CCIIt).

En **dret holandès** també es permet la fundació creada per testament, tot i que a inicis del segle XX es va discutir la qüestió davant dels tribunals. Finalment, l'any 1976 es va preveure en el Codi civil (*Netherlands Burgerlijk Wetboek, BW*), disposant una única limitació de caràcter formal, ja que el testament ha de ser necessàriament notarial, donat que l'únic control de legalitat respecte la constitució d'una fundació l'efectua el notari<sup>341</sup>.

Per constituir una fundació a **Anglaterra i Gal·les**, no existeix una forma legal específica, tal i com s'ha exposat, es pot constituir una *charity* a través de *trust*, *unincorporated organisation*, *company* i, la recent incorporada, *incorporate organisation*. El negoci fundacional dependrà doncs, de la normativa aplicable segons l'estructura

---

<sup>338</sup> Art. 18-2 Llei de 23 de juliol de 1987 (introduït per la llei de 4 de juliol de 1990): "Un legs peut être fait au profit d'une fondation qui n'existe pas au jour de l'ouverture de la succession sous la condition qu'elle obtienne, après les formalités de constitution, la reconnaissance d'utilité publique. (...) la personnalité morale de la fondation reconnue d'utilité publique rétroagit au jour de l'ouverture de la succession. (...)"

<sup>339</sup> Vegeu la classificació àmpliament desenvolupada en: E. BARON; X. DELSOL, *Les fondations reconnues d'utilité publique et d'entreprise. Régim juridique et fiscal*, 1992, pàg. 70-80.

<sup>340</sup> Art. 14 (Atto costitutivo) CCIIt: "Le associazione e le fondazioni devono essere costituite con atto pubblico. La fondazione può essere disposta anche per testamento."

<sup>341</sup> F.W. HONDIUS; T.J. VAN DER PLOEG, "Foundations", *IECL*, vol. XIII, cap. 9, 2000, pàg. 34.

escollida<sup>342</sup>. En concret, per a la constitució d'un *charitable trust* s'admeten, en els sistemes de *common law*, les dues possibilitats: per *trust inter vivos*, a través d'un negoci jurídic anomenat *settlement*, que és un contracte unilateral que crea l'obligació de constituir *trust*, o bé, per un acte jurídic unilateral anomenat *deed* (escriptura o acta constitutiva) També es possibilita preveure la creació d'un *trust* a través de disposició testamentària.

En molts ordenaments per constituir una fundació jurídicament reconeguda, es precisa de l'observació de dos actes intrínsecament units: la voluntat privada de constituir una fundació (plasmada, generalment en un acta notarial i d'altres requisits, que respondria al negoci fundacional), i el reconeixement públic de la seva existència com a persona jurídica amb drets i obligacions, normalment a través del seu registre (sistema normatiu) o bé, per concessió administrativa (discrecional)<sup>343</sup>. Es planteja la naturalesa jurídica i el règim jurídic aplicable en relació a les fundacions que es troben en aquest interval de temps entre la constitució i el seu reconeixement jurídic. Aquesta categoria de fundacions que es denominen 'de fet' o 'no reconegudes', susciten un seguit de dubtes: són efectivament fundacions? Qui respon de les seves activitats? Les respostes varien segons l'ordenament.

Les fundacions italianes de fet o *fondazioni non riconosciute*, serien aquelles que no han estat reconegudes, (abans de la reforma introduïda pel Decret de 2000 això implicava que no havien estat autoritzades pel govern o per la regió), actualment, responen a les que no s'han inscrit en el registre corresponent. Les fundacions no reconegudes no estan previstes per llei (a diferència de les associacions no reconegudes que sí estan legalment previstes). Tanmateix, són àmpliament acceptades per la jurisprudència i la doctrina des de fa més de mitja centúria<sup>344</sup>. Aquesta fundació no reconeguda, susceptible d'acomplir la mancança de registre, es defineix no com un tipus diferent de fundació, sinó com un

---

<sup>342</sup> També poden ser creades per *Royal Charter*, o bé, per llei del Parlament. Les *charities* constituïdes per empreses, han de registrar-se, també a la *Companies House*, i estan sotmeses, a les lleis sobre empreses i sobre *charities*, de manera que han de registrar els informes anuals a ambdues institucions.

<sup>343</sup> *Vid.* part I, cap. II, apartat 1.2.1; 1.3.2.

<sup>344</sup> Corte di cassazione, 18 ottobre 1960, n.2785. Nota de G. GALGANO, *RDC*, 1963 (II), pàg. 172 i ss. F. GALGANO, *Persone giuridiche. Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, Bologna, 2<sup>a</sup> ed., 2006, pàg. 93-94. "Fondazione autonoma e fondazione non autonoma non sono, dunque, figure tra loro strutturalmente diverse: quando, secondo un diffuso convincimento recepito dallo stesso linguaggio legislativo, la seconda viene concepita come una sorta di disposizione modale, costitutiva di un vincolo di destinazione gravente, in perpetuo, su beni che appartengono, in proprietà fiduciaria, all'ente incaricato di provvedere alla loro destinazione, si manca di considerare che la condizione giuridica di questi beni e le facoltà su di essi spettanti a questo asserito proprietario non sono diverse dalla condizione giuridica del patrimonio, agli amministratori di una fondazione autonoma; (...)"

concepte divers, com una ‘fondazione fiduciaria’. El raonament s’interpreta de l’art. 32 CCI, que preveu “béns destinats a una persona jurídica, però amb la destinació de fins diferents de l’entitat”, els quals hauran de ser destinats, en la seva integritat, a una altra persona jurídica en cas d’extinció o transformació de l’entitat a qui es van donar. Assenyala F. GALGANO, que són un patrimoni separat respecte el restant patrimoni de l’ens, amb una administració diferent de l’administració restant del patrimoni de l’ens, i sobre els quals no podran satisfer els seus deutes els creditors de la persona jurídica. Estaríem doncs, davant “un vertader i propi acte de fundació (...) d’una fundació que difereix de les altres fundacions regulades en el codi civil perquè es tracta d’una fundació no reconeguda com a persona jurídica”<sup>345</sup>. Es planteja la possibilitat de reconèixer un “tipo transitorio”, és a dir, un moment organitzatiu necessari en el procediment de formació de la persona jurídica<sup>346</sup>. En una possible reforma del Codi civil italià, es mantindrien les associacions no reconegudes, però es proposa distingir les persones jurídiques reconegudes de les irregulars, a semblança del dret societari.

En dret **espanyol**, existeixen les fundacions en formació o de transició durant l’interval de temps que transcorre entre la constitució i el seu registre. En la doctrina espanyola aquest període temporal ha suscitat debat, sense que hagin arribat a oferir una concepció unitària respecte de quin tipus de figura és aquest acte en suspens: una fundació latent o fins i tot, una fundació irregular<sup>347</sup>. La llei de fundacions espanyola de 2002 li dedica l’art. 13 que du per títol “*Fundación en*

---

<sup>345</sup> F. GALGANO, *Personae giuridiche. Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, Bologna, 2ª ed., 2006, pàg. 433-437.

<sup>346</sup> Segons A. ZOPPINI, cal diferenciar la fundació no reconeguda, que seria la fundació en formació, de la fundació de fet, la qual no hauria sol·licitat ni obtingut el reconeixement. En el primer cas es planteja la problemàtica pràctica de que succeeix amb el patrimoni, el qual es pot considerar que és indisponible tant pel fundador com per als tercers, però pot igualment comportar problemes de responsabilitat si aquesta fundació “transitòria” actua, en cas d’haver de respondre de les obligacions assumides seria el mateix patrimoni qui en respondrà. “In conclusione, l’autonoma qualificazione e rilevanza giuridica della (organizzazione della) fondazione in attesa di riconoscimento ne sottende l’alterità rispetto al fondatore (e/o agli amministratori) e definisce un autonomo centro d’imputazione, seppur – come detto – risolutivamente condizionato alla mancata concessione del riconoscimento.” És una responsabilitat que atén a la garantia en les relacions amb tercers i que no pot ser excusada per la simple manca de personalitat, fet que no prohibeix a la fundació de desenvolupar les activitats abans del seu reconeixement. A. ZOPPINI, *Le Fondazioni*, Napoli, 1995, pàg. 239; 268; 272- 277 i ss.

<sup>347</sup> El debat es centra en determinar el moment en que la fundació s’ha constituït. Per alguns autors, existeix des que s’atorga l’escriptura fundacional amb independència de la seva inscripció, ja que des d’aquest moment existeix una organització, i aquest reconeixement no només es produeix en l’àmbit intern, enfront els membres del Patronat, sinó també en l’àmbit extern, enfront a tercers. Per altres, és un acte en estat latent, però amb plenitud d’eficàcia que vincula a qui l’atorga. I una tercera opinió, que considera que la inscripció és la que origina el naixement de l’escriptura. M<sup>a</sup>.P. POUS DE LA FLOR, “Legislación aplicable. Pluralidad normativa. Derecho estatal y derecho autonómico. Constitución y atribución de personalidad”, V.A., *Las Fundaciones*, Colex, 2006, pàg. 31.



*proceso de formación*<sup>348</sup>. Aquest article, reconeixeria a la fundació en formació un cert grau de personalitat jurídica, adequada a l'activitat que durant aquesta fase pot desenvolupar, però limitada pel fet de mancar-li la publicitat legal (per tant, obtenció de la personalitat jurídica plena), i també, el preceptiu informe del Protectorat<sup>349</sup>. Malgrat aquesta previsió, l'art. 4 de la mateixa llei, disposa que les fundacions només gaudiran de personalitat jurídica des del moment de la seva inscripció en el Registre de Fundacions corresponent, de manera que només a partir d'aquell moment estan facultades per utilitzar la denominació de 'fundació'. Per això, es pot concloure que la inscripció registral es constitutiva de la fundació, constatació que es contradiu amb les fundacions en procés de formació<sup>350</sup>. Especialment crític es mostra A. PAU PEDRÓN, que considera poc afortunada l'opció de preveure una fundació en formació, la qual no existeix, ja que l'únic que existeix és un negoci fundacional i un patrimoni, però no l'ens. Hauria estat més encertat, si el que es pretenia era evitar l'exercici de la fundació abans de la seva inscripció (per tant, control de legalitat), que la primera inscripció no fos constitutiva, sinó només condicionant de l'aplicació íntegra de l'ordenament fundacional, de manera que la fundació tingués personalitat jurídica des de l'atorgament de l'escriptura pública, podent celebrar negocis amb tercers, i després de la inscripció, podria iniciar les seves relacions amb els beneficiaris<sup>351</sup>.

---

<sup>348</sup> Artículo 13. Fundación en proceso de formación. “1. Otorgada la escritura fundacional, y en tanto se procede a la inscripción en el correspondiente Registro de Fundaciones, el Patronato de la fundación realizará, además de los actos necesarios para la inscripción, únicamente aquellos otros que resulten indispensables para la conservación de su patrimonio y los que no admitan demora sin perjuicio para la fundación, los cuales se entenderán automáticamente asumidos por ésta cuando obtenga personalidad jurídica. 2. Transcurridos seis meses desde el otorgamiento de la escritura pública fundacional sin que los patronos hubiesen instado la inscripción en el correspondiente Registro de Fundaciones, el Protectorado procederá a cesar a los patronos, quienes responderán solidariamente de las obligaciones contraídas en nombre de la fundación y por los perjuicios que ocasione la falta de inscripción. Asimismo, el Protectorado procederá a nombrar nuevos patronos, previa autorización judicial, que asumirán la obligación de inscribir la fundación en el correspondiente Registro de Fundaciones.”

<sup>349</sup> F. MORILLO GONZÁLEZ, “Capítulo 6: Constitución de la fundación”, BENEYTO PÉREZ, J.M. (dir.), *Tratado de Fundaciones*, Bosch, 2007, vol. I, pàg. 340 i ss.

<sup>350</sup> Sentència de 9 de maig de 2003 del Tribunal Superior de Justícia de Madrid (Sala Contenciós-Administratiu) (EDJ 2003/220308). Les fundacions adquireixen la personalitat jurídica a partir de la seva inscripció registral, però se'ls reconeix una certa capacitat d'obrar a les fundacions en procediment de formació (art. 13 LF, anterior art. 11 LF94). FJ 2 sobre les fundacions en procés de formació, que serien aquelles ja constituïdes en escriptura pública però encara no inscrites.

<sup>351</sup> A. PAU PEDRÓN, “El patrimonio fiduciario desde la perspectiva registral”, E. ARROYO I AMAYUELAS (dir.), *El Trust en el Derecho civil*, Barcelona, 2007, pàg. 350-351. Respecte la regulació catalana de la llei de fundacions de 2001, F. BADOSA, admetria l'existència de patrimonis sense titular i independents (fundació irregular), en l'interval de temps que transcorre des de la seva constitució a la personificació de la fundació. F. BADOSA COLL, “Sobre los patrimonios fiduciarios en Cataluña”, ARROYO I AMAYUELAS, E., *El Trust en el Derecho civil*, Barcelona, 2007, pàg. 445 i ss.

A **França** però, aquest període entre la realització de l'acte fundacional i el decret ministerial, és assumit com que la fundació està en suspens ja que la fundació encara no existeix ni produeix efectes fins a la publicació del decret en el *Journal Officiel*.

Des del punt de vista del DIPr, l'existència de fundacions 'transitòries' no planteja problemes a priori, ja que com s'exposarà detingudament en la segona part, la primera qüestió a resoldre quan una fundació pretén actuar extraterritorialment, és resoldre el reconeixement de la fundació estrangera en l'Estat de destinació, reconeixement que es basa, en termes generals, en l'acceptació automàtica de la fundació que ha estat legalment constituïda en el país d'origen, així, concloem que no seria possible el reconeixement d'una fundació en procés de reconeixement en el país d'origen. La problemàtica principal ha sorgit en relació a les fundacions constituïdes testamentàriament, en especial en relació a l'ordenament jurídic francès, que no admetia l'acceptació d'una herència per part d'una fundació que no havia estat prèviament constituïda<sup>352</sup>.

### 1.1.2 La dotació inicial i el patrimoni fundacional

El patrimoni de la fundació, això són, en principi, uns béns (en alguns ordenaments també poden ser béns futurs o aportacions de 'capital humà'), són l'element essencial de la fundació. Imprescindible doncs, un patrimoni que es vincula a un fi preestablert per voluntat del fundador. Aquest patrimoni és basa amb el que es coneix per alguns ordenaments en una 'dotació inicial' (*funding assets*), que és el patrimoni que vincula el fundador. Existeix la discussió de si l'acte de disposició patrimonial s'integra en el negoci fundacional, o bé, si es considera com un acte jurídic distint i accessori<sup>353</sup>.

La dotació pot ser un requisit imprescindible en determinats ordenaments<sup>354</sup>; amb la fixació d'una quantia mínima requerida<sup>355</sup>; amb una quantia inicial fixada adaptable a les finalitats perseguides per la fundació<sup>356</sup>; o bé, amb una quantia de

---

<sup>352</sup> *Vid.* part II, cap. III, apartat 2.2.2.

<sup>353</sup> *Vid.* part I, cap. II, apartat 1.1.1.

<sup>354</sup> Usem les dades de K.J. HOPT; W.R. WALZ; T. VON HIPPEL; V. THEN (eds.), *The European Foundation. A New Legal Approach*, Verlag Bertelsmann Stiftung, Gütersloh, 2006, pàg. 67-69.

<sup>355</sup> Liechtenstein (20.000 euros); República Txeca (165.000 euros); Àustria (70.000 euros). O segons el tipus de fundació la dotació exigida varia: Dinamarca (33.500 – 40.000 euros); Noruega (12.000 – 24.000 euros); Romania; Xina, segons l'abast territorial (750.000 a 187.000 euros).

<sup>356</sup> Espanya (30.000 euros). En l'ordenament espanyol donada la seva característica intrínseca d'Estat compost on hi ha diferents lleis autonòmiques i l'estatal, respecte la dotació inicial hi ha diferències de quanties i de terminis per prestar-la. En alguns casos s'exigeix un vint-i-cinc per cent del desemborsament

capital no determinada i que serà valorada per l'administració segons l'objecte de la fundació<sup>357</sup>. Però en d'altres ordenaments, la dotació inicial pot ser simbòlica o basar-se en una aportació no monetària, i fins i tot, no ser un requisit<sup>358</sup>.

A **Espanya** la determinació de la dotació no ha estat exempta de polèmiques sobretot durant la darrera discussió parlamentària de l'actual llei vigent de 2002. Donat que la fundació és un dret constitucional, part de la doctrina no considera lògic que s'hi estableixi un mínim econòmic per a poder-la constituir. Per altra banda, hi ha el sector que propugna que cal tenir en consideració les característiques intrínseques de les fundacions, per tant, el seu objectiu de perennitat, de manera que és precisa una suficient dotació inicial que garanteixi la viabilitat del projecte o fi perseguit. La solució presa pel legislador espanyol ha estat la de disposar un mínim de 30.000 euros (en el projecte eren 50.000 euros), amb la puntualització que aquesta xifra és susceptible de ser inferior si es demostra, mitjançant el compliment d'uns requisits d'informació, que la fundació disposarà dels recursos suficients per a assolir les seves finalitats<sup>359</sup>. A **Catalunya**, la Llei 5/2001 de fundacions<sup>360</sup>, requeria en el seu text que la dotació havia de ser suficient per a dur a terme les activitats fundacionals, per tant, no hi havia cap mínim. Amb l'absència d'una dotació mínima inicial, van augmentar espectacularment el nombre de sol·licituds de constitució de fundacions al

---

inicial (Navarra, Canàries, València, Madrid i Castilla y León); al País Basc s'exigeix un trenta per cent, i a Galícia no es concreta. La resta de dotació s'ha de completar durant els anys successius, concretament el termini és de cinc anys. També s'admet la dotació no monetària, tot i que no es permet en la llei estatal de 2002 que es realitzi aquest tipus d'aportació de forma successiva. Vegeu V. DE PRIEGO FERNÁNDEZ, "Consideraciones sobre las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de fundaciones", *RDP*, 2004, pàg. 656.

<sup>357</sup> En ocasions sense tenir cap base quantitativa: Suïssa; Alemanya; Croàcia; Finlàndia; Eslovènia; Grècia. D'altres, amb unes quanties, si bé no oficials, si establertes per la pràctica: França; Itàlia (segons la regió).

<sup>358</sup> Països Baixos; Estònia; Polònia.

<sup>359</sup> Art. 12 Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones. Mereix puntualitzar que en la Llei 30/1994 no s'exigia un mínim de patrimoni o dotació inicial, però l'experiència ha fet necessària la inclusió d'un mínim fixat de 30.000 euros. La raó de la inclusió d'aquest mínim, en termes molt generals, es fonamentava en la manca de patrimoni dotacional de les fundacions constituïdes entre 1994 i el 2002. Si recordem que les fundacions es basen en un patrimoni, la figura es trobava desvirtuada per aquestes fundacions que no disposaven dels suficients recursos per a dur a terme els seus objectius fundacionals, que amb l'afany de beneficiar-se d'uns privilegis fiscals reservats a les fundacions, optaven per aquesta forma jurídica, en comptes de la forma associativa, probablement, la que haurien d'haver optat des d'un inici. És de suposar que amb la nova possibilitat de constituir 'associacions d'utilitat pública', amb el subsegüent benefici fiscal, pensem que s'evitarà aquesta fugida de les associacions al camp de les fundacions. Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, (arts. 32-35) (BOE n. 73, 26/3/2002). Real Decreto 1740/2003, de 19 de diciembre, sobre procedimientos relativos a asociaciones de utilidad pública (BOE n. 11, 13.1.2004).

<sup>360</sup> Art. 5 Llei 5/2001, de fundacions: "La dotació inicial de la fundació ha de consistir en una aportació de diners o bé de béns o drets avaluables econòmicament, suficients per a dur a terme les activitats fundacionals, lliures de càrregues que impedeixin o limitin d'una manera significativa la seva utilitat per a la fundació."

Protectorat de la Generalitat, moltes de les quals s'haurien d'haver constituït com a associacions, ja que es fonamentaven amb l'aportació humana (capital humà). L'any 2004, la situació començava a ésser insostenible, ja que es succeïen les fundacions amb projectes inviables (no tenien capital per acomplir els fins d'interès general que s'havien fixat, o bé, contravenien l'obligació de reinversió dels rendiments), la manca d'estructura comportava a més, l'incompliment sistemàtic dels deures de comunicació amb el Protectorat (p.ex. la presentació de comptes), reinversió de guanys. Davant aquesta situació el Protectorat, va centrar l'atenció en l'anàlisi de la viabilitat econòmica de les fundacions de nova constitució<sup>361</sup>. D'aquesta experiència, s'introdueixen novetats en el Llibre tercer del Codi Civil de Catalunya (CCCat). Es destaquen: la fixació d'una quantia mínima de dotació inicial no inferior a 60.000 euros que haurà de ser aportada en béns fructífers, exigint-se també la viabilitat econòmica del projecte. Val a dir, però, que també es preveu la possibilitat de constituir fundacions temporals, i fons especials<sup>362</sup>.

L'article 16 del *Codice civile* d'Itàlia, preveu que en l'acte constitutiu i en els estatuts s'hi ha de fer constar, d'entre altres qüestions, el patrimoni. És un mandat general, de manera que no és admissible una fundació sense patrimoni, malgrat que l'estatut prevegi la possibilitat de contribucions per part de privats per la supervivència de la fundació. Segons la jurisprudència, el patrimoni no seria un requisit inherent a la fundació (i a l'associació), només respecte aquelles que

---

<sup>361</sup> Es pot considerar que aquesta actuació és la reacció a les 'entitats recollidores de subvencions', i que comporta una evolució en el nombre de registre de fundacions. Des de la llei de fundacions de 2001 va incrementar considerablement el nombre de fundacions, a partir del 2005, el Protectorat endureix el criteri de la dotació inicial per evitar la constitució de fundacions que per manca d'una dotació inicial solida es trobessin submergides en problemes econòmics greus al poc temps de la seva constitució. Paral·lelament, s'obriren una quarantena de processos de dissolució de fundacions que no complien i que no actuaven segons la finalitat prevista de la seva constitució. Si haguessin estat associacions, no caldria aquest procediment de dissolució, ja que haurien mort amb el pas del temps, però al ser fundacions, actua preceptivament l'administració pública. Dades obtingudes de l'entrevista del Director General de Dret Civil i Entitats Jurídiques, Sr. X. Muñoz, juliol 2006. En data de 2008, els expedients de dissolució de fundacions inactives ascendia a més d'un centenar.

<sup>362</sup> (arts. 331-5; 6; 8; 334) S'exigirien a les fundacions temporals quanties inferiors de patrimoni, que serien susceptibles de ser reconvertides en fundacions de durada indefinida si augmenta la seva dotació en un període de cinc anys. La possibilitat d'establir fons especials en el si d'altres fundacions preexistents, tindria com a finalitat vehicular projectes fundacionals de magnitud econòmica més reduïda. En el preàmbul del Llibre tercer del CCCat, es considera que la gradació de tècniques de destinació fundacional garanteix abastament la possibilitat de destinar recursos a finalitats d'interès general amb una certa voluntat de permanència. L'exigència de dotació mínima es justifica en "el dissenyi ferm que les fundacions permanents amb personalitat autònoma estiguin ben dotades i finançades, presentin d'entrada signes clars de viabilitat i puguin complir les seves finalitats amb garanties d'efectivitat."

pretenen ser reconegudes com a tals, i gaudir de personalitat jurídica<sup>363</sup>. La quantia del patrimoni inicial, és indeterminada, de manera que la llei no imposa un capital mínim, serà l'autoritat regional competent la que imposarà un mínim, el qual dependrà del criteri adoptat per la regió<sup>364</sup>. També dependrà, de la finalitat que persegueixi la fundació, si per exemple es dedica a beques d'estudi, el patrimoni serà fonamental, per contra, si la fundació només necessita el patrimoni pel funcionament de l'ens, la quantia exigida serà més reduïda<sup>365</sup>

A **França** tot i que no s'exigeix una dotació inicial en els textos legal, ha estat a través de la pràctica imposada pel *Conseil d'Etat* la que requereix una dotació inicial perquè entén que és intrínsec a la fundació per tal de garantir el funcionament de la institució i la viabilitat de la finalitat. A la pràctica, l'exigència ha estat d'un mínim de 750.000 euros, obligatòriament d'origen privat per tal de preservar la independència de la fundació. La quantia és un altre dels motius que frenen la constitució de fundacions franceses, per això, hi ha més fundacions en compte (ja que no s'exigeix cap quantia mínima<sup>366</sup>) que dels altres dos tipus<sup>367</sup>. Actualment, però, sembla que s'ha abandonat la pretenció de tal dotació inicial, optant per examinar, cas per cas, l'adequació de la dotació als fins projectats per la fundació. Malgrat no contenir cap disposició ni exigència al respecte en la nova llei de 2003, ni en els estatuts tipus de 2 d'abril de 2003, sembla haver-se adaptat a les noves necessitats i històriques demandes d'adequació de la donació inicial<sup>368</sup>. Es permet, per exemple, el fraccionament de la dotació inicial, així com, fundacions amb capital consumible destinades a finançar un projecte puntual de

---

<sup>363</sup> Crític amb aquesta exigència de patrimoni, F. GALGANO, *Personne juridique. Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, Bologna, 2<sup>a</sup> ed., 2006, pàg. 244 a 253. S'hauria d'admetre les fundacions que prevegin l'obtenció de patrimoni, o que siguin financeres (*holdings*).

<sup>364</sup> Les diferències poden ser notables, per exemple, l'autoritat de Roma pot exigir un mínim de 250.000 euros mentre que per una fundació similar a Milà, s'exigeixin 100.000 euros. Vegeu el quadre legislatiu de les diferents regions italianes en: <[www.fondazioni.it](http://www.fondazioni.it)> (11.2007).

<sup>365</sup> M.E. DI GLANDOMENICO; D. FESTA, *Consorzi, fondazioni e trust*, Maggioli Ed., 2005, pàg. 245.

<sup>366</sup> O. BINDER, *Guide juridique et fiscale du mécénat et des fondations à l'usage des entreprises et des entrepreneurs*, 3<sup>a</sup> ed., 2005, Paris, pàg. 147-151; 173 i següents. L'autor mostra com s'han d'efectuar els càlculs.

<sup>367</sup> Actualment a França hi ha 2000 fundacions, de les quals: 486 són fundacions reconegudes d'utilitat pública; 65 fundacions d'empresa; 1.530 fundacions en compte.

<sup>368</sup> Així ho assenyala el senador M. Philippe Nachbar en el seu informe de 7 de maig de 2003 "Elle sera également de nature à réduire les exigences liées au montant de la dotation minimale nécessaire pour l'attribution de la reconnaissance d'utilité publique. On rappellera que la fondation doit offrir dès sa création l'assurance qu'elle disposera pour l'avenir de revenus suffisants, garantie de sa pérennité et de sa capacité à vivre indépendamment de ses fondateurs. En réduisant l'imposition pesant sur les revenus de la dotation, la disposition proposée permet d'attribuer la reconnaissance d'utilité publique à des fondations dotées d'un capital moins important, et donc de contribuer à supprimer un des obstacles qui entrave aujourd'hui le développement des fondations. Certains mécènes considèrent, en effet, les conditions financières exigées pour la création d'une fondation comme hors de portée."

manera que la seva existència serà limitada en el temps o fluctuant. Respecte les fundacions d'empresa, es va eliminar a través de la llei de 4 de gener de 2002, l'obligació d'una dotació inicial. S'exigeix per a la seva constitució, que en la demanda d'autorització de creació de la fundació d'empresa, el fundador es comprometí a afectar una dotació inicial que es determinarà en funció del programa d'acció plurianual.

Contraposat al que s'ha presentat fins ara, l'ordenament **holandès** no requereix cap dotació inicial per constituir una fundació. Tampoc es precisa de capital mínim (patrimoni (*asset*) o dotació (*endowment*)) a **Anglaterra i Gal·les**, tanmateix, sí s'exigeix una suma mínima quan es pretén el seu registre a la *Charity Commission*<sup>369</sup>.

La dotació esdevindrà un patrimoni separat que serà administrat per una o diverses persones, que vetllaran per la seva conservació (per prescripció legal o estatutària)<sup>370</sup>. A aquesta dotació se li poden afegir altres patrimonis<sup>371</sup>. La suma de la dotació inicial i el patrimoni posterior que s'afegeix formen l'actiu de la fundació. Els administradors han de procurar la productivitat dels béns, i els rendiments obtinguts constitueixen els ingressos que financen l'activitat fundacional i les despeses d'administració. Els rendiments poden provenir d'activitats lucratives, que es reinverteixen en la pròpia fundació i en les finalitats. Precisament, la destinació del patrimoni a una finalitat que ha de beneficiar a una col·lectivitat, comporta que existeix un benefici destinat a la comunitat, per tant, per contraposició, hi ha absència d'afany de lucre ja que no es distribueixen els guanys o beneficis a persones determinades.

### 1.1.3 L'adscripció a un fi: l'interès general

D'entre les finalitats que poden perseguir les fundacions, coincideixen en els ordenaments jurídics, preveure que l'objectiu perseguit de les fundacions sigui necessàriament, d'interès general o d'utilitat pública. Aquesta és la característica que diferencia les fundacions de les entitats privades comercials. Mereix deixar constància però, que hi ha ordenaments jurídics europeus en què es permet a les

---

<sup>369</sup> Vegeu <[www.charity-commission.gov.uk](http://www.charity-commission.gov.uk)>.

<sup>370</sup> Vegeu: K.J. HOPT; W.R. WALZ; T. VON HIPPEL; V. THEN (eds.), *The European Foundation. A New Legal Approach*, Verlag Bertelsmann Stiftung, Gütersloh, 2006, pàg. 214-218.

<sup>371</sup> Apuntar només com a curiositat que el legislador espanyol sembla tenir problemes a l'hora de diferenciar la dotació inicial del patrimoni de la fundació en el mateix text legislatiu (arts. 12 i 27). Ambdós conceptes, patrimoni i dotació, coincideixen en el moment inicial de la fundació, però si bé la dotació pot romandre inalterable, el més lògic és que el patrimoni augmenti amb el transcurs del temps. M. CUSCÓ; M. CUNILLERA, *Comentarios a la nueva ley de fundaciones. Ley 50/2002, de 26 de diciembre*, Madrid, 2003, pàg. 100 i ss.

fundacions perseguir qualsevol finalitat, amb l'única limitació de que aquesta ha d'estar compresa dins de la legalitat<sup>372</sup>; també ordenaments que permeten i/o regulen fins particulars o familiars<sup>373</sup>. Ens centrarem en les primeres, les fundacions d'interès general per ser les previstes en tots els ordenaments jurídics, essent les que desenvolupen activitats a favor de subjectes indeterminats o causes que beneficien a la comunitat, per tant, que deriven de les originàries fundacions justinianes i de les *piae causae*, o els *charitable uses* dels *trust* privats. No obstant aquesta elecció, també es faran les oportunes explicacions respecte les fundacions amb interès particular o familiar, les quals tenen el seu origen històric en les vinculacions privades medievals (*mayorazgos*)<sup>374</sup>.

Les finalitats, “*purposes*” o “*scope*”, han de beneficiar a la comunitat o a una part d'aquesta, per això es fa referència a “l'interès general”, “l'interès públic”, “*utilité publique*” o “*social purpose*”<sup>375</sup>. La fundació, com s'ha descrit a l'inici, ha estat concebuda al llarg del temps com un patrimoni autònom forjat sobre la finalitat d'una finalitat d'utilitat pública, o en el *common law*, parlariem de *charitable purposes*, (concepcions que no coincideixen exactament). Com s'estudiarà posteriorment, el paper de l'Estat ha canviat, i si bé continua essent garant de l'Estat del benestar, delega en les entitats ‘*nonprofit*’ part de les tasques destinades a garantir les necessitats dels ciutadans. Per tant, les fundacions, com a ens sense afany de

---

<sup>372</sup> La classificació podria ser la següent: 1) “*public-benefit purposes*” (l'interès públic): Anglaterra, Gal·les, Escòcia, Irlanda; Croàcia, República Txeca; França; Hongria; Lituània; Luxemburg; Portugal; Romania; Eslovènia; Espanya, Xina. 2) “*useful purposes*” (d'utilitat pública): no s'aprecia diferències amb els fins d'interès general: Finlàndia; Itàlia; Polònia. 3) “*any lawful purpose*” (qualsevol fi legal o que no sigui contrari a l'ordre públic): Països Baixos, Dinamarca, Estònia, Grècia, Alemanya, Noruega, Suècia, Suïssa, i algun tipus de *non-profit corporation* d'EUA. K.J. HOPT; W.R. WALZ; T. VON HIPPEL; V. THEN (eds.), *The European Foundation. A New Legal Approach*, Verlag Bertelsmann Stiftung, Gütersloh, 2006, pàg. 72-75.

<sup>373</sup> Suïssa, Liechtenstein o Àustria. La legislació austríaca admet qualsevol tipus de finalitat, d'aquí se'n deriva l'eliminació del control administratiu, i la concepció de la fundació com instrument essencialment d'autonomia privada. A. ZOPPINI, *Le Fondazioni*, Napoli, 1995, pàg. 71. *Vid.* part I, cap. III, apartat 2.1.2 i 2.2.

<sup>374</sup> *Vid.* part I, cap. I, apartats 1.1.1, 1.1.2.

<sup>375</sup> No entrarem en el debat de la delimitació de cada una d'aquestes expressions per considerar que totes elles comprenen la idea de beneficiar a una col·lectivitat, de manera que els beneficiaris no es poden individualitzar, i que, en essència, es pretén beneficiar a la societat o part d'aquesta. L'interès general o interès públic, són conceptes politicojurídics que s'omplen de contingut mitjançant una norma que inclogui en forma de llistat, obert o tancat, les categories o objectius (finalitats, *purposes*, *scopo*) que inclouen un interès general, és la tècnica més estesa entre els ordenaments jurídics. Una altra possibilitat, seria utilitzar la jurisprudència per definir quins són els propòsits que beneficien a la comunitat, aquest és el cas dels països del *common law*, que han utilitzat els quatre principis de l'Estatut d'Elizabeth de 1601, i que s'han adaptat a les necessitats socials de cada moment. O bé, per la pràctica consuetudinària-jurisprudencial, com és el cas del *Conseil d'Etat* francès.

lucre, són una manifestació individual que persegueix el benefici col·lectiu i que s'emmarca en l'interès públic<sup>376</sup>.

L'objecte de la fundació ha de ser lícit i servir d'interès general, això implica beneficiar persones no individualment determinades. Es relaciona la finalitat d'interès general i la particular, amb l'especificació dels destinataris<sup>377</sup>. Així F. BADOSA, precisa la idea que els beneficiaris, tot i ser indeterminats, són la concreció personal de l'interès general<sup>378</sup>. A partir d'aquest plantejament, s'obre el debat de la possible discriminació que pot provocar la decisió del fundador en la determinació del fi perseguit, i per tant dels beneficiaris. Segons la finalitat triada<sup>379</sup>, beneficiaria només a un determinat territori (per exemple les fundacions comunitàries), o a un grup concret de persones (estudiants, immigrants, etc.). Aital discussió, al meu entendre, es podria obviar, ja que podríem apreciar que si la fundació beneficia a una part del territori, o a un sector concret de la població, aquest benefici s'estén o repercuteix, encara que sigui indirectament, a la resta de la societat o del territori. L'interès general ha de ser considerat des d'un prisma global, i no cenyit a una connexió territorial o nacional, sinó poden sorgir problemes de discriminació jurídica, com comprovarem quan plantejarem els problemes sorgits en el si de la UE respecte la imposició fiscal no beneficiosa a fundacions per no complir amb una connexió territorial<sup>380</sup>. El que sí ha d'exigir la

---

<sup>376</sup> Segons A. ZOPPINI, la utilitat pública no resol el problema de racionalitat i eficient utilització dels recursos econòmics, i es pot apreciar el rol essencialment polític que el concepte d'utilitat pública ha assolit. "Si tratta di un mutuo sostanziale che induce a ripensare il rapporto tra iniziativa individuale e utilità collettiva: il privato non è più mero utente, ma assume a protagonista di un *processo co-decisionale* e el modello 'contrattuale' si atpeggia a strumento dell'efficiente allocazione delle risorse collettive, perché decentra le scelte attinenti alla produzione dei beni pubblici, le sottrae alla mediazione burocratica, favorisce una risposta più immediata alla domanda dei consumatori/utenti, sensibilità questa che manca agli apparati statali, mentre gli stessi destinatari compiono una scelta costruita sulle proprie esigenze". A. ZOPPINI, *Le Fondazioni*, Napoli, 1995, pàg. 43-47.

<sup>377</sup> Els beneficiaris han estat l'essència de les fundacions per alguns autors com Ihering, o Vreilles-Sommieres (1902), que entenen que el subjecte de les fundacions el constitueixen les persones a qui el fundador dirigeix la seva liberalitat, en definitiva la fundació es concebria com una liberalitat a un ampli conjunt de persones; "*in actu* es donación, *in habitu* asociación de contornos vastos, ligeros, movibles, apenas sensibles". R. BADENES GASSET, *Las fundaciones de derecho privado*, Barcelona, 1986, pàg. 53.

<sup>378</sup> La inconcreció inicial dels beneficiaris ens situaria en l'àmbit dels 'interessos difusos', ja que no hi ha un contracte entre unes parts determinades. F. BADOSA COLL, "Les fundacions", F. BADOSA (dir.), *Manual de Dret Civil Català*, Barcelona, 2003, pàg. 164.

<sup>379</sup> "tanto maggiore è la specificazione e il grado d'individuazione dei destinatari, tanto più la norma statutaria dovrà essere analitica al fine di attestare la compatibilità con la causa non lucrativa; mentre un minor grado di determinatezza sarà consentita per quelle fondazioni che non programmano uno scopo a vantaggio di una categoria particolare di soggetti e rispetto alle quali la violazione del divieto di non distribuzione appare meno probabile." A. ZOPPINI, *Le Fondazioni*, Napoli, 1995, pàg. 154.

<sup>380</sup> *Vid.* part III, cap. I, apartats 2 i 3. Així com en l'àmbit interregional espanyol, en què les subvencions no s'atribueixen per la possibilitat de compliment del fi, sinó que requereixen com a prerrequisit que la fundació candidata estigui adscrita a un territori concret, per tant, sotmesa a una determinada llei. *Vid.* part II, cap. IV, apartat 1.5.



norma és la tria conseqüent i viable del fi a perseguir per la fundació, evitant els projectes irrealitzables, o que efectivament tinguin com a objectiu beneficiar a un grup determinat com podria ser la pròpia família, que com s'ha reiterat està expressament prohibit en alguns ordenaments.

En l'**ordenament espanyol**, en concret a l'art. 35 CCEsp es distingeix entre les persones jurídiques d'interès públic i d'interès particular. En concret les fundacions, ja siguin persones jurídiques privades o públiques, sempre són persones jurídiques d'interès general<sup>381</sup>. La llei de fundacions de 2002, l'art. 3 expressa l'obligació de perseguir fins d'interès general i inclou una llarga llista oberta de possibilitats<sup>382</sup>.

A inicis de segle XX, la jurisprudència **francesa** va disposar que les fundacions havien de ser reconegudes pel govern com ens d'utilitat pública i en conseqüència precisaven el requisit de l'interès públic<sup>383</sup>. Aquest país europeu disposa de dos conceptes d'utilitat col·lectiva: *'l'intérêt général'* i *'l'utilité publique'*<sup>384</sup>. En el context del complicat marc administratiu francès concorren dues administracions autònomes que aprecien la diferència, per una banda, el ministeri d'interior aplica la utilitat pública, mentre que per l'altra, el ministeri de finances usa l'interès

---

<sup>381</sup> En canvi les associacions poden tenir finalitats d'interès general o particular. La Constitució espanyola de 1978 (art. 34) no deixa espai al dubte, s'exigeix que les fundacions tinguin com a finalitat l'interès general. Amb aquesta disposició clara, es pretenia evitar la possible existència de "vinculacions privades" i "mayorazgos", de manera que s'excloïen les fundacions familiars i les de caràcter privat en el marc de protecció que oferia la Constitució. En l'Estatut d'Autonomia de Catalunya 2007, (art. 118.2) no defineix en cap sentit els fins de les fundacions, en canvi, el derogat art. 9.24 de l'Estatut anterior, sí que especificava que les fundacions havien de ser de caràcter docent, cultural, artístic i benèfic-assistencial, així com similars. En el llibre tercer del Codi Civil de Catalunya, en l'art. 331.1, s'indica que la destinació ha de ser per al "compliment de finalitats d'interès general".

<sup>382</sup> Art. 3.1 LF 50/2002: "Las fundaciones deberán perseguir fines de interés general, como pueden ser, entre otros, los de defensa de los derechos humanos, de las víctimas del terrorismo y actos violentos, asistencia social e inclusión social, cívicos, educativos, culturales, científicos, deportivos, sanitarios, laborales, de fortalecimiento institucional, de cooperación para el desarrollo, de promoción del voluntariado, de promoción de la acción social, de defensa del medio ambiente, y de fomento de la economía social, de promoción y atención a las personas en riesgo de exclusión por razones físicas, sociales o culturales, de promoción de los valores constitucionales y defensa de los principios democráticos, de fomento de la tolerancia, de desarrollo de la sociedad de la información, o de investigación científica y desarrollo tecnológico".

<sup>383</sup> Cort de Cassació de 12 de març de 1902, assumpte de l'hospici de Finestret. Cal relacionar la noció de finalitat d'interès públic francès amb l'existència del principi d'especialitat. Aquest principi està molt arrelat en dret francès, i s'utilitza en totes les persones jurídiques, el seu significat implica que la persona jurídica ha de delimitar-se en l'actuació per la qual s'ha creat. Aquest principi també s'aplica a les fundacions, que han d'acotar-se a la finalitat d'interès general i en la matèria especialment escollida pel fundador.

<sup>384</sup> X. DELSOL; B. CLAVAGNIER; A. BECQUART, "Utilité sociale, intérêt général, utilité publique", *Juris-Associations*, n. 99, 1994, pàg. 21-27.

general<sup>385</sup>. Amb la llei de 2003, es confirma que els organismes d'interès general poden, a l'igual que els organismes d'utilitat pública, beneficiar-se de les reduccions d'impostos vinculades a les operacions de mecenatge de les donacions dels particulars o de les empreses. Per ser considerat com a entitat d'utilitat pública cal seguir el procediment previst, però no existeix un procediment similar per declarar l'interès general, que administrativament, el Consell d'Estat vincula al benefici de la col·lectivitat<sup>386</sup>.

A **Itàlia**, l'art. 16 CCIIt inclou en l'acte de constitució d'una persona jurídica, la indicació “dello scopo”, i en concret, en relació a les fundacions, els criteris i la modalitat de distribució de les rendes<sup>387</sup>. La finalitat està vinculada amb la voluntat del fundador que s'estableix en els estatuts, que beneficiarà a un grup determinat. F. GALGANO assenyalava que, respecte les finalitats de les fundacions (reconegudes), sorgeix el problema de determinar el límit entre l'autonomia privada del fundador i l'abast de la finalitat. Per tant, sorgeix el dubte de si la finalitat pot ser qualsevol, s'entén que s'inclouria el ‘*profitto personale*’, o bé, de ‘*generale utilità*’. La finalitat d'utilitat pública s'interpreta, d'entre altres, en relació a l'art. 28 CCIIt, que considera com a causa d'extinció o transformació de la fundació el fet que la finalitat hagi esdevingut d'escassa utilitat<sup>388</sup>. Es distingeixen diferents grups de fundacions segons els beneficiaris de les fundacions, són grups determinats pel que fa a l'espècie (culturals, docents, d'assistència, etc.), però indeterminats pel que fa a les persones. Només trobem un grup determinat i determinable que són les fundacions familiars. Ara bé, les *fondazione di famiglia*, per

---

<sup>385</sup> No es concep de la mateixa manera la utilitat pública que l'interès general, una no implica l'altre, per això és el Codi general d'impostos que en l'art 238 bis defineix que és interès general: “(...) au profit d'oeuvres ou d'organismes d'intérêt général ayant un caractère philanthropique, éducatif, scientifique, social, humanitaire, sportif, familial, culturel ou concourant à la mise en valeur du patrimoine artistique, à la défense de l'environnement naturel ou à la diffusion de la culture, de la langue et des connaissances scientifiques françaises, notamment quand ces versements sont faits au bénéfice d'une fondation d'entreprise, même si cette dernière porte le nom d'entreprise fondatrice.” Així doncs, una fundació reconeguda d'utilitat pública no té com a conseqüència automàtica el caràcter d'interès general en el sentit de l'art. 238 bis del Codi general dels impostos.

<sup>386</sup> Vegeu: O. BINDER, *Guide juridique et fiscal du mécénat et des fondations à l'usage des entreprises et des entrepreneurs*, 3<sup>a</sup> ed., 2005, París, pàg. 91-101.

<sup>387</sup> “La ‘rendita’ designa, infatti, l'utile originato dall'amministrazione del patrimonio, che è acquisito all'ambito dispositivo della fondazione, mentre l'‘erogazione’ (e non – come è stato sottolineato - la mera utilizzazione) indica il carattere necessitato della proiezione all'esterno del risultato. (...) Produzione e destinazione del risultato individuano, dunque, momenti entrambi coerenti all'autonomia funzionale rappresentata dalla conformità al programma fondazionale, ma tra loro logicamente e temporalmente distinti e suscettibili d'autonoma considerazione.” A. ZOPPINI, *Le Fondazioni*, Napoli, 1995, pàg. 164.

<sup>388</sup> La normativa italiana del segle XIX també interpretava l'art. 699 CCIIt, sobre les substitucions de fideïcomisos, com una limitació a l'autonomia de la voluntat, de manera que només seria vàlid el negoci fundacional si la seva finalitat fos d'utilitat pública. F. GALGANO, *Personae giuridiche. Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, Bologna, 2<sup>a</sup> ed., 2006, pàg. 225 i ss.

tant, que la destinació sigui a una o més famílies (art. 28 CCIt.), seran vàlides només si la finalitat és d'utilitat pública, sempre que aquests en resultin beneficiaris segons la finalitat de la fundació<sup>389</sup>. Els fins poden ser, doncs, altruistes, però també egoistes. No obstant això, en tots els casos no poden ser lucratives, ja que la fundació s'inscriu en una forma diversa de les que es contempen en el Llibre V del *Codice civile*, de manera que si es vol actuar lucrativament s'ha d'adquirir una de les formes societàries previstes<sup>390</sup>.

Als **Països Baixos** no és necessari que les fundacions persegueixin una finalitat d'interès general, ja que és possible una finalitat que tingui beneficiaris privats, tot i això, els beneficis no poden ser distribuïts al fundador o als membres dels seus òrgans<sup>391</sup>.

En els països del *common law*, en concret a Anglaterra i Gal·les, les *charities* han de beneficiar necessàriament a la comunitat (*Beneficial to the Community*), però això no és equivalent al que s'entendria per interès general o públic, sinó que les finalitats estaven predeterminades en les quatre finalitats del preàmbul de l'antiga *Charitable Uses Act* del 1601<sup>392</sup>. Recordem que són: a) La beneficència o assistència a la pobresa (*Relief of poverty*); b) La promoció de la religió (*Advancement of Religion*); c) La promoció de l'educació (*Advancement of Education*); d) I altres objectius de beneficència per a la comunitat, que es decidiran cas per cas (*Other purposes Beneficial to the Community*). Aquests *purposes* han evolucionat i s'han adaptat a les necessitats socials de cada moment mitjançant la interpretació que la jurisprudència ha anat proporcionant<sup>393</sup>. Però no sempre ha estat possible

---

<sup>389</sup> “(...) ma beneficiari della fondazione non potranno essere i discendenti del fondatore in quanto tali, bensì solo in quanto versino in quella particolare situazione soggettiva – di indigenza, di meritevolezza in rapporto agli studi ecc.- che il negozio di fondazione abbia preso in considerazione; di modo che la conservazione del patrimonio all'interno di una data famiglia non sia, come è nel fedecommesso, lo scopo della disposizione, ma sia il mezzo per realizzare una diversa finalità socialmente utile. F. GALGANO, *Personae giuridiche. Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, Bologna, 2ª ed., 2006, pàg. 231.

<sup>390</sup> El D.P.R. 361/2000, disposa: (art. 1.2) “ai fini del riconoscimento è necessario che siano state soddisfatte le condizioni previste da norme di legge o di regolamento per la costituzione dell'ente, che lo scopo sia possibile e lecito e che il patrimonio risulti adeguato alla realizzazione dello scopo”. Per tant, en els requisits per atorgar el reconeixement de la fundació, només constarien els de la licitud de la finalitat, la suficiència del patrimoni, i la idoneïtat de la documentació precisa.

<sup>391</sup> J. SCHERPHUIS et al., “The Netherlands”, *Foundations' Legal and Fiscal Environments, Mapping the European Union of 27*, EFC, 2007.

<sup>392</sup> P. LUXTON qualifica com a ambigua l'expressió ‘public benefit’, la qual pot voler significar que les finalitats perseguides han de comportar benefici públic, necessàriament en relació amb algun dels quatre *purposes* del cas *Pemsel*; o pot voler dir que seria suficient beneficiar a una secció de la comunitat, el problema rau en la delimitació i/o amplitud d'aquesta secció o part de la comunitat, que també s'ha de relacionar amb el fi perseguit. P. LUXTON, *The law of charities*, Oxford, 2001, pàg. 171-199.

<sup>393</sup> A títol d'exemple: el “*purpose*” d'assistència a la pobresa, inclou l'ajut a tota persona que es trobi en circumstàncies especialment difícils, abraçant: malalts mentals; invidents; nens desemparats; vídues i

reconèixer una institució o *trust* com a *charitable*, ja que en ocasions els assessors jurídics no han encertat en la fixació del “*purpose*”, que malgrat ser d’interès general no es podia incloure en cap de les concepcions elisabetianes o *non-charitable*<sup>394</sup>. Per evitar futures confusions o interpretacions dirigides en un determinat sentit, en la *Charity Act de 2006* s’inclou una acuradíssima descripció i llistat del significat de “*charitable purpose*” (part. 1.2), aplicable a Anglaterra i Gal·les, i que necessàriament ha de ser “*for the public benefit*”. L’article és llarg i dividit en diferents apartats. Destaquem el segon, que exposa un llistat d’una dotzena de “*purposes*”, que serien els quatre de l’estatut d’Elizabeth més d’altres finalitats actualitzades i que es repeteixen en altres ordenaments com ara: art, cultura; protecció dels drets humans; esport *amateur*; protecció del medi ambient; drets dels animals, etc.<sup>395</sup>. Finalitza el llistat per introduir una important clàusula oberta a d’altres finalitats subjectes a l’apartat 4’, que en definitiva inclouria altres finalitats anàlogues<sup>396</sup>.

## 1.2 El control o supervisió exercit per autoritat pública

En algunes regulacions es preveu que l’administració pública actuï com a garant de la legalitat, focalitzant el control respecte el compliment de la voluntat fundacional i la utilització adequada del patrimoni destinat a la finalitat preestablerta pel fundador. Per a tal escomesa, l’autoritat, generalment administrativa, efectua el seguiment de l’actuació de les fundacions sotmeses al seu règim legal. En ocasions, és un control merament registral i previ a la

---

aturats. D’aquesta manera inclouria, adaptant-se a les noves necessitats socials, als desocupats “*poor employees*”. Cas: *Jones v. T.Eaton Co*, 1973, SCR. 635, 35 DLR (3d) 97 Supreme Court of Canada.

<sup>394</sup> Per exemple, els *trusts* destinats als pobres sempre són considerats *charitable*, però si l’objecte és pel ‘*welfare*’ o per l’interès públic no se la consideraria *charitable*. No serien mai considerats *charitable* els fins polítics, i tampoc aquells que promoguin la modificació de lleis, i per això, Amnistia Internacional no va ser reconeguda com a entitat *charitable*, així tampoc, Oxfam, que és una organització humanitària. Per contra, un *trust* esportiu no seria considerat *charitable* en principi, però sí s’inclouria, en el cas de que servís per promocionar l’esport entre els estudiants, considerant que complementa l’educació en l’escola. M. LUPOI, *Trusts*, (2<sup>a</sup> ed.), Milano, 2001, pàg. 212 i ss. D.M.W. WATERS, “The institution of the trust in civil and common law”, *RCADI*, 1995, vol. 252, pàg. 310 i ss. L. COLLINS (ed.), *Dacey and Morris on The Conflict of Laws*, vol. II, 13<sup>a</sup> ed., London, 2000, pàg. 1097. En canvi, en d’altres ocasions, la jurisprudència ha estat capaç d’incloure *purposes* que en principi no serien encabibles. Vegeu: P. LUXTON, *The law of charities*, Oxford, 2001, pàg. 111-170.

<sup>395</sup> En els posteriors apartats, es preocupa de redefinir determinats *purposes*, per exemple aclareix l’abast de la finalitat ‘religiosa’, ‘salut’, ‘esport’.

<sup>396</sup> És absolutament innovador aquest llistat introduït per llei, després de quatre segles de pràctica jurisprudencial que s’ha ocupat d’interpretar i encabir els objectius fundacionals en les finalitats de l’Estatut de 1601. El legislador anglès ha optat per acabar amb els incessants problemes que sorgien en la qualificació de *charitable* respecte a distintes institucions, com per exemple, Amnistia Internacional, i que ara, amb aquesta ampliació de conceptes legals, serà qualificada com a tal. Finalment, denotar que ha inclòs fins i tot un ‘*purpose*’ obert, com tantes altres legislacions contempen, per tal d’evitar en un futur, que necessitats noves i actualment inimaginables puguin ser encabides.

constitució, moment en què es comprova l'observació dels requisits legals/formals. En d'altres ordenaments, sobretot els nord-americans, el control es fonamenta en les normes fiscals, restant en segon terme, els requisits formals. Es distingirà, per l'estudi del control administratiu, dos apartats segons el moment en què s'executa la supervisió. Per una banda, el control previ a la formació de la fundació, aquest seria en el moment en què es dona l'efectiva validesa de la institució, distingint bàsicament entre un sistema de concessió *versus* un sistema reglat o de condicions normatives. I, posteriorment, quan la fundació ja està reconeguda legalment, i els controls es fonamenten en els comptes anuals, auditories, informes, i en cas d'irregularitat en el seu funcionament, de responsabilitat dels administradors i/o els patrons. Comprovarem que coexisteixen a Europa diferents graus de control i intervencionisme públic, tots ells però, coincideixen en recórrer en última instància a la via judicial.

Per al nostre estudi internacionalprivatista, és interessant conèixer l'abast i les diferències existents d'un ordenament a un altre en relació a l'actuació administrativa, ja que sorgeixen dubtes, davant situacions litigioses en què una fundació actua en més d'un territori, respecte el sotmetiment al control o supervisió de diverses administracions. La naturalesa pròpia de la figura de la fundació que, en general, es fonamenta com a institució privada però sotmesa a l'autoritat pública, topa amb la necessitat de determinar la potestat que gaudeix una administració pública respecte una entitat privada constituïda pel dret privat d'un altre ordenament. En principi, no hi hauria dubte que serien competents els òrgans judicials de l'Estat on es troba l'Administració actora<sup>397</sup>. Ara bé, en un pla plurilegislatiu (interregional o europeu), sorgeixen els dubtes de l'abast competencial que una administració pública pugui exercir respecte una fundació constituïda per una llei de dret privat diferent a la pròpia, tant respecte l'obligació d'adaptació d'estatuts o la quantia de la dotació inicial, com en un moment posterior, l'exigència de requisits comptables. Estaríem d'acord de l'existència de normes imperatives, aplicables a totes les fundacions amb independència del seu origen, respecte les activitats desenvolupades en un territori i l'obligació de la seva observació. Ara bé, no és tan senzill quan la norma imperativa afecta a una norma de dret privat que altera l'estatut personal de la fundació. Es reprendrà l'estudi

---

<sup>397</sup> M. GARDEÑES SANTIAGO, *Las fundaciones en derecho internacional privado español*, Madrid, Eurolex, 2003, pàg. 144-145. Al tractar-se de qüestions administratives es dona la correlació entre *forum i ius* en l'àmbit del Dret públic, i serà la jurisdicció de l'Estat del qual depengui l'autoritat autora de l'acte administratiu la que hagi de conèixer de les accions d'impugnació. Si que en ocasions els tribunals poden tenir en compte determinats elements d'un dret públic estranger, p.ex. quan a títol incidental s'ha de comprovar la validesa de la constitució d'una fundació segons el dret estranger quan requereix autorització administrativa prèvia.

d'aquestes qüestions en la segona part, però, avancem que en els supòsits de trànsit internacional, és imprescindible la col·laboració o cooperació de les administracions públiques, siguin fiscals o judicials, o dels ens *sui generis* (*charity commission*). Aquesta cooperació ha de garantir transparència i rigor en el compliment de la voluntat fundacional, per tant, en la consecució d'uns fins d'interès general, als quals s'hi ha destinat un patrimoni inicial, que generalment augmenta per la contribució ciutadana a qui s'ha de garantir, en última instància, la legalitat de tot el projecte fundacional.

### 1.2.1 Control previ: acte de constitució per reconeixement públic

El fet que les fundacions actuïn en matèries generalment reservades a l'Estat social, és la característica que comporta que les fundacions coincideixin en el mateix marc d'actuació que les institucions públiques. És precisament aquesta raó la que justifica la intervenció dels ens públics en l'establiment de quins són els fins o objectius que beneficien a la societat o una part d'aquesta. També, respecte el control del procediment de constitució, en alguns ordenaments amb previsions molt estrictes de forma que precisen d'autorització per part d'un òrgan públic, i en d'altres, sense quasi requisits legals i formals. En dret comparat, a resultes de l'evolució històricolegal que s'ha exposat, els sistemes previstos en els ordenaments jurídics per a la constitució d'una fundació es dividirien en: sistemes de lliure constitució (Suècia, Dinamarca), sistemes de concessió discrecional (França, Grècia); aprovació per òrgan administratiu sense poder discrecional, reglat o normatiu (Alemanya, Espanya, Finlàndia, Eslovènia); per inscripció registral (Suïssa, República d'Estònia, Hongria, Polònia, República Txeca); control per via notarial (Països Baixos; Bèlgica)<sup>398</sup>.

En el dret **espanyol**, la fundació adquireix personalitat jurídica en el moment de la seva inscripció, per això es considera que és un registre constitutiu, ara bé, el control de la legalitat i viabilitat de la fundació la du a terme un òrgan administratiu, el ' Protectorat '. Abans d'aquest control de legalitat, mereix apuntar que la llei preveu el cessament automàtic dels patrons en cas que incompleixin el registre de la fundació en el termini de sis mesos des de la seva constitució (art. 18.2.f) i 35.2 LF 50/2002). Durant l'interval de temps que passa des del moment de l'atorgament de la carta fundacional fins a la seva inscripció registral, estariem davant del que la mateixa llei ha previst com a ' fundació en formació ' (art. 13 LF

---

<sup>398</sup> Vegeu: K.J. HOPT; W.R. WALZ; T. VON HIPPEL; V. THEN (eds.), *The European Foundation. A New Legal Approach*, Verlag Bertelsmann Stiftung, Gütersloh, 2006, pàg. 110-113.

50/2002)<sup>399</sup>. Per al cas que els patrons exhaureixin el termini establert per a formalitzar la inscripció, actua el cessament automàtic dels patrons, els quals respondran solidàriament de les obligacions concretes en nom de la fundació i dels possibles perjudicis ocasionats per la no inscripció. El Protectorat, davant d'aquesta situació comunicarà el cessament i nomenarà nous patrons, prèvia autorització judicial<sup>400</sup>.

Un cop es sol·licita el registre de la fundació, el Protectorat té la competència d'analitzar la idoneïtat dels fins i la suficiència de la dotació, a través d'un informe (art. 35.1.a LF 50/2002)<sup>401</sup>. Aquesta competència és preceptiva i vinculant per al Registre de fundacions, estariem davant d'un sistema reglat de reconeixement, amb una connotació de concessió<sup>402</sup>. Segons el Reglament del Registre de competència estatal (2008), es sol·licitarà al Protectorat, un cop classificada la fundació, i sempre en relació a la primera inscripció, l'emissió de l'informe sobre la idoneïtat dels fins i sobre l'adequació i suficiència dotacional, reafirmant el mandat de la llei de 2002. A més a més, però, afegeix la possibilitat que l'encarregat del Registre sol·liciti també un informe (no vinculant) sobre l'adequació a la normativa vigent dels estatuts de la fundació que pretengui la inscripció<sup>403</sup>. Així mateix, el Registre de fundacions, comprovarà el compliment

---

<sup>399</sup> *Vid.* part I, cap. II, apartat 1.1.1.

<sup>400</sup> La mesura pretén ser una garantia a l'efectiva inscripció de la fundació, que condiona en cas d'incompliment conseqüències negatives al patró, que ha suscitat certes crítiques: “ (...) A mi modo de ver, establecer una responsabilidad objetiva en estos casos es una sanción excesiva (...) hubiese bastado con establecer una presunción *iuris tantum* de responsabilidad, de forma que si los patronos, que recordemos actúan de forma gratuita, prueban que, pese a no instar la inscripción en el plazo establecido, han obrado con la diligencia debida puedan evitar su responsabilidad por las obligaciones contraídas en nombre de la fundación y por los perjuicios que cause la falta de inscripción. (...) asumirán solidariamente las obligaciones contraídas en nombre de una fundación, lo cual es propiamente una sanción por el retraso en la solicitud.” F. MORILLO GONZÁLEZ, “Capítulo 6: Constitución de la fundación”, BENEYTO PÉREZ, J.M. (dir.), *Tratado de Fundaciones*, Bosch, 2007, vol. I, pàg. 350; 351. La responsabilitat s'exigirà davant la jurisdicció civil (Jutjat de primera instància del domicili de la fundació, art. 43.3 LF), instat pel Protectorat o pel fundador si no és patró.

<sup>401</sup> Art. 34 Ley 50/2002, “El protectorado velará por el correcto ejercicio del derecho de fundación y por la legalidad de la constitución y funcionamiento de las fundaciones. (...)” Art. 35.1 “Son funciones del Protectorado: a) Informar, con carácter preceptivo y vinculante para el Registro de Fundaciones, sobre la idoneidad de los fines y sobre la suficiencia dotacional de las fundaciones que se encuentren en proceso de constitución, de acuerdo con lo previsto en los artículos 3 y 12 de la presente Ley”

<sup>402</sup> Tal mesura ha estat criticada per considerar que aquesta comprovació la podria exercir el mateix registrador sense necessitat d'informe previ i vinculant del Protectorat. La llei de fundacions de 2002, ha mantingut el sistema previst en la llei de 1994, i la polèmica ha subsistit. A favor de tal informe previ emès pel Protectorat, Pau Padrón, el qual diferencia les competències del Protectorat de les del Registre, mentre que Piñar Mañas opina el contrari, esgrimint que el Protectorat podria utilitzar diferents criteris afectant la seguretat jurídica amb resultats discordants. H PÉREZ CASTAÑO, “Capítulo 7: La personalidad jurídica del a fundación”, BENEYTO PÉREZ, J.M. (dir.), *Tratado de Fundaciones*, Bosch, 2007, vol. I, pàg. 385; 395. *Vid.* part I, cap. I, apartat 1.3.2 (Espanya).

<sup>403</sup> Art. 28.1 i art. 31.3. Reglament del Registre de fundacions de competència estatal.

dels requisits legals, en concret respecte l'escriptura de constitució i els estatuts (art. 4.1 i 10 LF 50/2002)<sup>404</sup>.

A Espanya hi ha pluralitat de protectorats i de registres, repartits territorialment segons si la Comunitat Autònoma ha regulat amb una llei pròpia tals institucions. Les fundacions es sotmetran al control previ (i posterior) del protectorat on hagi d'actuar principalment la fundació, territori on tindrà el seu domicili, que haurà de coincidir amb el lloc on es situï la seu de direcció (patronat), o el lloc principal d'actuació (art. 6 LF 50/2002)<sup>405</sup>.

El procediment **francès** de reconeixement d'una fundació no disposa d'una normativa específica i s'aplica, per extensió, el reconeixement d'utilitat pública de les associacions (*décret du 16 août 1901*). El dossier de sol·licitud<sup>406</sup> s'adreça a l'administració, o bé, al prefecte del departament territorial de la seu de la fundació que el traslladarà després de controlar els documents aportats, al ministre d'Interior; o bé, directament al '*Bureau des Groupements et Associations du ministère de l'Intérieur*', a París. L'administració analitza els dossiers en base a uns principis: d'especialitat (respecte l'objecte estatutari i els mitjans d'acció previstos)<sup>407</sup>; de perennitat (s'exigeix la dotació suficient); d'independència (respecte els consells d'administració i control, així com l'estructura financera). Realitzat el control administratiu respecte la viabilitat es transmet al Consell d'Estat, s'inicia l'examen interministerial i es dicta el decret, favorable o

---

<sup>404</sup> Vegeu el seu desenvolupament en el Real Decreto 1611/2007, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de fundaciones de competencia estatal, (BOE núm. 17, 19.1.2008).

<sup>405</sup> Caldrà atendre a cada normativa autonòmica respecte l'atribució de personalitat jurídica de les fundacions, el seu registre i la necessitat preceptiva i vinculant d'un informe favorable del protectorat corresponent. Per exemple: sí s'exigeix tal informe segons la normativa basca; no s'exigeix, segons la normativa catalana, ja que el control de legalitat i dels requisits s'efectua en el procediment de registre; mentre que en la legislació navarresa és suficient la simple voluntat del fundador (lliure constitució), malgrat que per obtenir els beneficis fiscals s'exigeix el registre. *Vid.* part II, cap. IV, apartat 1.

<sup>406</sup> Els documents que formen aquest dossier, resumidament serien: la sol·licitud de reconeixement d'utilitat pública; descripció del fi perseguit; acte autèntic de la dotació inicial; el projecte de pressupost per als tres primers exercicis; l'estatut de la fundació; el llistat dels membres d'administració i de control i les seves dades.

<sup>407</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, 1996. *Principe de spécialité*: "Principe inhérent à la nature des personnes morales, suivant lequel les activités de celles-ci sont limitées aux domaines et objets en vue desquelles elles ont été créées; règle qui limite la capacité ou la compétence de les personnes aux actes correspondant aux finalités en vue desquelles elles ont été instituées". Estan sotmeses a aquest principi totes les persones jurídiques que consisteix en delimitar l'objecte a la finalitat escollida. Es critica el compliment estricte d'aquest principi ja que, arrel de la seva aplicació, la fundació no pot tenir diferents camps d'actuació, així com, pot trobar-se estancada en una finalitat concreta que esdevingui obsoleta. Apunta GOBIN, que tot i l'aplicació del principi, a la pràctica hi ha mecanismes per escollir una finalitat d'interès general àmplia susceptible d'englobar diferents activitats. A. GOBIN, "Les fondations", E. ALFANDARI (dir.); P.H. DUTHEIL (coord.), *Associations*, Dalloz Action, n° 5460 à 5949, Paris, 2000, pàg. 946. *Vid.* part I, cap. II, apartat 1.1.3 (França).



desfavorable. La publicació d'aquest decret, fins l'any 2003, podia trigar fins a tres anys, actualment però, s'ha reduït el termini a sis mesos<sup>408</sup>. En el moment que entra en vigor el decret de reconeixement d'utilitat pública de la fundació, aquest es publica al *Journal Officiel*, moment en què la fundació obté l'estatus d'utilitat pública, s'aproven els seus estatuts, s'autoritza a la fundació a acceptar la liberalitat que li ha estat atribuïda, i gaudeix de personalitat jurídica<sup>409</sup>.

El sistema **italià** preveu el reconeixement, que és el procediment pel qual la fundació adquireix personalitat jurídica. En l'anterior art. 12 del *Codice civile*, abans de la derogació l'any 2000, preveia el "*riconoscimento concesso con decreto del Presidente della Repubblica*"<sup>410</sup>, el qual provocava les crítiques de la doctrina, per ser un procediment llarg, difícil i oneros, herència de la desconfiança dels segles anteriors, i ineficaç en les necessitats actuals<sup>411</sup>. Les demandes i propostes de modificació i simplificació del procediment de reconeixement de les persones jurídiques privades varen ser finalment escoltades pel legislador italià. Actualment el reconeixement esdevé mitjançant la inscripció en el registre, per tant, la inscripció es configura com una forma de publicitat constitutiva (similar a la prevista per les societats de capital art. 2331 CCIt.). La competència registral, està descentralitzada, de manera que correspon a una determinada regió o departament de governació (*Prefettura*). Actualment, és l'*Uffici territoriali del Governo*, segons el territori on desenvolupi les seves activitats la fundació, i segons

---

<sup>408</sup> La durada dels terminis de publicació del decret favorable a la constitució d'una fundació era una altra de les causes, apuntades per la doctrina francesa, que provocava la desídia a l'hora d'optar per crear una fundació a França. Aquesta crítica també va ser recollida per un informe del mateix *Conseil d'Etat*, que proposava l'al·leugeriment del procés de creació de les fundacions. V.A., "Rendre plus attractif le droit des fondations", *Collection Études et documents Conseil d'Etat. La documentation française*, Paris 1997. Propòsit que ha recollit el legislador francès i que planteja el canvi per via reglamentària, de manera que el procés interministerial de l'examen de demanda tingui una durada màxima de sis mesos, deixant així enrere la mitjana de 18 mesos (decret de 1 d'abril de 2003). L'opinió interministerial ha de ser comunicada al ministeri d'Interior en un termini de dos mesos; si l'informe del Consell d'Estat és favorable el trameten al ministre d'Interior i després el Primer ministre, aquests signen el decret de reconeixement d'utilitat pública (són els únics que tenen competència per fer-ho), tot i que l'informe del Consell d'Estat no és vinculant. En cas de ser refusada la utilitat pública, cabria recurs administratiu.

<sup>409</sup> O. BINDER, *Guide juridique et fiscal du mécénat et des fondations à l'usage des entreprises et des entrepreneurs*, 3<sup>a</sup> ed., 2005, Paris, pàg. 139 i ss.

<sup>410</sup> En el redactat del derogat article 12 del *Codice civile* es preveia que les fundacions i la resta de persones jurídiques privades adquirien la personalitat jurídica mitjançant el reconeixement atorgat per Decret del President de la República, i quan l'ens desenvolupava la seva activitat en l'àmbit d'una província el Govern podia delegar als Presidents del Consell Regional (*prefetti*) la facultat de reconèixer-les amb un decret. D.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361 recante norme per la semplificazione dei procedimenti di riconoscimento di persone giuridiche private e di approvazione delle modifiche dell'atto costitutivo e dello statuto.

<sup>411</sup> "Il sistema concessorio incarna, infatti, nella sua concezione originaria una delle espressioni più piene dello stato di polizza del diciannovesimo secolo- poi fatto proprio dal legislatore corporativo-, perché la personificazione si collocava all'esito di un procedimento imponderabile e inappellabile della pubblica amministrazione." A. ZOPPINI, *Le Fondazioni*, Napoli, 1995, pàg. 161. Vegeu també: G. PAGLIARI, *Le fondazioni bancarie*, Milano, 2004, pàg. 51 i ss.

si les matèries són competència de la regió<sup>412</sup>. La inscripció, segons G. PAGLIARI, és un acte debut i vinculat, fonamentat exclusivament en la verificació de la legalitat de la constitució de l'ens, de la licitud de la finalitat i de l'adequació del patrimoni. L'Autoritat pública ha de limitar-se a verificar la legalitat, per tant, s'hauria passat del procediment de concessió a un procediment declaratiu. Segons el mateix autor, la reforma de 2000: "... representa una important acceleració del procés d'adequació de la disciplina codicista a la constitucional (...)." <sup>413</sup>. En un termini de cent vint dies, el prefecte procedirà a la inscripció de la fundació en el registre de persones jurídiques. Per a qualsevol modificació de l'acte constitutiu i dels estatuts també s'ha d'aprovar per la mateixa autoritat competent seguint el mateix procediment exposat<sup>414</sup>.

Als **Països Baixos**, no es preveu cap control judicial ni administratiu per a la constitució d'una fundació, sinó que simplement cal una acta notarial per a la constitució d'una fundació, i en aquesta es comprova que es compleixen els requisits legalment establerts. Posteriorment, aquest acte s'inscriu en el Registre<sup>415</sup>. Es planteja el dubte de si l'acció del notari de comprovació dels requisits sigui un control previ similar als que efectuen les institucions públiques, ja que en molts ordenaments es preveu la necessitat d'una acta notarial per constituir una persona jurídica, acte que, òbviament, el notari també dóna fe de la seva legalitat. S'ha de tenir present que als Països Baixos no es regula per protegir, ni per prevenir, sinó que es regula el que es necessita i el que es pretén aconseguir. Aquesta actitud legislativa es basa en la visió idealista de la societat plural i tolerant, amb la interferència mínima de burocràcia<sup>416</sup>.

A **Anglaterra i Gal·les**, les *charitable companies* estan subjectes, respecte a la seva constitució i registre, a la llei dedicada a societats (*Companies Acts*), i els *charitable trust*, es constitueixen sense cap permís legal previ. Però en molts casos, seran registrades per la "*Charity Commission*" entitat que té al seu càrrec el Registre de *Charities*. Així, les *charities* que tinguin finalitats *charitables* s'hi hauran de registrar si

---

<sup>412</sup> Art. 7 D.P.R. 361/2000. *Vid.* part I, cap. II, apartat 1.3.2 (Itàlia).

<sup>413</sup> G. PAGLIARI, *Le fondazioni bancarie*, Milano, 2004, pàg. 55.

<sup>414</sup> M.E. DI GIANDOMENICO; D. FESTA, *Consorzi, fondazioni e trust*, Maggioli Ed., 2005, pàg. 256-257. En el mateix sentit, vegeu les reflexions de F. GALGANO, *Personae giuridiche. Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, Bologna, 2<sup>a</sup> ed., 2006, pàg. 158-189. Ara bé, el reconeixement d'una fundació (o una associació) no té eficàcia constitutiva, com sí succeeix amb les societats mercantils. Recorda F. Galgano, que les associacions i les fundacions poden existir jurídicament, en defecte de reconeixement, serien les 'fondazioni non riconosciute'. *Vid.* part I, cap. I, apartat 1.1.1.

<sup>415</sup> Art. 2:286; 2:289 BW

<sup>416</sup> B.M. GOUWENBERG; C.E VAN DER JAGT; TH.N.M. SCHUYT, "Netherlands", H.K. ANHEIER; S. DALY (eds.), *The Politics of Foundations*, Routledge, 2007, pàg. 242.

volen ser considerades com a tals i així beneficiar-se de les prerrogatives fiscals (hi ha llistat de *charities* exemptes de registre). El paper de la *Charity commission* en aquest registre és de simple control que la *charity* persegueix una finalitat *charitable* (les possibilitats són molt amplies), per altra banda, es comprova que la constitució s'hagi fet segons la llei. És un control, però, declaratiu, no constitutiu. Procuren, doncs, garantir la integritat de les *charities*, en concret determinar si l'organització satisfà els requisits legals per ésser qualificada com a *charitable*, i en cas afirmatiu, registrar-la al registre de la *Charity commission*. S'ha plantejat en els darrers temps l'oportunitat que les *charities* haguessin de complir amb algun requisit obligatori per confirmar la capacitat de que disposen. En contra de tal argument, R. FRIES considera que qualsevol hauria de tenir dret d'iniciar una activitat de voluntariat, en concret de *charity*: "Fins ara la supervisió i el control que la Comissió ofereix és considerat com un control suficient sobre les persones que mostren un entusiasme superior a la seva competència; seria inoportú per a una institució del Govern com és la *Charity Commission*, tot i ser independent, racionar la concessió de l'estatut de *charitable*. Certament hi ha temors que apunten el fet que l'absoluta llibertat de constitució d'una *charity* signifiqui duplicació i proliferació. El nostre punt de vista és que la millor aproximació sigui l'augment dels estàndards i de la responsabilitat"<sup>417</sup>.

### 1.2.2 Control posterior

És una pràctica admesa en la majoria dels ordenaments jurídics que un ens administratiu o tribunal controli la legalitat de les fundacions (ens centrem en les que persegueixen fins d'interès general o *charitable*); el desenvolupament de les seves activitats concordades amb el fi fundacional i; la conservació del seu patrimoni<sup>418</sup>. Existeix el control tributari respecte les fundacions que es beneficien de les exoneracions fiscals, executada per l'autoritat pública tributària de cada Estat, qüestió que no s'analitzarà.

---

<sup>417</sup> R. FRIES, "Le associazioni filantropiche e la charity commission", G.P. BARBETTA; C. SCHENA, *Regolazione e controllo sulle organizzazioni non profit*, Il Mulino, Bologna, 2000, pàg. 64-65.

<sup>418</sup> Com indica PUIG I FERRIOL, entre d'altres: "Pel fet d'ésser la fundació una persona jurídica que necessàriament ha de complir un interès general, s'imposa establir una vigilància o control sobre els òrgans de govern i direcció de la persona jurídica, amb la finalitat de fiscalitzar si les activitats de la fundació s'orienten al compliment dels interessos generals previstos pel fundador." LL. PUIG I FERRIOL "Persones jurídiques", LL. PUIG I FERRIOL; E. ROCA I TRIAS, *Institucions del dret civil de Catalunya. Dret de la persona i dret de família*, vol. II, Tirant lo Blanch, València, 1998, pàg. 243. R. ENTRENA CUESTA, en el pròleg de la obra de M.A. Cabra De Luna, "Función de la Administración será la de velar eficazmente (art. 103.1 CE) por el cumplimiento por aquéllas de los fines a que en cada caso se enderezan, evitando su conversión en marco jurídico neutro y polivalente que enmascare su utilización fraudulenta para fines ajenos a la razón de su existencia, que son, precisamente, los que justifican su protección por el legislador." M.A. CABRA DE LUNA, *El tercer sector y las fundaciones de España hacia el nuevo milenio*, Madrid, 1998, pàg. XVI.

El patrimoni de la fundació, que és susceptible d'augmentar, i que en tot cas s'ha de conservar, produeix unes rendes que obligatòriament es destinen a l'activitat que realitza la fundació en la consecució del fi filantròpic. Aquestes són les activitats finalístiques, és a dir, l'acompliment del fi fundacional. Però, a més, hi ha els fins medials, que són les activitats destinades a recaptar ingressos; l'economia accessòria (activitats que es remuneren, participacions en accions, etc.) i també; la gestió de fons especials<sup>419</sup>. Hi ha una doble activitat, i correlativament hi pot haver un doble control a partir de l'existència de la fundació:

- Respecte el compliment de la finalitat<sup>420</sup>;
- Respecte les activitats que es duen a terme, el control de comptes, supervisió de pressupostos, memòries d'activitats, balances socials, etc.

La supervisió o control públic del compliment de la finalitat i de la seva legalitat en el desenvolupament de la seva actuació, varia en el mecanisme i de titular, segons l'ordenament jurídic. Pot ser un control administratiu, realitzat per un òrgan administratiu independent i amb competència específica en la matèria, (per exemple a Espanya i a les Comunitats Autònomes, existeix el Protectorat; a Anglaterra i Gal·les el *Charity Commissioners*) o per l'autoritat ministerial o administratiu general (a França l'exerceix el Govern; a Alemanya pels ministeris o per òrgans administratius dels Estats federals); o judicial, *ex officio* o a instància de part (Països Baixos). Hi ha ordenaments jurídics que preveuen una altra possibilitat de control, consistent en la creació d'un òrgan privat de control dins de la mateixa fundació, similar al sistema dual d'estructura de societats, restant sempre oberta la possibilitat d'acudir als tribunals. Aquest esquema dual, el segueixen els ordenaments d'Alemanya, Països Baixos, Suïssa, França (en aquest cas, en l'òrgan de control hi ha membres de l'Estat), Itàlia (en les fundacions bancàries s'exigeixen tres òrgans: direcció, control i estratègic)<sup>421</sup>. Es comprovarà posteriorment quan es presentin les dues propostes d'Estatut de Fundació

---

<sup>419</sup> Utilitzem la diferenciació de la doble activitat fundacional: la finalística i la medial, de F. BADOSA COLL, "Les fundacions", F. BADOSA (dir.), *Manual de Dret Civil Català*, Barcelona, 2003, pàg. 173.

<sup>420</sup> Per exemple, si es pretén modificar la finalitat de la fundació establerta en els estatuts, en molts ordenaments es preveu el control d'autoritats públiques/administratives, en general: Dinamarca, Finlàndia, Alemanya, Grècia, Itàlia, Països Baixos (quan no ho preveuen els estatuts), Noruega, Eslovènia, Espanya, Suècia, França (requereix autorització expressa del govern), Anglaterra i Gal·les, cada regulació té característiques pròpies. Per contra, es poden modificar els estatuts pel mateix òrgan de direcció o pel fundador, quan hi ha l'autorització expressa en els estatuts, sense cap control exterior: Àustria, Liechtenstein, Països Baixos, Bèlgica (fundacions privades), Hongria. K.J. HOPT; W.R. WALZ; T. VON HIPPEL; V. THEN (eds.), *The European Foundation. A New Legal Approach*, Verlag Bertelsmann Stiftung, Gütersloh, 2006, pàg. 261 i ss.

<sup>421</sup> K.J. HOPT; W.R. WALZ; T. VON HIPPEL; V. THEN (eds.), *The European Foundation. A New Legal Approach*, Verlag Bertelsmann Stiftung, Gütersloh, 2006, pàg. 181 i ss.

Europea, com una es decanta per constituir una autoritat de control independent/administrativa, amb un òrgan de direcció de la fundació (monisme), mentre que l'altra proposta, més germànica, prefereix l'opció d'incloure un òrgan de control privat i independent dins de la mateixa fundació, paral·lel a l'òrgan de direcció (dual)<sup>422</sup>.

Les prerrogatives de control atorgades als instituts públics, sovint implica la limitació de la capacitat jurídica de les fundacions en la realització de determinats actes, com per exemple, respecte l'acceptació d'una donació o d'una herència, que en alguns ordenaments requereix l'autorització administrativa<sup>423</sup>, o bé, respecte l'alienació de béns i drets de la fundació, o per modificar els estatuts o liquidar la fundació. En moltes ocasions hi ha el deure d'informació, sobretot respecte els comptes anuals i/o memòries d'activitats<sup>424</sup>. Respecte els comptes anuals i/o els llibres comptables, i l'informe d'activitats acostumen a ser supervisats per les autoritats en la majoria d'ordenaments jurídics<sup>425</sup>, de vegades es precisa d'auditories externes<sup>426</sup>.

Darrerament, però, el paper de l'Administració adquireix en algunes legislacions, i en d'altres es reafirma, un altre rol llunyà al supervisor i coercitiu, que es basaria en l'assessorament i promoció de l'activitat fundacional. Aquesta és una característica importada dels sistemes del *common law*, i propugnada, com veurem, en les recomanacions de la Comissió europea.

A **Espanya** es combina el control per part d'un òrgan de l'administració pública, amb la intervenció judicial. El protectorat (*proteccionado*), és l'òrgan administratiu que exerceix el control públic sobre les fundacions, en concret, la seva legalitat i en especial vetllen pel compliment del mandat constitucional de dedicar-se a

---

<sup>422</sup> *Vid.* part III, cap. III, apartat 2.2.5.

<sup>423</sup> Així, per exemple, succeeix a França, Luxemburg, Bèlgica, i en algunes províncies alemanyes. La mesura de control pot ser a posteriori amb l'obligació d'informació, cas espanyol.

<sup>424</sup> Exigeixen informes anuals i comptables: França, Alemanya, Polònia, Anglaterra i Gal·les, Espanya. K.J. HOPT; W.R. WALZ; T. VON HIPPEL; V. THEN (eds.), *The European Foundation. A New Legal Approach*, Verlag Bertelsmann Stiftung, Gütersloh, 2006, pàg. 250 i ss.

<sup>425</sup> Àustria, Bulgària, República Txeca, Dinamarca, França, Alemanya, Eslovènia, Espanya, Suècia, Itàlia, Suïssa, Xina, Anglaterra i Gal·les quan la renda sobrepassa determinada quantia. K.J. HOPT; W.R. WALZ; T. VON HIPPEL; V. THEN (eds.), *The European Foundation. A New Legal Approach*, Verlag Bertelsmann Stiftung, Gütersloh, 2006, pàg. 197 i ss.

<sup>426</sup> És obligada l'auditoria externa: França, Noruega, Xina, Àustria en fundacions privades, Dinamarca en fundacions d'empresa, Finlàndia, Suècia. En altres ordenaments només es precisa l'auditoria externa en determinades situacions: Bulgària, Anglaterra i Gal·les, Espanya, Suïssa. K.J. HOPT; W.R. WALZ; T. VON HIPPEL; V. THEN (eds.), *The European Foundation. A New Legal Approach*, Verlag Bertelsmann Stiftung, Gütersloh, 2006, pàg. 207.

l'interès general<sup>427</sup>. Les fundacions estan sotmeses també a obligacions comptables, s'hauran de presentar els comptes anuals de cada exercici econòmic al Protectorat, el qual controla l'efectiu compliment dels fins fundacionals i verifica si els recursos econòmics de la fundació han estat aplicats a aquests fins, a més, segons el volum d'actiu i d'ingressos de la fundació, estan sotmeses a auditoria externa<sup>428</sup>. El Protectorat, també exerciria la tutela sobre les fundacions, protegint-les i fomentant-les. Aquest darrer aspecte, va ser un dels discutits i reclamats en l'elaboració de la nova llei de fundacions de 2002<sup>429</sup>, que finalment es va aconseguir plasmar en el text, si bé parcialment, que tenia com a objectiu últim trencar amb la tradicional concepció d'òrgan exclusivament fiscalitzador. Per això, en l'exposició de motius de la Llei 50/2002, el legislador manifesta aquest desig com un dels tres objectius de la nova regulació:

“ (...) reduir la intervenció dels poders públics en el funcionament de les fundacions. Així s'ha substituït en la major part dels casos l'exigència d'autorització prèvia d'actes i negocis jurídics per part del protectorat, per la simple comunicació al mateix acte o negoci realitzat, amb l'objecte de poder ser impugnat davant la instància judicial competent si el considera contrari al dret, i eventualment, exercitar accions legals contra els patrons responsables.”

Per tant, sembla que hi ha un intent d'evitar al màxim la intervenció dels poders públics en la vida de la fundació<sup>430</sup>, actuant de forma preventiva en el control

---

<sup>427</sup> En la Sentència del TC 49/1988, de 22 de març (FJ 5è): “La fundación nace de un acto de disposición de bienes que realiza el fundador, quien los vincula a fines de interés general. Tanto la manifestación de voluntad como la organización han de cumplir los requisitos que marquen las leyes, las cuales prevén, además, un tipo de acción administrativa, el Protectorado, para asegurar el cumplimiento de los fines de la fundación y la recta administración de los bienes que la forman”. *Vid.* part I, cap. I, apartat 1.4.

<sup>428</sup> La LF 2002 preveu l'obligació de presentar un 'pla d'actuació' per part del Patronat al Protectorat en els tres últims mesos de cada exercici, on es reflectiran els objectius i activitats que es prevegin desenvolupar durant l'exercici següent. Aquesta pla d'actuació, malgrat no tenir naturalesa pressupostària s'ha vist contradita per les disposicions del Reglament de fundacions de competència estatal de 2005. Vegeu: I. PEÑALOSA ESTEBAN, “Principales obligaciones contables y fiscales”, V.A., *Las fundaciones*, Colex, 2006, espec. pàg. 67-72; J.A. CAJIGAL MORALES, “Planificación de actividades”, V.A., *Las fundaciones*, Colex, 2006, pàg. 121-146.

<sup>429</sup> “En conclusión, el nuevo rol del Protectorado (*es refereix a la llei de 1994*) ha de estar más centrado en el asesoramiento (función facilitadora) e impulso (función promotora o de publicidad y fomento) de las fundaciones que en el desarrollo de actividades de fiscalización y control, que deben ser mínimas y vertebradas en los aspectos fundamentales (garantía de legalidad, cumplimiento de fines de interés general, rendición de cuentas y ejercicio provisional de las funciones del Patronato, si por cualquier motivo faltasen todas las personas llamadas a integrarlo), concretadas en el ejercicio de potestades administrativas *a posteriori*, frente a las tradicionales de autorización *a priori*, basadas en un concepto de las fundaciones como entidades capitidismuidas, hoy afortunadamente en regresión, en todo caso sometidas al control judicial.” M.A. CABRA DE LUNA, *El tercer sector y las fundaciones de España hacia el nuevo milenio*, Madrid, 1998, pàg. 260.

<sup>430</sup> Per exemple, continua essent necessari presentar al Protectorat els comptes anuals i aquest després d'examinar-los els inscriu en el registre de fundacions (art. 25.7), per contra, en la modificació dels Estatuts de la fundació, només caldrà informar al protectorat (art. 29.4).

d'idoneïtat prèvia a la seva constitució, i actuant *a posteriori* i només excepcionalment en cas de vulnerar alguna normativa. S'atorga al Protectorat la legitimitat per exercir les accions de responsabilitat pels danys i perjudicis que causin els patrons, així com, instar davant l'autoritat judicial el cessament d'aquestos (art. 35.2 i 17.2 LF 50/2002); si s'adverteix il·licitud penal, el Protectorat traslladarà una resolució motivada al Ministeri Fiscal (art. 35.3 LF 50/2002); està legitimat per executar una intervenció temporal de la fundació, si el patronat no adopta les mesures necessàries per corregir les irregularitats, prèvia autorització judicial (art. 42 LF 50/2002). Les accions de control i suplència del Protectorat, es troben sotmeses a les lleis administratives (respecte l'acció de responsabilitat), o bé, amb requeriments previs judicials. La necessitat d'autorització judicial, es confirma en el Reglament sobre fundacions de competència estatal (2005)<sup>431</sup>. D'altres Protectorats de diverses Comunitats Autònomes han palesat la necessitat d'agilitzar alguns tràmits administratius, així com, incrementar l'exercici de control sobre el compliment de les obligacions dels patrons respecte la fundació i respecte al propi Protectorat. Es detecta, per una banda, l'incompliment de presentació de comptes anuals, informes, o canvis de patrons, entre d'altres obligacions, i per altra banda, recents intervencions judicials a fundacions han propiciat un cert temor dels ciutadans (donants, beneficiaris, voluntaris) de les fundacions, així com de la pròpia administració, que ha propiciat la necessària reforma de les funcions del Protectorat<sup>432</sup>.

Per altra banda, el legislador espanyol en l'art. 35 LF 50/2002, en que es detallen les funcions del Protectorat, introdueix funcions d'informació amb caràcter

---

<sup>431</sup> Art. 48 Reglamento de fundaciones de competencia estatal (RD 1337/2005 de 11 de noviembre).

<sup>432</sup> Un exemple seria el Decret 100/2007, de 19 de juny, pel que s'aprova el Reglament del Protectorat de Fundacions del País Basc (BOPV n. 188 ZK, 28.9.2007), en el qual s'estableix una innovadora regulació de les funcions del Protectorat sobre verificació d'activitats de les fundacions que pretén ser respectuosa amb la seva autonomia de funcionament, però alhora eficaç amb la salvaguarda de l'interès general al qual les fundacions estan afectades. A Catalunya, es preveu un esborrany d'avantprojecte de Llei de l'exercici de les funcions del protectorat sobre fundacions i associacions declarades d'utilitat pública, que inclouria sancions administratives pecuniàries per tal de garantir el compliment de tràmits administratius, sense necessitat d'assistir a instàncies judicials (p.ex. per la no presentació d'uns comptes anuals), i també, se li atribuiria una nova competència d'inspecció, tal i com preveuen altres ordenaments com l'holandès o l'anglès. Així mateix, la potestat per sol·licitar un control quan hi hagi sospita d'activitat irregular, (reservada segons la llei espanyola de 2002, només a l'òrgan de govern, o als patrons dissidents (art. 17.2)), s'estendria, encertadament, en la futura llei catalana i tal i com ja preveuria el CCCat, a qualsevol persona interessada. La possibilitat que un tercer informi al Protectorat o al Ministeri Fiscal és una legitimitat tradicional en ordenaments com l'holandès (que suposa el control bàsic) o a Anglaterra i Gal·les (a través de la *Charity Commission*).

preceptiu i l'assessorament a les fundacions, atribucions que fins ara no havien desenvolupat, oficialment, els Protectorats<sup>433</sup>.

Si bé el control sobre les fundacions espanyoles per part dels poders públics s'ha pretès reduir, aconseguint-se parcialment, en la recent modificada legislació **francesa** també va ser aquesta la voluntat, tot i que els resultats no han estat els inicialment esperats. De fet, el dret francès no contempla el principi de llibertat de fundació, ja que aquestes precisen per a la seva constitució un decret legislatiu. Probablement, és l'Estat occidental en que persisteixen amb més força les històriques hostilitats envers els cossos intermitjos i els béns de mans mortes extrets dels circuits econòmics<sup>434</sup>. Ara bé, el control administratiu es fonamenta actualment, per la finalitat que persegueixen les fundacions "*le but d'intérêt général*", que ha de ser garantit per les persones públiques.

L'Administració exerceix el control gràcies als poders de tutela (*tutelle*) i de vigilància (*surveillance*). Pel que fa la tutela, les fundacions com a persones jurídiques autònomes i independents, no estan sotmeses a un poder jeràrquic, sinó a un poder de tutela. L'Administració s'investeix d'aquest poder, mitjançant la competència de tutela sobre els establiments d'utilitat pública. L'objectiu de la tutela seria, doncs, conciliar l'interès general i els interessos de la persona en tutela<sup>435</sup>. Hi ha tres tipus d'actes que estan sotmesos a tutela: els actes relatius a la creació i a la dissolució de la fundació; aquells actes que organitzen la institució<sup>436</sup>; els actes que tenen per conseqüència l'enriquiment o empobriment de la persona

---

<sup>433</sup> Respecte la proporció d'informació, la diversificació dels protectorats en els diferents ministeris, complica bastant la seva obtenció, no només respecte l'essencial, que seria informació general sobre la constitució i funcionament de les fundacions, sinó que impossibilita les "*Funciones de apoyo, impulso y asesoramiento*", que reitera l'art. 42 del Reglament de fundacions de competència estatal. És una àrdua tasca, cercar informació en els webs públics espanyols, a diferència del que succeeix en d'altres ordenaments com l'anglès.

<sup>434</sup> "Ces régimes ont longtemps souffert de la réticence héritée du droit français ancien qui reposait sur l'idée reprise du droit romain que l'attribution de la personne morale ne peut relever que d'une autorisation de l'Etat, qui peut à tout moment la retirer. Ce '*régime du bon plaisir*' fut consacré après la Révolution par le Conseil d'Etat qui, partageant la même hostilité que l'Ancien Régime pour les biens de mainmorte, a précisé dans un avis de l'an XIV que '*Les établissements de bienfaisance ne peuvent être utiles et inspirer une confiance fondée, quelle que soit à l'examen de l'administration publique, autorisés, régularisés et surveillés per elle.*'" M.P. NACHBAR, *Avis sur le projet de loi relatif au mécénat, aux associations et aux fondations*, n° 279, Senat, 2003, pàg. 11.

<sup>435</sup> E. BARON ;X. DELSOL, *Les fondations reconnues d'utilité publique et d'entreprise. Régim juridique et fiscal*, 1992, pàg. 55.

<sup>436</sup> Per exemple, per a la modificació de la composició dels membres de direcció i el canvi de situació de la seu dins del mateix territori francès, calia autorització del Consell d'Etat. Vegeu l'exemple de la jurisprudència: B. LASSERRE, "Compétence territoriale et tutelle des fondations. Conclusions sur Conseil d'Etat, 5 mai 1986, Fondation Vasarely", *Rev. Fr. Droit adm.*, 3 (3), maig-juny 1987, pàg. 438-441.



jurídica<sup>437</sup>. Pel que fa a la vigilància (*surveillance*), aquesta s'exerceix de ple dret. És funció del ministre d'Interior, i també dels ministres interessats en l'objecte de la fundació. L'objectiu d'aquesta vigilància és assegurar la regularitat de funcionament de la fundació. Consisteix en un dret de comunicació i d'investigació, de manera que la fundació ha de remetre cada any a l'autoritat administrativa un informe d'activitat, i també els comptes anuals<sup>438</sup>.

En les intencions del legislador francès en el projecte de llei relativa al mecenatge i a les fundacions, hi ha la voluntat de reduir el control, aquestes hauran de ser: "*modernisées et simplifiées*". També incideixen en la necessitat de simplificar els estatuts tipus, i disposar d'una més gran llibertat de composició dels òrgans de la fundació<sup>439</sup>. Els estatuts tipus, proposats pel Consell d'Estat, continuen essent la pedra angular de la normativa jurídica aplicable a les fundacions d'utilitat pública, així per exemple, en l'art. 16 d'aquest model, es requereix l'informe anual i financer que es remetrà al *Prefêt* i al Ministeri d'Interior<sup>440</sup>. Aquestes són les administracions competents per dur a terme la supervisió de les fundacions (també es pot sol·licitar la participació d'altres ministeris segons la matèria). És de celebrar, que s'ha eliminat l'exigència de requeriment d'aprovació estatal per l'acceptació de donacions i llegats, només cabria l'oposició en cas que les

---

<sup>437</sup> L'acceptació de liberalitats (*dons et legs*) també precisava d'autorització administrativa, segons l'art. 910 CCFr, per tal de garantir el principi d'especialitat '*spécialité*'. *Vid.* part I, cap. II, apartat 1.2.2 (França) i part II, cap. III, apartat 2.2.2.

<sup>438</sup> Segons M. POMEY, l'Administració no utilitzava gaire aquest poder de vigilància, ja que amb el simple compliment de les estrictes exigències dels estatuts es garantia el seu correcte funcionament, a més, s'ha de tenir present que en el Consell d'administració de la fundació hi havia representants del poder públic. Un altre motiu de la no vigilància, rau en la manca de recursos públics per a fer aquest control de manera sistemàtica. M. POMEY, *Traité des fondations d'utilité publique*, Presses universitaires de France, Paris, 1980, pàg. 210-218.

<sup>439</sup> Aquests principis de bones intencions són recollits en tots els documents annexos al projecte, com ara informes. Malauradament, les modificacions previstes en el projecte totes elles són de caire fiscal, que si bé són imprescindibles per a fomentar la creació de fundacions, deixa per a posteriors reglaments les qüestions essencialment jurídiques, com són els estatuts, la composició del Consell d'Administració, el procediment de reconeixement d'utilitat pública, etc. Caldrà estar atents a les posteriors accions del govern francès.

<sup>440</sup> Els informes anuals de les fundacions d'empresa són menys estrictes, ja que no hi ha representants de l'Estat en el consell de decisió de les fundacions, i es remeten només al Prefecte. En canvi, en les fundacions d'utilitat pública, els informes s'han de remetre tant al Prefecte, com als ministeris implicats. Les sancions que es preveuen per aquestes són de caràcter fiscal, i es basaria en que la fundació perdria la seva qualitat d'utilitat pública, amb la possibilitat de ser automàticament dissolta. Per les activitats negligents i/o fraudulentas, els òrgans de la fundació es poden sotmetre a responsabilitat civil per danys a tercers, o responsabilitat criminal. I. COMBES; D. LEMAISTRE, "France", *Foundations' Legal and Fiscal Environments, Mapping the European Union of 27*, EFC, 2007.

autoritats consideressin que tal acceptació aniria en contra dels fins fundacionals previstos en els estatuts<sup>441</sup>.

En l'actual redacció del Codi civil de la **República italiana**, el control exercit per les autoritats públiques es centraria en la protecció dels interessos de l'ens, garantir doncs, el compliment de la finalitat objecte de la fundació<sup>442</sup>. Es disposava, per exemple, la necessitat d'autorització governativa per adquirir béns immobles i acceptar donacions i herències, exigència actualment derogada<sup>443</sup>. La norma bàsica la trobaríem en l'art. 25 CCIt dedicat al control sobre l'administració de les fundacions<sup>444</sup>, essencialment respecte la legalitat<sup>445</sup>. S'atorguen a l'administració diferents funcions, com serien: la capacitat d'anul·lar les deliberacions contràries a les normes imperatives o a l'ordre públic o el bon costum; instar la substitució dels administradors i nomenar un comissari extraordinari; autoritzar l'exercici d'accions de responsabilitat contra els administradors. La seva intervenció es justificaria, segons F. GALGANO, en que

---

<sup>441</sup> *Loi n. 2004-1343, Loi de simplification du droit*, (9.12.2004); Ordenança n. 2005-856 (28.7.2005), aplicable des de l'1 de gener de 2006. Finalment, pel *Décret n° 2007-644 du 30 avril 2007 fixant le montant des dons reçus à partir duquel les associations et les fondations sont soumises à certaines obligations*, (J.O n° 102 du 2 mai 2007, p. 7733.) serà d'obligació presentar els exercicis comptables quan la quantia sigui de 153000 euros.

<sup>442</sup> S'interpreta també, que s'atorga als potencials destinataris un poder de reacció, en concret la possibilitat d'iniciar una acció directa per anul·lar la tria que ha pogut fer la fundació, quan aquesta s'ha desviat del precepte estatutari (Art. 18, 22 i 25.3 CCIt). A. ZOPPINI apunta que la possibilitat de reconèixer al beneficiari d'una acció essencialment directa a verificar el correcte desplegament de la causa de l'ens *nonprofit* troba l'origen i significat en la jurisprudència americana, la qual admet la possibilitat d'instar una *class action* enfront els administradors que haguessin violat l'obligació fiduciària de no distribució. A. ZOPPINI, *Le Fondazioni*, Napoli, 1995, pàg. 201.

<sup>443</sup> Anterior, art. 17 CCIt., derogat per la legge 15 maggio 1997, n. 127 (art. 13.1); legge 22 giugno 2000, n. 192 (art. 1.1). L'article s'inspirava en l'exigència de protegir l'economia nacional del perill que podria haver derivat de l'excessiva acumulació de recursos econòmics en el patrimoni d'ens que no perseguïen finalitats productives. Els precedents legislatius es remuntaven a la llei coneguda com a Siccardi de 1850 que prevenia les mans mortes eclesiàstiques. F. GALGANO, *Personae giuridiche. Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, Bologna, 2<sup>a</sup> ed., 2006, pàg. 286-290.

<sup>444</sup> Art. 25 CCIt. "L'autorità governativa esercita il controllo e la vigilanza sull'amministrazione delle fondazioni; provvede alla nomina e alla sostituzione degli amministratori o dei rappresentanti, quando le disposizioni contenute nell'atto di fondazione non possono attuarsi; annulla, sentiti gli amministratori, con provvedimento definitivo, le deliberazioni contrarie a norme imperative, all'atto di fondazione, all'ordine pubblico o al buon costume; può sciogliere l'amministrazione e nominare un commissario straordinario, qualora gli amministratori non agiscano in conformità dello statuto o dello scopo della fondazione o della legge. L'annullamento della deliberazione non pregiudica i diritti acquistati dai terzi di buona fede in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione medesima. Le azioni contro gli amministratori per fatti riguardanti la loro responsabilità devono essere autorizzate dall'autorità governativa e sono esercitate dal commissario straordinario, dai liquidatori o dai nuovi amministratori".

<sup>445</sup> "L'art. 25, I comma, c.c. configura un potere di controllo delle fondazioni più ampio di quello esercitabile nei confronti delle associazioni (...) Il che è giustificato da varie considerazioni: la finalizzazione del controllo alla protezione dell'interesse dell'ente; la mancanza di un controllo interno, che nelle associazioni è esercitato o dalla collettività dei membri o da organi di controllo eletti da questa; la tutela del vincolo di destinazione di diritto privato, imposta al patrimonio dal fondatore (...)". G. PAGLIARI, *Le fondazioni bancarie*, Milano, 2004, pàg. 56-57.

“la seva acció es destina a garantir que el patrimoni de la fundació sigui efectivament destinat a la finalitat establerta pel fundador; aquesta es col·loca en el més vast quadre de la coneguda ‘administració pública del dret privat’”<sup>446</sup>. Es preveu que per acció de l'autoritat pública es pugui modificar l'acte fundacional, que deixa de ser, doncs, immutable per intervenció pública, sempre limitat a la consecució de la voluntat preestablerta pel fundador. Així, segons l'art. 26 CCI, es preveu la possibilitat que l'autoritat governativa disposi la coordinació de l'activitat de més d'una fundació, així com la unificació de les seves administracions, sempre que sigui possible, segons la voluntat del fundador. L'art. 28 CCI, permet la transformació de la finalitat de la fundació, quan aquesta esdevé impossible<sup>447</sup>, i, per altra banda, l'art. 2500-*octies* CCI, permet la transformació d'una fundació en una societat de capital<sup>448</sup>. Finalment, destacar que en el *codice civile*, s'inclou en l'art. 35 una disposició penal, en concret una multa dinerària als administradors i als liquidadors que no efectuïn les inscripcions a què estan obligats<sup>449</sup>.

Com s'ha exposat en altres apartats, es preveu una reforma del llibre primer del *Codice civile*, que d'entre els objectius, hi figura un major control de les entitats sense finalitats de lucre, com són les fundacions, i en especial aquelles que desenvolupen activitats econòmiques<sup>450</sup>. La proposta de reforma, insisteix en el control i en les facultats dels tercers (beneficiaris) per denunciar possibles irregularitats. Per una banda, introduiria la constitució d'una comissió interna de control (*comitato interno di controllo*) que vetllaria per la correcta gestió administrativa i supervisaria la comptabilitat de la fundació, s'introduiria el model dual propi de la tradició germànica (a semblança de la reforma francesa), enfront

---

<sup>446</sup> F. GALGANO, *Personae giuridiche. Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, Bologna, 2<sup>a</sup> ed., 2006, pàg. 392.

<sup>447</sup> L'art. 28 el qual preveu la “Transformació de la fundació”, de manera que, quan la finalitat és exhaurida o esdevé impossible o de poca utilitat, o el patrimoni ha esdevingut insuficient, l'autoritat governativa, enlloc de declarar-la extingida, pot procedir a la seva transformació, allunyant-se el menys possible de la voluntat del fundador (exceptuant les fundacions familiars). No es donarà aquesta transformació si dels estatuts es preveu la situació com a causa d'extinció de la persona jurídica i amb la consegüent devolució dels béns a terceres persones.

<sup>448</sup> F. GALGANO, *Personae giuridiche. Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, Bologna, 2<sup>a</sup> ed., 2006, pàg. 396-419.

<sup>449</sup> La quantia de la sanció aniria des dels 10 euros als 516 euros (art. 35 CCI, art. 8.2 d.p.r. n. 361 del 2000).

<sup>450</sup> En l'article periodístic del diari “*Il Sole-24 Ore*” (25.6.2007), “Fondazioni sotto controllo”, s'assenyala que si les fundacions poden constituir empreses, aquestes haurien d'estar obligades a rendir comptes davant l'administració, sinó s'incorre en el perill de competència deslleial respecte les empreses. Per evitar-ho, la reforma hauria de preveure un examen econòmic i financer del patrimoni inicial, així com una acurada rendició de comptes, distingint les fundacions que actuen amb el seu patrimoni, de les que desenvolupen activitats empresarials, i finalment, redefinir la responsabilitat dels administradors.

del monisme mediterrani. Per altra banda, facultaria al Govern per instituir una Autoritat independent de control sobre les associacions i fundacions de dret privat que tinguin una actiu patrimonial superior a deu milions d'euros (un Protectorat o *Charity commission*). Com a competències de vigilància serien respecte: el compliment de la llei i dels estatuts, i l'efectiva realització dels interessos dels beneficiaris; la consecució dels fins fundacionals; la conservació del patrimoni; la transparència i correcta activitat d'erogació. Exerciria a més, les accions de responsabilitat respecte els administradors, així com, rebria les denúncies presentades pels interessats sobre possibles irregularitats comeses. Amb la competència de vigilància que li seria atorgada, podria sol·licitar en qualsevol moment informació als ens sotmesos a control, disposaria de poder d'inspecció, que implicaria l'exhibició dels documents. En cas de greus irregularitats, podria dissoldre l'administració i nomenar un comissari<sup>451</sup>.

A **Anglaterra i Gal·les** es preveu una institució pública i independent de supervisió de les *charities*, és la *Charity Commission*<sup>452</sup>, la qual es va instituir el 1853, per tant amb una llarga tradició. És un òrgan del govern, però independent políticament de la *Home Office*. Contràriament a la resta d'administracions públiques dels Estats europeus que institueixen òrgans de control sobre les fundacions, l'esperit principal d'aquest òrgan anglès és el d'informar i fomentar les fundacions<sup>453</sup>. Per això, es parteix de la idea de posar en disposició de tota la informació possible a les *charities*, i per a aquest fi, ha estat de cabdal importància l'ús d'internet ja des dels anys noranta. Ha evolucionat molt aquesta institució més que centenària, la qual s'ha adaptat en el temps. Una reforma essencial va ser la *Charities Act* de 1993, a la que s'ha d'afegir la recentment *Charities Act 2006*, que

---

<sup>451</sup> <[www.confcommercio.it](http://www.confcommercio.it)> (10.12.2003). En el mateix web, vegeu també, la conferència de M. NUZZO, *La riforma del Titolo II del Libro I del Codice Civile e un'unica Autorità di vigilanza per le Fondazioni*, Bolzano (22.6.2006). La premsa especialitzada també s'ha fet ressò de la necessitat de regular més detalladament el control a les entitats *nonprofit*, vegeu el recull de premsa: <[www.fondazioni.it](http://www.fondazioni.it)>.

<sup>452</sup> Vegeu: <[www.charity-commission.gov.uk](http://www.charity-commission.gov.uk)>; P. LUXTON, *The law of charities*, Oxford, 2001, espec. pàg. 421-482. Abans de la darrera reforma, hi havia cinc comissaris independents, que actualment estan unificats sota una sola entitat.

<sup>453</sup> “La maggior parte del lavoro della Charity Commission è giuridico, di servizio, consulenza e orientamento e viene realizzato in cooperazione con le charities. In aggiunta, la Commissione ha il potere di intervenire nei casi in cui si riscontrino scorrettezze di comportamento e gestionali.” R. FRIES, “Le associazioni filantropiche e la charity commission”, G.P. BARBETTA; C. SCHENA, *Regolazione e controllo sulle organizzazioni non profit*, Il Mulino, Bologna, 2000, pàg. 62. Els objectius es descriuen de la següent manera, en el capítol 9 introduït per la *Charities Act 2006*, (7.3): 1. The public confidence objective is to increase public trust and confidence in charities. 2. The public benefit objective is to promote awareness and understanding of the operation of the public benefit requirement. 3. The compliance objective is to promote compliance by charity trustees with their legal obligations in exercising control and management of the administration of their charities. 4. The charitable resources objective is to promote the effective use of charitable resources. 5. The accountability objective is to enhance the accountability of charities to donors, beneficiaries and the general public.

estableix quatre grans tasques, que són: el registre; el control; foment i informació; inspecció<sup>454</sup>. Totes aquestes funcions pretenen defugir de que se les encaselli com a ens coercitiu, ans al contrari, fins i tot la tasca de control i d'inspecció té una finalitat constructiva, procurant la correcció dels problemes existents amb col·laboració amb les *charities*<sup>455</sup>. La seva comesa es formula actualment en cinc objectius: a) incrementar la confiança pública en el sector; b) promocionar el coneixement i comprensió dels requeriments per les entitats benèfiques; c) fomentar el compliment de la llei dels dirigents de l'entitat; d) procurar l'ús efectiu dels recursos *charitables*; e) augmentar la transparència de les *charities* respecte els donants, beneficiaris i el públic en general<sup>456</sup>.

Tal actuació d'informació i promoció, no exclou que les tasques d'inspecció siguin executades amb eficàcia. Quan sorgeix un problema que el departament de suport no pot solucionar en col·laboració amb la *charity*, o quan aquesta procedeixi abusivament de forma deliberada, la *Charity Commission* actua. Disposa de la legitimitat de suspendre als administradors, de congelar els comptes corrents i de la designació d'un comissari i un director que gestionin en substitució dels administradors. Fins i tot, en casos extrems, podria dissoldre la *charity*, transferint els seus recursos a una altra *charity* que actuï de forma eficient en el mateix àmbit. La *Charities Act 2006*, ha introduït a la llei de 1993, el *Charity Tribunal*, com a pas intermig entre l'actuació de la *Charity Commissioners* i la *High Court*<sup>457</sup>.

---

<sup>454</sup> Aquesta institució disposa d'una plantilla d'aproximadament sis-centes persones dividides en oficines, cada una està dividida a la vegada per departaments: de suport; d'inspecció, de registre. En la darrera reforma, *Charities Act 2006*, capítol I, 1c), les funcions generals: "1. Determining whether institutions are or are not charities. 2. Encouraging and facilitating the better administration of charities. 3. Identifying and investigating apparent misconduct or mismanagement in the administration of charities and taking remedial or protective action in connection with misconduct or mismanagement therein. 4. Determining whether public collections certificates should be issued, and remain in force, in respect of public charitable collections. 5. Obtaining, evaluating and disseminating information in connection with the performance of any of the Commission's functions or meeting any of its objectives. 6. Giving information or advice, or making proposals, to any Minister of the Crown on matters relating to any of the Commission's functions or meeting any of its objectives".

<sup>455</sup> Unir ambdues característiques, foment i control ha suscitat algunes veus crítiques, que el president de la *Charity commission* refusa: "Il nostro punto di vista è che, sebbene la coesistenza dei due ruoli di "controllore" e di "amico" richieda sensibilità, i due ruoli non sono in conflitto tra di loro. Lo scopo e gli obiettivi definiscono l'ambito di lavoro della Commissione che, nel rispetto del dettato della legge, è tenuta ad assicurare che gli statuti delle charities siano adatti al raggiungimento dei loro scopi, a dare loro consiglio e orientamento sulle corrette prassi gestionali, ad aiutarle a individuare problemi potenziali e a prendere misure preventive, nonché a intervenire in modo costruttivo e correttivo allorquando insorgano problemi." R. FRIES, "Le associazioni filantropiche e la charity commission", G.P. BARBETTA; C. SCHENA, *Regolazione e controllo sulle organizzazioni non profit*, Il Mulino, Bologna, 2000, pàg. 63.

<sup>456</sup> E. BODDINGTON, "United Kingdom (focus on England and Wales)", *Foundations' Legal and Fiscal Environments, Mapping the European Union of 27*, EFC, 2007.

<sup>457</sup> Arrel de l'experiència, s'ha considerat que l'única opció que hi havia d'una decisió legal era recórrer a la *High Court*, amb els costos econòmics que això comportava a les *charities* de reduïdes dimensions, la nova

Per contra, als **Països Baixos**, el nostre exemple liberal, no exerceix aquest control ni supervisió. El control roman en mans dels tribunals del districte i de l'oficina del fiscal (*Public Prosecutor's Office*), que podrà actuar *ex officio* o a instància de part<sup>458</sup>. Per tant, rau en els tribunals del districte, la competència per a dur qualsevol actuació en interès de la fundació. Per altra banda, l'òrgan directiu de la fundació holandesa no té obligacions periòdiques d'informació o de presentació de comptes anuals, sinó que és a instància judicial que ha de presentar-los, o aportar la informació requerida<sup>459</sup>. Sí que està obligada a realitzar els informes financers i preparar les balances dels ingressos i despeses de la fundació que han de conservar durant set anys, per si les autoritats les requereixen. Estan obligats, però, a publicar els comptes anuals les fundacions comercials, en el termini de vuit dies des de la seva aprovació<sup>460</sup>.

### 1.2.3 Un nou control sobre les fundacions: lluita contra el terrorisme internacional

La Unió Europea, després dels atacs terroristes de l'onze de setembre i de l'onze de març, han prioritzat les polítiques de prevenció del terrorisme, a semblança dels EUA i Canadà<sup>461</sup>. És una qüestió oberta i que preocupa als diferents governs dels Estats membres de la UE, així com la pròpia Comunitat<sup>462</sup>, i a organismes

---

lleï ha creat aquest primer nivell d'apel·lació, que es considera més convenient des del punt de vista de la despesa econòmica, així com menys formal.

<sup>458</sup> (art. 2:297 BW). També a Anglaterra i Gal·les, qualsevol persona amb interessos a la *charity* pot instar el control (art. 33 (1) *Charities Act 1993*). Així mateix a Suïssa. K.J. HOPT; W.R. WALZ; T. VON HIPPEL; V. THEN (eds.), *The European Foundation. A New Legal Approach*, Verlag Bertelsmann Stiftung, Gütersloh, 2006, pàg. 192.

<sup>459</sup> Art. 2:10; art. 2: 297, 298 BW.

<sup>460</sup> Segons el volum de la fundació comercial, queda exempta de tal obligació (més de 4.4 milions d'euros per un període de dos anys consecutius). J. SCHERPHUIS et al., "The Netherlands", *Foundations' Legal and Fiscal Environments, Mapping the European Union* of 27, EFC, 2007.

<sup>461</sup> Als EUA s'han succeït lleis de protecció amb la finalitat de prevenir el terrorisme, així: *Patriot Act; Enhanced Border Security and Visa Entry Reform Act; Aviation and Transport Security Act; Passenger Name Record Information Required for Passengers on Flights in Foreign Air Transportation to or from the United States*. Les mesures nord-americanes i les pròpies comunitàries han conduït a plantejar-se la legalitat d'alguna norma davant del TJCE: Parlament europeu c. Consell de la Unió Europea i la Comissió de les Comunitats Europees, C-317/04 i C-318/04, 30.5.2006. Veure el comentari de V. MICHEL, *RTD eur.*, 42 (3), 2006, pàg. 535-559. Un altre exemple, a Canadà es va dictar la *Loi sur l'enregistrement des organismes de bienfaisance (renseignements de sécurité)*. Aquesta llei preveu un procediment per determinar quan una *charity* no s'admet a registre quan hi hagi motius raonables que constitueixen sospita que es destinen recursos secrets en matèria de criminalitat o seguretat, són mesures per evitar el terrorisme i el crim organitzat. Es pot consultar el web de Seguretat pública i Protecció civil de Canadà: <[http://www.psepc-sppcc.gc.ca/national\\_security/counterterrorism/AntiTerrorism\\_f.asp](http://www.psepc-sppcc.gc.ca/national_security/counterterrorism/AntiTerrorism_f.asp)>

<sup>462</sup> En el marc d'una Europa més eficaç en l'actuació en el camp de la justícia, la llibertat i la seguretat, s'inclou la lluita contra el terrorisme, com un dels principals objectius de treball del recent aprovat Tractat de Lisboa, per tal de garantir més seguretat. Vegeu art. 61 H: "Cuando sea necesario para lograr los objetivos enunciados en el artículo 61 (*La Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros*), en lo que

intergovernamentals com l'Organització de les Nacions Unides<sup>463</sup> o la 'Financial Action Task Force'<sup>464</sup>.

D'entre les mesures que es plantegen a nivell europeu, interessen al present estudi, la possibilitat d'establir una comptabilitat estàndard per als ens sense afany de lucre per tal de garantir la transparència i destinacions de les seves activitats i sobretot dels fons. Aquesta preocupació sorgeix del descobriment que distintes organitzacions terroristes havien percebut fons de fundacions<sup>465</sup>. Calen, doncs, mecanismes per detectar els possibles abusos que les fundacions i els ens sense afany de lucre poden realitzar finançant el terrorisme o altres tipus de delictes<sup>466</sup>. De les actuacions que s'estan duent a terme, per exemple, la Comissió ha

---

se refiere a la prevención y lucha contra el terrorismo y las actividades con él relacionadas, el Parlamento Europeo y el Consejo definirán mediante reglamentos, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, un marco de medidas administrativas sobre movimiento de capitales y pagos, tales como la inmovilización de fondos, activos financieros o beneficios económicos cuya propiedad, posesión o tenencia ostenten personas físicas o jurídicas, grupos o entidades no estatales (DOUE C 306, 17.12.07). Ja en el Consell de Tampere (1999) s'inclouia en les conclusions la necessitat d'imposar la transparència en les transaccions financeres en les donacions i respecte la procedència de les donacions per tal d'evitar el blanqueig de capital (conclusió 54).

<sup>463</sup> Per a l'ONU, el terrorisme ha estat sempre present en el seu programa d'actuació, per això, s'han elaborat 13 convenis internacionals. En concret, la Convenció internacional per a la repressió del finançament del terrorisme, es sol·licita als Estats que la ratifiquen per tal de negar així tota possibilitat econòmica als terroristes. Es van redactar unes recomanacions per a una estratègia mundial de lluita contra el terrorisme (19.9.2006). "En la resolució 1373 del Consejo de Seguridad se establece la obligatoriedad de todos los Estados de poner fin a la financiación del terrorismo, mientras que en la resolución 1267 se congelan todos los activos financieros de los asociados con Al-Qaida y los talibanes. En ambas resoluciones se pide la aplicación de prohibiciones estrictas para que los posibles terroristas no puedan viajar. (...) En virtud al régimen de sanciones contra Al-Qaida y los talibanes, 34 Estados han congelado más de 90 millones de dólares de los EE.UU. en activos desde enero de 2006." Vegeu en el portal de la ONU la secció dedicada a la lluita contra el terrorisme internacional: <[www.un.org/spanish/terrorism/index.shtml](http://www.un.org/spanish/terrorism/index.shtml)>

<sup>464</sup> La *Financial Action Task Force (FATF)* o *Groupe d'Action Financière (GAFI)* és un organisme intergovernamental creat el 1989, que té com objectiu desenvolupar i promoure les polítiques estatals i internacional per lluitar contra el blanqueig de capital i el finançament del terrorisme, és membre la Comissió Europea. <[www.fatf-gafi.org](http://www.fatf-gafi.org)>.

<sup>465</sup> Als Països Baixos, s'han detectat diverses fundacions que destinaven fons a l'organització Al-Qaeda, fet que va plantejar la necessitat de prendre mesures de control respecte les fundacions estrangeres, per tal d'evitar frau i actuar preventivament contra les donacions a fundacions que destinen el seu actiu a finançar causes criminals. *Vid.* part II, cap. III, apartat 2.2.4. Vegeu també: *Transcrime Research Institute*, <[www.transcrime.unitn.it](http://www.transcrime.unitn.it)>; *Financial Action Task Force* <[www.fatf-gafi.org](http://www.fatf-gafi.org)>; Nacions Unides <[www.un.org](http://www.un.org)>. En una altra matèria, compravenda d'immobles, en aplicació del Reglament (CE) 881/2002 respecte la inclusió del comprador en el llistat de persones associades a *Usamah bin Ladin*, la xarxa *Al-Qaida* i els talibans, es requereix la intervenció del TJCE, vegeu el comentari de J.J. FORNER DELAYGUA, de la Sentència d'11 d'octubre de 2007, assumpte C-117/06, *Gerda Möllendorf*, RJC, 2-2008, pàg. 293-297.

<sup>466</sup> Plantejaments que es van proposar a l'*European Commission Directorate General Justice and Home Affairs*, 29 d'octubre de 2004, Brussel·les. També a l'*European Council's Declaration on Combating Terrorism*, 25 de març de 2004. Comunicació de la Comissió al Consell i al Parlament Europeu sobre la prevenció i la lluita contra el finançament del terrorisme COM (2004) 700 (20.10.2004). S'inspiren en les recomanacions (31 i 34) de les Quaranta recomanacions del Grup d'Acció Financera (*FATF-GAFI*). Per conèixer les normes i polítiques que està duent a terme la Comissió Europea, en el seu web de polítiques de la UE, en la secció de Justícia i drets dels ciutadans, hi ha la subsecció 'lluita contra el terrorisme'.

presentat la “Recomanació als Estats membres i el marc per a un codi de conducta destinat a les organitzacions sense afany de lucre amb la finalitat de reforçar la transparència i la responsabilitat financera del sector sense afany de lucre per a la prevenció del finançament del terrorisme i altres tipus de desviació amb fins delictius”<sup>467</sup>. En la comunicació de la comissió, assenyala que aquestes recomanacions “haurien de reforçar la confiança dels donants i fomentar les subvencions, prevenint al mateix temps, o en tot cas reduint, el risc de desviaments amb finalitats delictives”<sup>468</sup>. En aquest marc, s’incideix en la necessitat de fomentar que les organitzacions sense fins lucratius siguin més transparents i responsables en la seva gestió diària amb l’objectiu de reduir les possibilitats d’abús amb finalitats delictives. S’insisteix en que les autoritats públiques garanteixin la seva vigilància i la cooperació entre les administracions en les tasques d’investigació. Les organitzacions sense fins lucratius, haurien de seguir pràctiques comptables correctes i establir comptes financers anuals d’ingressos i despeses, elaborar anualment un informe que contingui una descripció i un pressupost de les activitats, els projectes realitzats durant l’exercici financer anterior, així com una declaració sobre la manera en què aquests projectes han impulsat la consecució dels objectius generals de l’entitat. Proposa que estableixin sistemes d’auditories completes i exactes en relació als fons transferits fora de la seva zona de competència o país, i respecte els fons transferits a les persones que presten serveis en nom de l’organització contractant. Es podria, en particular, preveure l’obligació de guardar un rastre adequat de totes les transaccions financeres destinades a intermediaris directes, ja siguin organitzacions o persones. Proposa que les entitats que segueixin el codi de conducta, se’ls ofereixi un estatut fiscal preferencial, subvencions públiques i el dret a recaptar fons del públic. Per això, s’hauria d’emetre una certificació. Es preveuen, doncs, mesures de prevenció que impliquen inevitablement un control exhaustiu per part de les autoritats públiques dels Estats: control dels registres, de les seves dades, informes, inspeccions, certificacions, etc. Controls que afegeixen més burocràcia i requisits administratius per complir, i que haurien d’anar

---

<sup>467</sup> Annex del document COM (2005) 620 final, de 29.11.2005. Primerament, era “Codi de Conducta per a que les entitats no lucratives promoguin la transparència i les millors pràctiques en la presentació de comptes” Comissió Europea, DG de Justícia i Seguretat, Brussel·les, de 22.7.2005. La Comissió Europea s’inspira, bàsicament en la Recomanació especial VIII: Organismes sense finalitats lucratives, del Grup d’Acció Financera (*FATF-GAFI*).

<sup>468</sup> Comunicació de la comissió al consejo, al Parlamento europeo y al Comité económico y social europeo “Prevención y lucha contra la financiación terrorista a través de una mayor coordinación a nivel nacional y una mayor transparencia del sector sin ánimo de lucro”, document COM (2005) 620 final, de 29.11.2005.



precedits per la cooperació entre les autoritats implicades, a nivell estatal, europeu i internacional.

El Centre Europeu de Fundacions, en aquest context de prevenció del terrorisme finançat per fundacions, advoca per regular un Estatut de Fundació Europea, argumentant que aquest seria l'instrument ideal per establir mecanismes de control de comptabilitat i de transparència en les fundacions que actuessin transfrontererament en el marc europeu, o bé, de control de les aportacions dineràries transfrontereres<sup>469</sup>.

### 1.3 Altres elements:

#### 1.3.1 Els estatuts

Una peça fonamental per organitzar el funcionament d'aquestes entitats que són privades (deixem apartades les fundacions públiques), constituïdes per la voluntat d'un fundador que, en general, pretén la seva perpetuïtat, i que no disposa de membres, són els estatuts. En la majoria de casos es redacten uns estatuts on, a més de figurar-hi les característiques principals del tipus d'organització, també s'estableix el mecanisme de funcionament de l'entitat<sup>470</sup>. Les legislacions sobre fundacions preveuen que aquestes han d'elaborar uns estatuts (*letter patents, statuto, statutes*, etc.), que constitueixen el cos legal pel qual es regirà la fundació. En aquests hi consta, generalment, el nom, la finalitat a perseguir, la dotació inicial, el domicili, els primers dirigents o administradors (patrons) i la seva forma de funcionament. També es preveu, en molts casos, el sistema de modificació dels mateixos estatuts així com, la seva extinció, liquidació i destinació del patrimoni. Per això s'afirma que és la norma principal que regirà la fundació, sempre i quan no siguin contraris a la llei. En el cas que els estatuts no prevegin alguna de les qüestions enumerades anteriorment, serà la normativa legal general la que cobriria el buit, generalment, atenent al màxim la voluntat fundacional.

En pluralitat d'ordenaments es preveuen models d'estatuts, en alguns casos, senzills, i en d'altres, altament complexos i fins i tot, preceptius, com eren els

---

<sup>469</sup> La EFC està col·laborant amb la Comissió Europea i amb d'altres institucions sense afany de lucre en l'elaboració de mesures de prevenció.

<sup>470</sup> Les tasques de direcció de l'organització depenen del seu tipus d'estructura, així es distingeix entre les organitzacions amb membres (*Membership Organizations*) en les quals l'autoritat recau en última instància sobre els membres que la componen; i les organitzacions amb junta o consell d'administració (*Board-Managed organizations*), aquesta junta realitza les funcions similars que les organitzacions amb membres. La més típica és la fundació. Al no estar supervisats per membres, es sotmeten a normes estrictes d'organització (per exemple, el mínim de membres que formaran la junta) i de responsabilitat (les tasques i deures dels administradors). L.M. SALAMON; S.L.Q. FLAHERTY, "Nonprofit Law: ten issues in search of resolution", *Working Papers of the Johns Hopkins Comparative Nonprofit Sector Project*, 1996, pàg. 13-16.

elaborats de forma jurisprudencial pel *Conseil d'Etat* a **França**. Actualment, la regulació francesa, disposa de dos ‘*statuts types*’ aprovats per decret el 2 d’abril de 2003, per la secció d’Interior del Consell d’Estat<sup>471</sup>.

En la llei **espanyola** estatal, l’escriptura de constitució ha de contenir, entre d’altres, els estatuts de la fundació, que no poden incloure cap disposició contrària a la llei (art. 11.2 LF 50/2002), que regiran la fundació, juntament amb la voluntat del fundador, i per la llei (art. 2.1 LF 50/2002)<sup>472</sup>.

En l’ordenament jurídic **italià**, es preveu que en els estatuts (així com en l’acte constitutiu) hi consti (art. 16 CCI): “la denominació de l’ens, la indicació de la finalitat, el patrimoni, la seu i les normes sobre el funcionament de l’administració. (...) i pel que fa a les fundacions, els criteris i les modalitats de distribució dels rendiments”. Facultativament, també poden contenir: “les normes sobre l’extinció de l’ens i la devolució del patrimoni, i sobre la seva transformació”. Per a la seva reforma, es requereix seguir el procediment previst en els propis estatuts, sota el mer control de legitimitat de l’autoritat administrativa<sup>473</sup>.

A **Anglaterra i Gal·les**, el que han de tenir totes les *charities*, amb independència de la forma jurídica que adquireixin, és un ‘governing document’. En aquest s’inclouen dades, com la renda de que es pot disposar, com s’escullen els *trustees* i el funcionament de la *charity*. Existeixen diferents tipus de documents rectors, segons el tipus d’organització que s’esculli per crear la *charity* (*Constitution or Rules; Trust deed; Memorandum and articles of association*)<sup>474</sup>. Així, segons la forma que adquireix la *charity*, seran precisos estatuts o no<sup>475</sup>.

---

<sup>471</sup> Un model preveu un consell d’administració (*conseil d’administration*) i un comitè de direcció (*bureau*), i l’altre model, un consell de control (*conseil de surveillance*) i un consell directiu (*directoire*), típic en les societats comercials i que permet separar les funcions. Per modificar els estatuts cal també la intervenció del Consell d’Estat i del Ministeri d’Interior. O. BINDER, *Guide juridique et fiscal du mécénat et des fondations à l’usage des entreprises et des entrepreneurs*, 3<sup>a</sup> ed., 2005, Paris, pàg. 138;142; annexe (pàg. 667 i ss.)

<sup>472</sup> D’entre d’altres: T. CARRANCHO HERRERO, “Capítulo 9: Los estatutos”, BENEYTO PÉREZ, J.M. (dir.), *Tratado de Fundaciones*, Bosch, 2007, vol. I, pàg. 451-505. En totes les normatives autonòmiques es preveu la necessitat i contingut dels estatuts fundacionals.

<sup>473</sup> Art. 16.2 CCI; arts. 2, 3 Decret de 2000, n. 361.

<sup>474</sup> Al web de la *Charity Commission*, així com de la *Charity Law Association*, disposen de models.

<sup>475</sup> Si es pretén reformar els objectius o finalitats de la *charity*, traspasar el patrimoni a una altra entitat, és necessari el canvi dels estatuts o el *memoranda*, que precisarà de l’aprovació de la *Charity Commission*. S’exceptuen les petites *unincorporated charities* (menys de 15000 euros) que poden canviar les finalitats, sempre respectant la teoria del *cy-pres*. *Vid.* part I, cap. II, apartat 1.3.5.

### 1.3.2 El registre

En la formació de la fundació és important la qüestió del registre, ja que en molts ordenaments és una exigència, ja sigui per a adquirir la personalitat jurídica, ja sigui per a ser reconeguda com a fundació i per tant beneficiària dels avantatges fiscals. Distingim doncs, dos funcions diferents dels registres en relació a la seva vàlida formació:

- Els ordenaments que preveuen com a requisits d'adquisició de la personalitat jurídica la inscripció en el registre, així com la seva validesa com a fundacions. Hi ha obligació de registre a: Àustria, Bulgària, República Txeca, Dinamarca, República d'Estònia, Hongria, Itàlia, Països Baixos, Noruega, Polònia, Eslovènia, Espanya, i Suïssa<sup>476</sup>.
- Els ordenaments del *common law*, en els quals el registre d'una *charity* (amb independència de la forma que hagi adquirit, *trust, corporation, association*, etc.) les qualifica com a *charitable*, sempre que compleixin la condició de que persegueixin un dels fins previstos legalment o jurisprudencialment, i per tant, susceptibles de rebre els beneficis fiscals (cada una en la seva categoria). Només estan obligades a registre, les entitats *charitables* que gestionin determinades quanties de patrimoni.

En **dret espanyol**, el registre de fundacions és una matèria especialment complexa. Per una banda perquè és un Estat plurilegislatiu i amb la conseqüent distribució de competències no sempre suficientment determinada. En la matèria que ens ocupa es suscita el debat de la coexistència d'ordenaments autonòmics i estatals, així com tampoc està clara la naturalesa dels registres de fundacions (administratius o privats). Per altra banda, la inexistència d'un registre únic de fundacions de competència estatal des de la primera llei de fundacions de 1994 fins la seva recent regulació (*Reglamento del Registro de fundaciones de competencia estatal*)<sup>477</sup>, ha comportat una certa inseguretats jurídica<sup>478</sup>, i una indefinició respecte la naturalesa del registre de fundacions. Aquesta segona qüestió, ha estat

---

<sup>476</sup> K.J. HOPT; W.R. WALZ; T. VON HIPPEL; V. THEN (eds.), *The European Foundation. A New Legal Approach*, Verlag Bertelsmann Stiftung, Gütersloh, 2006, pàg. 122.

<sup>477</sup> Real Decreto 1611/2007, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de fundaciones de competencia estatal, (BOE núm. 17, 19.1.2008). Deroga l'anterior Reglament, que com indica la seva exposició de motius, mai va arribar a funcionar a la pràctica, ens referim al: Real Decreto 384/1996, de 1 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del registro de fundaciones de competencia estatal (BOE n. 77 de 29/3/1996)

<sup>478</sup> La LF 2002 preveia la creació d'un Registre de Fundacions de competència estatal dependent del Ministeri de Justícia i Interior, per a que s'inscriguessin les fundacions que desenvolupin les seves activitats en tot el territori espanyol o principalment en més d'una Comunitat Autònoma (arts. 36 i 37).

àmpliament debatuda per la doctrina, el problema rau en la consideració que la figura jurídica fundació es mereix, que podria ser com ens regulat essencialment pel dret privat o bé, el dret administratiu. Advoquem per la primera opció, sense menystenir el fet que les normes de dret públic intervenen en el món fundacional. Segons A. PAU PEDRÓN, cal distingir entre les competències del Protectorat i les del Registre, que en dret estatal espanyol es confonen, però que cal diferenciar. Així, les tasques del Protectorat són de tutela, i les del Registre són de seguretat jurídica que es basa en la legalitat<sup>479</sup>. La determinació de la naturalesa del Registre seria prescindible per al nostre estudi, si no fos perquè d'aquesta en depèn la distribució de competències constitucional, segons la qual, el registre és competència exclusiva de l'Estat (art. 149.1.8 Const.). Però la realitat és que existeixen pluralitat de registres autonòmics i, fins l'entrada en vigor de l'anhelat Registre estatal de fundacions de competència estatal, han subsistit també, els criticats registres en els diferents Ministeris (que subsisteixen com a Protectorats) amb atribucions a la matèria. Es censura l'existència de registres territorials, potser mereixeria la pena que aquesta doctrina que tant aferrissadament ho critica atribuís tal desgavell al propi legislador estatal<sup>480</sup>. El fet és aquest, hi ha pluralitat de registres autonòmics sobre fundacions quan, suposadament, al ser matèria privada la competència hauria de ser única de l'Estat. És en aquest punt on la batalla doctrinal entre les concepcions civilistes i les administrativistes tenen el seu màxim exponent, fins i tot qualificant l'existència dels registres autonòmics d'inconstitucionals<sup>481</sup>. S'admetria, finalment, que els registres autonòmics de

---

<sup>479</sup> Per A. PAU PEDRON, no hi hauria dubte de que el Registre de fundacions és un registre de seguretat jurídica, i no un Registre d'informació administrativa; per contra, per a J.L. Piñar Mañas, entre d'altres, la naturalesa del Registre és purament administrativa. Ambdues opinions són certes, la fundació és una entitat híbrida, essencialment privada, pel que fa a la seva naturalesa i estructura, en la qual la seva constitució depèn del seu registre, però a més, ha de complir amb pluralitat de requisits i està sotmesa a control administratiu, generalment vehiculat per la inscripció en el registre dels comptes, actes i informes que du a terme la fundació, i que s'inscriuen amb caràcter informatiu. Especialment crític en el sistema regulador del Registre de Fundacions, en concret, respecte a la intervenció del Protectorat: A. RUIZ OJEDA, "Capítulo 8: El Registro de Fundaciones", BENEYTO PÉREZ, J.M. (dir.), *Tratado de Fundaciones*, Bosch, 2007, vol. I, pàg. 409-449.

<sup>480</sup> A. RUIZ OJEDA, "Capítulo 8: El Registro de Fundaciones", BENEYTO PÉREZ, J.M. (dir.), *Tratado de Fundaciones*, Bosch, 2007, vol. I, pàg. 416.

<sup>481</sup> "Lo cierto es que la naturaleza del Registro presenta cierta complicación puesto que no se puede reconducir a los parámetros tradicionales en cuanto a las distintas clases de Registros existentes en nuestro ordenamiento jurídico. No se discute su caracterización como un Registro de personas jurídicas, tampoco que se trate de un registro de responsabilidad (una vez que la fundación está inscrita y goza de personalidad jurídica será su patrimonio el que responderá por las obligaciones contraídas, en nombre de la fundación, por los actos de su órgano de gobierno y administración) y, por último, existe un cierto debate doctrinal respecto a si se trata de un registro de bienes o de gravámenes, inclinándonos, en nuestro caso, por considerarlo de gravámenes. No obstante, la cuestión más problemática y discutida viene dada por su consideración como registro administrativo o registro jurídico o de seguridad jurídica. Como hemos dicho la existencia de una pluralidad de Registros en las Comunidades Autónomas con

fundacions tenen naturalesa administrativa, i que coexistiran amb el Registre de fundacions de competència estatal<sup>482</sup>. Amb el nou Reglament del Registre de fundacions de competència estatal, es palesa la duplicitat de la naturalesa o funcions del registre de fundacions; així en l'art. 3, li atribueix competència atributiva de personalitat jurídica (civil)<sup>483</sup>, i en el següent article, preveu que el seu règim jurídic és l'establert en la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de Règim Jurídic de les Administracions Públiques i del Procediment Administratiu Comú (administratiu).

De moment però, la realitat ha estat la descoordinació entre els registres, plantejant problemes de seguretat jurídica<sup>484</sup>. El Reglament del Registre de fundacions de competència estatal (2008), pretén ser “complet, clar i de fàcil ús”, amb una naturalesa doble: per una banda, servirà (com és a la pràctica) per a que les fundacions adquireixin personalitat jurídica des del moment de la inscripció registral de l'escriptura pública de constitució. Per altra banda, segons l'exposició de motius, el registre es configura com un “instrument al servei de l'Administració”, i per tant, als diferents Protectorats, al que pretén proporcionar informació per al desenvolupament de les seves activitats i exercici de les seves funcions. S'unifica el Registre de fundacions de competència estatal, per això, es preveu el trasllat de les inscripcions practicades en els registres estatals, així com, la remissió per part dels registres autonòmics del llistat de denominacions de les fundacions que tinguin inscrites (i de les reserves temporals). El nou i únic Registre de competència estatal dependrà del Ministeri de Justícia, adscrit a la Direcció General dels Registres i del Notariat (DGRN). Celebrem aquesta

---

competencia en la materia ha servido, en nuestra opinión, para prejuzgar su naturaleza y catalogarlo como registro administrativo fuera, en consecuencia, de la reserva exclusiva a favor del Estado, que contempla el artículo 149.1.8 CE.” V. DE PRIEGO FERNÁNDEZ, “Consideraciones sobre las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de fundaciones”, *RDP*, 2004, pàg. 664. A. PAU PEDRÓN, considera que allò jurídicament correcte hauria estat un Registre únic centralitzat o descentralitzat en les CA, ja que és un Registre jurídic, competència exclusiva de l'Estat (art. 149.1.8 CE) A. PAU PEDRÓN, “El registro de fundaciones”, S. MUÑOZ et al. (dir.), *Comentarios a las leyes de fundaciones y de mecenazgo*, Madrid, 2005, pàg. 556; 564.

<sup>482</sup> La Llei 50/2002, en el seu art. 43.2 preveu que la jurisdicció competent per revisar les resolucions dictades pells Registres de Fundacions posen fi a la via administrativa.

<sup>483</sup> Segons l'art. 7 el Registre es basarà en el principis registrals següents: titulació pública; legalitat (serà l'encarregat del Registre el que qualificarà la legalitat de les formes dels documents, així com la capacitat i legitimitació dels que atorguen o subscriuen, i la validesa del contingut); legitimitació (el contingut el Registre es presumeix exacte i vàlid); fe pública; principi de prioritat; tracte successiu; publicitat formal.

<sup>484</sup> L'única coordinació existent entre els registres autonòmics i els estatals o entre els autonòmics, fins l'aprovació del Reglament del Registre de fundacions de competència estatal (2008), han estat les consultes no preceptives, sinó voluntàries que s'han realitzat per tal d'evitar duplicitats en els noms de les fundacions.

unificació, essent encertada la seva dependència del Ministeri de Justícia, i en especial, la centralització en l'òrgan especialitzat dels registres.

Per altra banda, en el dret **francès** no es requereix el registre de les fundacions, ja que aquestes quan se'ls hi reconeix la utilitat pública pel decret del Consell d'Estat i publicat al *Journal Officiel*<sup>485</sup>, un cop entrat en vigor el decret adquireixen la personalitat jurídica<sup>486</sup>.

En l'ordenament **italià**, es preveu el reconeixement de les fundacions com a persones jurídiques un cop efectuat el registre. Anterior a la reforma introduïda l'any 2000, es dedicaven dos articles al registre (arts. 33 i 34 CCIt), actualment, es preveu que en el registre hi consti: l'acte constitutiu, la denominació, la finalitat, el patrimoni, la durada, la seu de la persona jurídica, el nom i cognom, el codi fiscal dels administradors, i menció dels que tenen atribuïda la representació. Així mateix, també s'han d'inscriure les modificacions, la creació de delegacions, la liquidació, etc.<sup>487</sup>. L'adscripció al registre de la capital de la província o de la regió en basa en la situació de la seu de la persona jurídica<sup>488</sup>. Quan l'àmbit espacial d'actuació no és regional o local, o simplement, perquè així es disposi, es pot sol·licitar el reconeixement de fundació nacional, en aquest cas la competència relativa pel reconeixement de la personalitat jurídica i el control de la fundació és competència de la *Prefettura* de la Província on es situa la seu de l'ens, així com el seu registre (amb excepció de les fundacions que operen en l'àmbit artístic que es troben sotmeses el control del Ministeri de béns i activitats culturals). Juntament amb les fundacions de competència nacional, existeixen les fundacions regionals, que es distingeixen per operar en l'àmbit d'una sola regió (o localment), fet que s'ha de preveure en els estatuts de la fundació. La vinculació territorial s'ha de revisar, de manera que si l'activitat continuada s'estén a una altra regió, caldrà sol·licitar el reconeixement nacional, per tant, hauria de modificar els seus

---

<sup>485</sup> Així mateix succeeix a Bèlgica. Tampoc a Alemanya hi ha un registre de fundacions, només en alguns estats federals disposen d'un registre informal on es conté informació bàsica, en la última reforma de la llei alemanya es va plantejar la possibilitat d'introduir un registre que finalment no va tirar endavant. K.J. HOPT; W.R. WALZ; T. VON HIPPEL; V. THEN (eds.), *The European Foundation. A New Legal Approach*, Verlag Bertelsmann Stiftung, Gütersloh, 2006, pàg. 123-124.

<sup>486</sup> *Vid.* part I, cap. II, apartat 1.2.1 (França).

<sup>487</sup> Art. 4 del d.p.r. 19 febbraio 2000, n. 361. El registre es compona de dues parts: una primera general on s'inscriu la persona jurídica en la qual hi consta la denominació; una segona part analítica on hi consta tota la informació (data de constitució, finalitat, patrimoni, etc.) i les dades que es modifiquen durant la seva existència. Es preveu que qualsevol persona pot sol·licitar informació al registre. M.E. DI GIANDOMENICO; D. FESTA, *Consortzi, fondazioni e trust*, Maggioli Ed., 2005, pàg. 258 i ss.

<sup>488</sup> Aquest registre és descentralitzat, i en tenen competència les prefectures, de les regions o de les províncies de Trento i Bolzano. Vegeu la Sentències del Tribunal Constitucional italià n. 300-301/2003, respecte problemes de competència legislativa.

estatuts, i complir amb el mínim de dotació inicial exigida. Coexisteixen a Itàlia algunes normes de dret regional que preveuen els mecanismes de constitució de la fundació regional, el seu registre, els mecanismes de control, i el procediment de transformació<sup>489</sup>. Es distingeix, doncs, segons si la fundació pretén actuar nacionalment o regionalment, en un i altre cas, els encarregats del registre controlen la legalitat dels actes, l'escriptura notarial, i també l'adequació del patrimoni disponible per la finalitat a perseguir. Ara bé, els criteris no són coincidents. La descentralització dels registres, i la manca de coordinació entre aquests provoca el desconeixement exacte del nombre de fundacions.

Als **Països Baixos** el registre és preceptiu en les fundacions i és realitzat per la Cambra de comerç (Kamer van Koophandel; *handelsregister*)<sup>490</sup>. És un registre descentralitzat territorialment, per això, la fundació s'inscriurà en la província on es situï la seu principal de la fundació, dada que constarà en els estatuts. Per al cas que no s'estableixi la seu en els estatuts, s'entén que la fundació tindrà la seu en el municipi on el notari va fer l'escriptura en el temps d'execució d'aquesta<sup>491</sup>. En el registre hi constarà la informació sobre el consell de direcció, el nom i adreces dels fundadors, l'acta notarial i els estatuts.

A **Anglaterra i Gal·les**, com a exemple d'ordenament amb llarga tradició fundacional, compten amb un acurat sistema de registre de *charities*. Aquest registre va ser creat l'any 1960, essent una de les missions de la *Charity commission*. Les *charities* amb finalitats *charitables* i que desitgin ser reconegudes com a tals, han de registrar-se, així mateix, les *charities* de grans dimensions. És competència de la *Charity commission* verificar si aquesta compleix els requisits necessaris per ésser inscrita, així com comprovar que la constitució s'hagi realitzat atenent la llei.

En els Estats compostos, on es disposi de diversos registres<sup>492</sup>, seria necessari que s'establissin mecanismes de coordinació entre els òrgans competents, amb el

---

<sup>489</sup> Vegeu el quadre legislatiu de les diferents regions italianes en: <[www.fondazioni.it](http://www.fondazioni.it)> (11.2007). Entenem que són normatives de caire administratiu o de dret públic, ja que la regulació substantiva privada de les fundacions italianes, siguin regionals o estatals, es fonamenta en el Codi civil. El repartiment competencial es troba en la Constitució de la República Italiana, en el Títol V sobre "Le regioni, le provincie, i comuni", algunes regions disposen de condicions particulars d'autonomia, segons els respectius estatuts (art. 116) i la distribució competencial (art. 117).

<sup>490</sup> (art. 2:289 BW). Kamer van Koophandel : <[www.kvk.nl](http://www.kvk.nl)>.

<sup>491</sup> Art. 287 BW. Només hi ha diferència respecte la llengua que es pot utilitzar en el registre, que ha de ser el *ducht* o bé, el Friesland (Frylân), en ambdós casos s'inclou el terme "stichting" (art. 286 BW).

<sup>492</sup> Un altre cas és el nord-americà "In the US, for example, organizations must generally register at the state level to create a legal entity such as a nonprofit corporation, then go to the federal level for recognition of beneficial tax status, then return to the state level to a different agency for state and local beneficial tax status, and finally apply to yet a different state agency to register for charitable solicitations

dictat d'unes directrius clares per tal d'evitar duplicitats, així com, dur un control numèric de les fundacions existents. Així mateix, per determinar la subjecció a un dels registres, probablement seria recomanable utilitzar un criteri més definit, com podria ser el domicili, en comptes de l'excessivament mutable 'lloc on es desenvolupa l'activitat de la fundació'<sup>493</sup>.

### 1.3.3 Els òrgans de decisió de la fundació

En una fundació, ha d'haver-hi, necessàriament, un òrgan de govern de la institució o organització que ostenti la seva representació i administri o gestioni la fundació. Aquests òrgans reben distintes denominacions (*patronat, board, conseil d'administration, trustees*), així com nivells diferents de competències i de responsabilitat. La seva actuació ha d'executar-se, tenint en compte la majoria de les legislacions: amb lleialtat als fins fundacionals i a la llei, i amb diligència. La determinació del consell d'administració (o d'altres òrgans), acostuma a ser regulat de forma flexible per les legislacions domèstiques deixant en mans del fundador un ampli marge de maniobra. Generalment, aquest és qui escull els primers membres del consell d'administració, o bé, disposa la seva composició<sup>494</sup>. Sovint s'admet la possibilitat d'establir un reglament intern de funcionament (de vegades s'inclou en el mateix estatut). En algunes lleis estatals sobre fundacions es preveu la possibilitat de remunerar els membres del consell de direcció, o si més no, rescabalar les despeses que comporta l'exercici del càrrec, ja que en general, el càrrec és gratuït.

La llei de fundacions **espanyola** de 2002, inspirada en la concepció de la fundació com a 'organització', ha atribuït major autonomia a l'òrgan de govern, és a dir, el Patronat, òrgan col·legiat que representa i dirigeix la fundació<sup>495</sup>. Aquest augment d'autonomia, però, es compensa amb un correlatiu increment de responsabilitat exigible als patrons. La determinació de la seva composició és lliure, de manera que el fundador decidirà qui en formarà part. La llei només

---

purposes." L.M. SALAMON; S.L.Q. FLAHERTY, "Nonprofit Law: ten issues in search of resolution", *Working Papers of the Johns Hopkins Comparative Nonprofit Sector Project*, 1996, pàg. 9.

<sup>493</sup> *Vid.* part II, cap. IV, apartat 3.

<sup>494</sup> Hi ha ordenament que només admeten com a membres del consell d'administració o direcció persones físiques (Dinamarca, Hongria, Àustria); d'altres també admeten la inclusió de persones jurídiques (Espanya, Països Baixos, Alemanya, Anglaterra i Gal·les). K.J. HOPT; W.R. WALZ; T. VON HIPPEL; V. THEN (eds.), *The European Foundation. A New Legal Approach*, Verlag Bertelsmann Stiftung, Gütersloh, 2006, pàg. 160; 170.

<sup>495</sup> Insistim, un cop més, en l'existència de pluralitat de normes de dret privat autonòmiques que regulen les fundacions, i per tant, també el patronat. L'exigència de patronat és una condició bàsica segons la LF 50/2002, tot i això, el seu funcionament pot estar regulat amb les particularitats que hagin estimat els legisladors autonòmics.



exigeix que siguin un mínim de tres membres, dels quals un serà president i un altre secretari. Poden ser persones físiques o jurídiques (en les darreres, seria necessària la determinació d'una persona natural per a la seva representació). I les seves funcions són d'administració i de representació, que hauran d'acomplir amb la diligència d'un representant legal. El càrrec és gratuït, tot i que es poden rescabalar les despeses del càrrec<sup>496</sup>. Els patrons responen dels seus actes davant la pròpia fundació. La doctrina majoritària considera que és una responsabilitat contractual, ja que el patró ha d'acceptar el seu càrrec<sup>497</sup>. Per a que el patró sigui responsable enfront als tercers cal que l'actuació hagi estat realitzada de forma dolosa o negligent (art. 1902 CCEsp)<sup>498</sup>. Com a subjectes actius per interposar acció de responsabilitat davant d'autoritat judicial en nom de la fundació, serien: el patronat de la fundació per acord motivat sense la participació del patró afectat; el Protectorat; els patrons dissidents o absents o el fundador quan no és patró (art. 17.3 LF 50/2002)<sup>499</sup>. Es comprova com no es possibilita al possible beneficiari per accionar per exigir responsabilitat, per contra del que succeeix en els *charitable trust*, o en d'altres ordenaments europeus, on el tercer beneficiari disposa de capacitat per acudir als tribunals.

La composició del consell d'administració de les fundacions **franceses** està subjecte a una rígida estructura infranquejable que disposa els estatuts típics proposats pel Consell d'Estat<sup>500</sup>. Des del decret de 2 d'abril de 2003 s'instauren esquemes d'organització nous: a) es conserva una organització central; b)

---

<sup>496</sup> Art. 15.4 LF 50/2002: “Los patronos ejercerán su cargo gratuitamente sin perjuicio del derecho a ser reembolsados de los gastos debidamente justificados que el cargo les ocasione en el ejercicio de su función. No obstante lo establecido en el párrafo anterior, y salvo que el fundador hubiese dispuesto lo contrario, el Patronato podrá fijar una retribución adecuada a aquellos patronos que presten a la fundación servicios distintos de los que implica el desempeño de las funciones que les corresponden como miembros del Patronato, previa autorización del Protectorado”.

<sup>497</sup> L'art. 15.3 LF preveu quatre possibilitats diferents d'acceptació del càrrec de patró: per document públic; document privat legitimat per notari; comparèixer al Registre; davant el propi Patronat.

<sup>498</sup> “Artículo 17. Responsabilidad de los patronos. 1. Los patronos deberán desempeñar el cargo con la diligencia de un representante leal. 2. Los patronos responderán solidariamente frente a la fundación de los daños y perjuicios que causen por actos contrarios a la Ley o a los Estatutos, o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo. Quedarán exentos de responsabilidad quienes hayan votado en contra del acuerdo, y quienes prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél.”

<sup>499</sup> Vegeu: F. RIVERO HERNÁNDEZ, “Responsabilidad de los patronos de una fundación frente a terceros”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 664, 2001, pàg. 721-758.

<sup>500</sup> Han de ser un mínim de 7 membres i un màxim de 12 membres. Abans de la darrera reforma, un terç dels membres eren representants de l'Estat, actualment però, es permet que hi hagi un comissari del govern, designat pel Ministeri d'Interior després de consultar els altres ministeris afectats, i la seva funció és garantir el respecte dels estatuts. Vegeu O. BINDER, *Guide juridique et fiscal du mécénat et des fondations à l'usage des entreprises et des entrepreneurs*, 3<sup>a</sup> ed., 2005, Paris, pàg. 143 i ss.

executiu bicèfal. El Consell d'administració té com a missions administrar la fundació i prendre les decisions (votar el pressupost, aprovar els comptes, préstecs, accions de justícia, la modificació dels estatuts). Els membres del Consell d'administració exerceixen les seves funcions a títol gratuït. La fundació té responsabilitat civil per danys causats a tercers, i els membres del consell poden respondre per responsabilitat civil i criminal.

En l'ordenament **italià**, l'òrgan administratiu de la fundació pot ser compost d'un o més subjectes que podrà ser determinat pel fundador, o bé, per un tercer a qui se li hagi atribuït tal facultat<sup>501</sup>. Hi ha unes normes generals per les quals es regiran els administradors (arts. 18 a 24 CCIIt), però, es preveu que en els estatuts es poden establir les normes d'organització i administració. Seria important preveure un sistema de rendiment de comptes per part dels administradors, per tal de garantir la transparència administrativa, de gestió i institucional, però actualment es fa una remissió a les normes sobre mandat, i la responsabilitat és de naturalesa contractual<sup>502</sup>. La responsabilitat no es concep com a derivada d'un fet, sinó que deriva de cada administrador segons la seva participació a l'acte que causa el dany, o bé, no hagi fet constar la pròpia disconformitat de l'acte. Si més d'un administrador és responsable, aquests respondran solidàriament.

En el **Codi civil holandès**, es preveu que la fundació ha de ser governada i representada legalment per un consell de direcció que serà el responsable de l'administració de la fundació. No es requereix cap nombre concret de membres (arts. 2:291, 2:292 BW). També és possible, però no prescriptiu legalment, que es compti amb un consell d'assessors o un òrgan supervisor, que s'haurà de preveure en els estatuts. Els òrgans estan sotmesos a les responsabilitats generals civils previstes en el Codi civil (llibre 2, secció 9), o bé, per responsabilitat criminal. Responen mancomunada i solidàriament pels actes legals que no compleixen, com ara la inscripció inicial o l'elaboració dels comptes anuals (les fundacions comercials han de publicar-los anualment), o per fallides involuntàries (quan són fundacions subjectes a l'impost de societats). S'exclouen de la responsabilitat, el membre del consell que demostra la no participació en les decisions que han comportat el dany, o hagi pres mesures per evitar-ho. Els membres del consell poden ser destituïts del càrrec pel tribunal, a petició del Fiscal, o en atenció de les raons de qualsevol part interessada si els actes (o la

---

<sup>501</sup> M.E. DI GIANDOMENICO; D. FESTA, *Consortzi, fondazioni e trust*, Maggioli Ed., 2005, pàg. 245.

<sup>502</sup> L'art. 18 CCIIt disposa que als administradors els són d'aplicació les normes de mandat (art. 1710 i ss CCIIt) així com l'art. 1713 CCIIt, de manera que imposa als administradors donar comptes de la seva labor, i el deure d'actuar amb la diligència deguda.

manca d'aquests) han incomplert els mandats legals o dels estatuts o per incorrecta administració<sup>503</sup>.

A **Anglaterra i Gal·les**, els dirigents de la fundació, generalment anomenats *charity trustees*<sup>504</sup>, són els responsables del control general i de la direcció de l'administració de la *charity*. Aquests deures han de ser duts a terme de bona fe i amb l'objectiu de complir les finalitats fundacionals, actuant en interès dels beneficiaris, protegint i conservant els béns de la fundació i exercint el control respecte els treballadors. Tots aquests deures no poden ser delegats, i del seu incompliment en responen personalment<sup>505</sup>. També tenen l'obligació de retre informes anuals, obligació que és distinta segons el tipus de *charity* (forma), així mateix, es té en compte la mida de la fundació<sup>506</sup>. Les obligacions d'informació tenen com a finalitat garantir la bona gestió de la *charity* segons la seva dimensió, confrontar les dades amb els seus membres, beneficiaris, usuaris i el públic en general, i en definitiva, permetre que la *Charity Commission* desenvolupi la seva activitat de vigilància<sup>507</sup>. Les *charities* disposen d'una àmplia capacitat d'autoreglamentació, de manera que són les mateixes *charities* les que han de definir el seu estàndard de gestió<sup>508</sup>. Es considera que els *charity trustees* actuen voluntàriament i de forma gratuïta, tot i que es pot preveure expressament la seva remuneració. La *National Governance Hub*, ha publicat un *Code of Governance for the Voluntary and Community Sector*, en el qual s'estableixen set principis d'actuació dissenyats per a ser aplicats a les *charities*<sup>509</sup>.

---

<sup>503</sup> J. SCHERPHUIS et al., "The Netherlands", *Foundations' Legal and Fiscal Environments, Mapping the European Union of 27*, EFC, 2007.

<sup>504</sup> El significat de '*charity trustees*' és triple: en referència als *trustee* d'un *charity trust*; en referència a les persones a qui s'atribueix la direcció i administració d'un *charity*, o els seus pressupostos; la definició de la *Charities Act 1993*, segons la qual són les persones que disposen del control general i de direcció administrativa del *charity*, i aquest *charity* implica qualsevol institució jurídica o no. P. LUXTON, *The law of charities*, Oxford, 2001, pàg. 336 i ss.

<sup>505</sup> Poden respondre civil o penalment per incompliment o negligència. La responsabilitat és personal respecte els errors que cometin si posen en risc el patrimoni de la *charity*.

<sup>506</sup> La informació anual que ha d'aportar: llistat de *charity trustees*, els comptes anuals, i informe anual. Totes les *charities* registrades han de complimentar un mòdul que disposa la *Charity Commission*, però aquest serà diferent segons la mesura de la *charity*: des d'un verbal, fins un *report* i un balanç de comptes, en alguns casos, també es precisa d'auditories externes.

<sup>507</sup> R. FRIES, "Le associazioni filantropiche e la charity commission", G.P. BARBETTA; C. SCHENA, *Regolazione e controllo sulle organizzazioni non profit*, Il Mulino, Bologna, 2000, pàg. 65.

<sup>508</sup> Propostes d'estàndards els fan per exemple: *Association of Charitable Foundations*; *Institute of Charity Fund-Raising Managers*, o la pròpia *Charity Commission*.

<sup>509</sup> Tanmateix, les *incorporated charities* sovint adopten el seu propi codi de conducta inspirat en els de les empreses. E. BODDINGTON, "United Kingdom (focus on England and Wales)", *Foundations' Legal and Fiscal Environments, Mapping the European Union of 27*, EFC, 2007. National Governance Hub: <[www.governancehub.org.uk](http://www.governancehub.org.uk)>.

### 1.3.4 La denominació

Tota fundació disposa d'un nom imprescindible per identificar-se, el qual figura, generalment, en l'acte de constitució i en els seus estatuts. Malgrat que el fundador pot escollir lliurement el nom, està subjecte a certes limitacions per tal d'identificar la forma jurídica, així com per evitar confusions i garantir al tercer de bona fe la seva indentificació fefaent. La primera limitació, en general, prové de l'ordre públic del país on es pretén adoptar el nom, per tal d'evitar duplicitats, o bé, per evitar crear confusió en els usuaris o possibles donants, de manera que sigui fàcilment identificable de quin tipus d'entitat es tracta. Per això, el legislador prohibeix que les persones jurídiques que no compleixen els requisits legals pels quals es constitueix una fundació, puguin utilitzar el terme 'fundació' en la seva denominació. Donada la importància de la identificació que comporta la fundació amb la persecució de fins d'interès general, es troba limitat l'ús del qualificatiu 'fundació' a aquells ens que efectivament actuen com a tal<sup>510</sup>.

La llei de fundació **espanyola** estableix en el seu art. 5 les regles de la utilització del mot fundació, disposant que durà el terme "fundació" seguit del nom escollit<sup>511</sup>. En segon lloc prohibeix utilitzar un nom preexistent o similar que pugui conduir a confusió. La preocupació per la no duplicitat de noms ve precedida, sense cap dubte, per la pluralitat de registres coexistents a l'Estat. És per això, que en la llei de 2002 es preveia la creació en el si del registre de fundacions estatals una secció de denominacions en la que s'integrarien les denominacions de les fundacions ja inscrites en el registre estatal i autonòmics, i les denominacions de reserva temporal. Així ha estat previst en el Reglament del Registre de fundacions de competència estatal, que dedica el capítol cinquè a la

---

<sup>510</sup> "L'obligation de mentionner le nom et la forme de la personne morale est généralement sanctionnée par la mise en cause de responsabilité des personnes qui ont participé à un acte ne respectant pas les prescriptions légales si un préjudice en est résulté pour tiers". V. SIMONART, *La personnalité moral en droit privé comparé*, Brussel·les, 1995, pàg.137.

<sup>511</sup> Estableix les característiques del nom, com per exemple, que no sigui contrari a la llei. Es complementa la llei amb l'art. 3 del Reglament de Fundacions de competència estatal (2005). "Artículo 3. Denominación de las fundaciones: 1. Las fundaciones sólo podrán tener una denominación. Podrán utilizarse las letras del alfabeto de cualquiera de las lenguas oficiales españolas. Las expresiones numéricas podrán recogerse en números arábigos o romanos. 2. La denominación de la fundación no podrá coincidir o asemejarse de manera que pueda crear confusión con ninguna otra de la que conste su previa inscripción en un registro público español, o con una denominación protegida o reservada a otras entidades, públicas o privadas, por su legislación específica. Entre otras posibles circunstancias, se entenderá en todo caso que existe tal semejanza cuando concorra alguna de las siguientes: a) La utilización de las mismas palabras en diferente orden, género o número. b) La utilización de las mismas palabras con la adición o supresión de términos, expresiones, artículos, adverbios, preposiciones, conjunciones, acentos, guiones, signos de puntuación u otras partículas de escasa significación. c) La utilización de distintas palabras con idéntica expresión gráfica o notoria semejanza fonética. 3. Las personas físicas o jurídicas podrán emplear su nombre, denominación, seudónimo o acrónimo en la denominación de las fundaciones que constituyan."

secció de denominacions (arts. 47-52). En síntesi, preveu un índex de denominacions de les fundacions de competència estatal, les fundacions inscrites en registres autonòmics, així com de les delegacions de fundacions estrangeres que realitzin activitats en territori espanyol, i també les denominacions amb reserva temporal. Serà competència de l'encarregat del Registre (estatal) expedir les certificacions de denominació que tindrà com a finalitat, assenyalar si existeix o no denominació idèntica o semblant en l'índex. Aquest certificat, negatiu, serà imprescindible per a que el Notari autoritzi escriptura de constitució o modificació, entenem que també per a les delegacions de fundacions estrangeres (a diferència del que succeeix amb les sucursals de societats mercantils<sup>512</sup>).

Si la preocupació principal en relació al nom de la fundació per l'ordenament espanyol és la d'evitar duplicitat de denominacions, en el dret **francès** l'atenció rau en la correcta utilització del terme fundació i evitar usos fraudulents. Per causes històriques, la llei francesa regula de forma específica en l'art. 20 la utilització del terme "*fondation*", de manera que només les vertaderes fundacions la podran utilitzar, i no pas les activitats de mecenatge, associacions o organitzacions no governamentals, com havia passat anteriorment<sup>513</sup>. Per tant, es pretén protegir l'ús de la denominació fundació. En relació a les fundacions en compte també podran utilitzar la denominació fundació, així com les fundacions mercantils, les quals hauran de dur sempre els dos mots al costat del nom '*fondation d'entreprise X*'. Aquesta situació superada per l'ordenament francès, es dóna en altres països, com és el cas belga de fundacions, on el terme '*fondation*' inclou realitats jurídiques molt diferents, com les associacions sense fins lucratiu<sup>514</sup>. Aquest desconcert frena la generositat dels ciutadans, perquè hi ha

---

<sup>512</sup> El Reglament del Registre Mercantil no exigeix per a la inscripció de les sucursals la certificació negativa de denominació social. En relació al risc que la denominació de la sucursal de la societat estrangera sigui idèntica a una altra ja existent, la DGRN manté que el risc s'elimina a través de l'afegit al nom de la societat estrangera de termes que revelen que es tracta d'una sucursal; no correspon a la normativa sobre denominacions ni al Registre Mercantil prevenir o combatre el risc de confusió respecte la procedència de les activitats empresarials desenvolupades en el tràfic per societats amb denominacions similars. A aquests efectes, l'objecte de la denominació és identificar el subjecte responsable de les relacions jurídiques. (DGRN Resol. 11/09/1990, RJ 7148; 24/05/2007, BOE 04/07/2007).

<sup>513</sup> Va haver-hi un abús en la utilització d'aquest terme per part d'entitats que no disposaven de l'estatut de fundació, com ara associacions, per això la *loi 1987* ho va regular expressament i va establir un termini perquè s'adeqüessin les denominacions incorrectament utilitzades.

<sup>514</sup> A Bèlgica, el terme *fondation* era utilitzat per associacions, les quals es consideraven falses fundacions, per això, en part, es modificà la legislació l'any 2003. G. PIROTTE, "Belgium", H.K. ANHEIER; S. DALY (eds.), *The Politics of Foundations*, Routledge, 2007, pàg. 86-87.

una constant confusió entre el que és una associació i una fundació, d'aquí la necessitat d'establir una acurada definició de fundació<sup>515</sup>.

En dret anglosaxó, també s'usa el qualificatiu de *charity*, ja sigui per una *charity trust*, com per una *charity corporation*<sup>516</sup>, així es diferencia la mida o importància. *Charity*, però, inclou una gran tipologia d'entitats sense fins de lucre, i no només les fundacions, sinó també associacions, d'aquí el nombre espectacular d'entitats, per això, només poden diferenciar-se mitjançant el règim fiscal aplicable. A Anglaterra i Gal·les existeix normativa respecte la denominació, essent la *Charity Commission* l'encarregada d'emetre els informes sobre els noms preexistents per tal d'evitar duplicitats. Als EUA, s'ha generalitzat l'ús del qualificatiu "*foundation*"<sup>517</sup>, i és de preveure que a Anglaterra i Gal·les proliferin les "*charitable incorporated organisation*" (CIO)<sup>518</sup>.

### 1.3.5 L'extinció de la fundació

Una característica essencial de les fundacions des dels seus inicis ancestrals, és l'aspiració a la immortalitat de la causa designada pel fundador. Va ser precisament la perpetuïtat de les vinculacions (mans mortes) la que va comportar la seva persecució i extinció. Actualment, la vocació de perennitat i d'immutabilitat continua essent un element identificador de les fundacions, tot i que s'usa termes com: afeció irrevocable dels béns o vinculació perpètua. Tanmateix, hi ha ordenaments jurídics que preveuen fundacions temporals<sup>519</sup>, o bé, que distingeixen dos tipus, limitades i il·limitades<sup>520</sup>. Per tant, des d'una perspectiva més actual, la perpetuïtat de les fundacions es concep des del punt de vista de la finalitat que persegueix, generalment àmplia, quan es percep que no s'exhaurirà mai la seva necessitat (p.ex. un hospital, una escola). Però també,

---

<sup>515</sup> I. BANMEYER; C. TALBOT, "Les fondations: état présent et idées de réforme", *Annales de Droit de Louvain*, 1998 (1), pàg. 45 i 60.

<sup>516</sup> Les *charity corporation* si volen incloure en la denominació el terme 'charity' precisen de l'aprovació del *Secretary of State for Trade and Industry* abans del *Certificate of Incorporation*.

<sup>517</sup> Als EUA, el terme *foundation* està més arrelat que al Regne Unit, on comencen a utilitzar-lo arrel de la internacionalització de les activitats. La diferència del terme *foundation* i *charity* s'estableix en les normes fiscals. Als EUA la tendència és d'un menor ús del *trust*, en favor de models mixtos, que conjuminin l'aspecte típic dels ens *non profit* (és a dir, la prohibició de repartir guanys) amb una organització més complexa, estructura en forma de *corporations*, més ideal per garantir la professionalitat necessària per gestionar els capitals. G.M. RICCI, "Filantropia locale e community foundations: la circolazione del modello americano nel sistema giuridico italiano", *InDret* 2/2005, n. 282, pàg. 10.

<sup>518</sup> Segons la *Charity Act 2006*, les *charities* constituïdes com a tal, hauran d'incloure en la denominació les sigles CIO. *Vid.* part I, cap. I, apartat 1.3.1 (Anglaterra i Gal·les).

<sup>519</sup> Com és el cas de la Llei espanyola de fundacions de 2002.

<sup>520</sup> Com en l'ordenament italià. A França, les fundacions reconegudes d'utilitat pública, en principi, són perpètuas, però en canvi, les fundacions d'empresa tenen una durada inicial de cinc anys prorrogables.

existeixen finalitats altruistes que són susceptibles de ser determinades i concretades en el temps, ja que poden esdevenir obsoletes o acomplertes. Pensem, per exemple, en borses d'investigació per una determinada malaltia; en subsidis a determinats grups de sectors laborals que amb el temps desapareixen (p.ex. minaires), etc. Però també es poden donar situacions on el fi esdevingui impossible de ser assolit (impossibilitat sobrevinguda).

L'extinció d'una fundació, pot esdevenir de forma voluntària, això seria per acord del consell de direcció o en compliment del disposat en els estatuts, per exemple quan el fi perseguit ja no tindria sentit. O bé, es pot extingir una fundació per decisió judicial, quan la finalitat és il·lícita o ha esdevingut obsoleta.

En nombrosos ordenaments es preveu la intervenció dels poders públics o administratius per tal d'extingir la fundació, per contra, en d'altres ordenaments, no es requereix supervisió pública per a la seva extinció (Àustria, Liechtenstein). En el procediment d'extinció, es durà a terme un procés de liquidació dels béns de la fundació, del qual en resultarà un actiu net, que en la majoria d'ordenaments es preveu que es cedeixin a l'entitat privada o pública predeterminada o predeterminable en els estatuts de la fundació, per tant, atenent a la voluntat del mateix fundador. Una altra possibilitat que es contempla, és la transmissió de la fundació, amb tots els actius i passius, a una altra fundació o entitat que persegueixi les mateixes o similars finalitats. En algunes regulacions es preveu que els béns, un cop liquidada la fundació, poden retornar a la família del fundador (Portugal) o aquelles persones que hagués previst el mateix fundador en el moment de la seva constitució.

Segons la llei **espanyola**, les fundacions s'extingeixen per causes voluntàries establertes pel fundador i causes determinades per la llei<sup>521</sup>. Les formes d'extinció, seran: per acord del Patronat ratificat pel Protectorat o per resolució judicial motivada (art. 32 LF 50/2002). L'acord d'extinció haurà d'inscriure's en el registre corresponent. En el cas de fundacions de competència estatal es cancel·larà el full obert de la fundació<sup>522</sup>. La liquidació la du a terme el Patronat de la fundació, sota el control del Protectorat, i la destinació dels béns i drets resultants de la liquidació seran a favor de fundacions o entitats no lucratives, o

---

<sup>521</sup> Art. 31 LF: "La fundación se extinguirá: a) Cuando expire el plazo por el que fue constituida. b) Cuando se hubiese realizado íntegramente el fin fundacional. c) Cuando sea imposible la realización del fin fundacional, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 29 y 30 de la presente Ley. d) Cuando así resulte de la fusión a que se refiere el artículo anterior. e) Cuando concurra cualquier otra causa prevista en el acto constitutivo o en los Estatutos. f) Cuando concurra cualquier otra causa establecida en las leyes".

<sup>522</sup> Vegeu, arts. 39-41 del Reglamento del Registro de fundaciones de competencia estatal, RD 1611/2007.

bé, a entitats públiques<sup>523</sup>, designat en el negoci fundacional o per decisió del Patronat si té reconeguda tal facultat, i en últim terme, està facultat el Protectorat (art. 33 LF 50/2002)<sup>524</sup>.

El *Codice civile italià* (art. 27), disposa que, a banda de les causes previstes en el acte constitutiu i en els estatuts, la persona jurídica, s'extingeix quan la finalitat ha estat acomplerta o ha esdevingut impossible. Per a l'extinció, abans es requeria necessàriament declaració per autoritat pública, actualment, però, només hi ha l'obligació de comunicar a la *prefettura, la regione ovvero la provincia autonoma competente*, l'acte d'extinció de la persona jurídica, als administradors i al president dels tribunals quan concorri alguna de les causes de l'art 27<sup>525</sup>. Un cop tancat el procediment de liquidació, es comunica al registre competent per a que es cancel·li l'anotació de la persona jurídica<sup>526</sup>. A partir del moment en que es comunica la declaració d'extinció de la persona jurídica, els administradors estan constrets a no dur a terme cap altra operació, en cas contrari assumirien responsabilitat personal i solidària (art. 29 CCIIt). Un cop declarada l'extinció, succeeix la liquidació del patrimoni (art. 30 CCIIt)<sup>527</sup>. Els béns es retornaran segons el que disposin els estatuts (art. 31.1 CCIIt), si els estatuts no disposessin res, l'autoritat governativa està facultada per destinar els béns a d'altres ens que persegueixin finalitats anàlogues (art. 31.2 CCIIt).

Les fundacions **holandeses** es sotmeten al règim general de dissolució de les persones jurídiques. Es faculta al tribunal del districte la possibilitat d'establir la

---

<sup>523</sup> Així mateix en d'altres ordenaments europeus, per exemple, a Alemanya, si no s'han previst els destinataris en els estatuts es destina a les autoritats públiques, també a Suïssa, on els béns es destinen a la Corporació pública (Confederació, Cantó o Municipi).

<sup>524</sup> No obstant el disposat en aquest article, per tant, que la destinació ha de ser a entitats que persegueixin fins d'interès general, no és norma bàsica per a les legislacions autonòmiques, per això, sorgeixen dubtes respecte la possibilitat de reversió a favor del fundador o dels seus familiars dels béns liquidats. Aquesta qüestió ha causat debat doctrinal, sobretot respecte la normativa de Navarra que preveu tal possibilitat (Ley 47 de la Compilación Foral de Navarra), i l'art. 27.2 de la Llei de fundacions de Madrid. Aquesta última va ser objecte de recurs d'inconstitucionalitat, finalment, el TC el declara no inconstitucional perquè interpreta l'articulat de forma que s'entén com a no compatible una eventual clàusula de reversió dels béns i drets pel qual el fundador va dotar a la fundació. (STC 341/2005, 21 de desembre de 2005; BOE, núm. 17 supl. 20.1.2006). Vegeu les consideracions: V. DE PRIEGO FERNÁNDEZ, "Capítulo 11: Modificación, fusión y extinción de las fundaciones", BENEYTO PÉREZ, J.M. (dir.), *Tratado de Fundaciones*, Bosch, 2007, vol. I, pàg. 633-644.

<sup>525</sup> D.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361, (art. 11.1 lett. c); introdueix l'art. 6.

<sup>526</sup> F. GALGANO, *Personae giuridiche. Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, Bologna, 2ª ed., 2006, pàg. 397-409.

<sup>527</sup> Abans de la reforma del 2000, es preveia en l'art. 34 que s'havien d'inscriure en el registre de les persones jurídiques les resolucions de liquidació i extinció, disposició que ha estat derogada.



dissolució de la fundació en cas d'inactivitat. En relació a la destinació dels romanents, aquesta ha d'estar prevista en els Estatuts de la fundació<sup>528</sup>.

En la tradició jurídica **anglesa**, i per extensió, del *common law*, la dissolució de les fundacions depèn de diferents factors, com serien: la forma legal de la *charity*; la seva solvència i; les previsions establertes en l'acte fundacional. En relació al patrimoni sobrant, es destina al que hagi estat disposat en els Estatuts o voluntat fundacional. Per al cas que aquests no prevegin res, es destinarien a una fundació o entitat sense afany de lucre amb finalitats anàlogues, i subsidiàriament a institucions públiques. És el que es coneix en els ordenaments del *common law* com teoria del *cy-près*<sup>529</sup>.

Caldria plantejar la destinació del romanent en les fundacions “internacionals”, enteses aquestes com les que tenen finalitats més enllà de les seves fronteres, o que actuen a través d'establiments secundaris en diferents Estats. Avançant-nos a l'estudi de Dret internacional privat de la segona part, ens plantejaríem la llei aplicable a la dissolució de la fundació que actua transnacionalment, o que disposa de delegacions. La resposta a priori seria senzilla, la llei aplicable, seria la determinada per la llei aplicable al seu estatut personal, és a dir, la llei que regeix la constitució, funcionament i dissolució de la institució, per tant, la llei que regeix la vida de la fundació (és així en la majoria d'ordenaments de DIPr autònoms). Serà doncs la llei de l'Estat del seu estatut personal, que coincidirà generalment, amb el tribunal competent, essent aquesta també la norma més estesa en drets domèstics com en les normes de DIPr europees (art. 22.2 Reglament 44/2001). Més complicat serà la dissolució d'una fundació amb patrimonis en diferents Estats, en aquest cas, caldrà atendre a possibles normes imperatives, i en concret, les normes fiscals.

---

<sup>528</sup> Art. 2:19 BW.

<sup>529</sup> El terme deriva de “ici-près”, a prop de, i també de “aussi-près”, el més aproximat possible. Tal teoria, s'aplica, no només respecte la destinació dels béns de la fundació liquidada, sinó també, quan no està suficientment determinat el fi fundacional pel fundador o un donant, o bé, quan la finalitat esdevé impossible o obsoleta i cal modificar-la, implica doncs una alteració dels *charitable purposes*: “Where property is applicable cy-près, the substituted purposes should be as near as possible to those originally specified (...). P. LUXTON, *The law of charities*, Oxford, 2001, espec. pàg. 543-601; 841-849. “The doctrine of cy-près is one method by which the courts may support the overall intent of the settlor of the trust when the terms of the trust cannot be complied with by the trustees. As noted above, “trustees” in this situation would include a corporation or unincorporated association that is holding property and is impressed with a charitable trust or purpose.” D.J. BOURGEOIS, *The Law of Charitable and Not-For-Profit Organizations*, Butterworths, 2002, pàg. 370-372. Vegeu també, les recents modificacions a la llei de 1993 introduïdes per la Charity Act 2006 (part. 2, capítol 4).

## 2. APROXIMACIÓ DEL TRACTE FISCAL APLICABLE A LES FUNDACIONS

És generalitzat en els ordenaments jurídics d'occident, que les fundacions rebin un tracte fiscal avantatjós degut a l'activitat d'utilitat social que desenvolupen, per tant, com un estímul a les activitats que realitzen<sup>530</sup>. A l'Europa comunitària, en el conjunt d'entitats integrants de l'Economia social, destaquen precisament les fundacions, juntament, amb les associacions, com les formes legals més beneficiades per les normes fiscals especials, justificat pel seu caràcter no lucratiu i en la seva forma d'afectar els recursos i beneficis, que prevalen les activitats d'interès social i/o general<sup>531</sup>. Aquests avantatges fiscals poden ser indirectes a través de reduccions en els impostos, o bé directes, percebent fons públics. S'adverteix però, el perill que aquest tracte afavoridor, esdevingui poc transparent si la fundació acaba depenent del sosteniment públic, caldria que els avantatges fiscals fossin predominantment per desgravacions fiscals, per tal de preservar o finançar l'autonomia i la independència de l'ens<sup>532</sup>.

Es distingeixen dos tipus de tracte fiscal, per una banda, els que fan referència directament a les organitzacions sense afany de lucre, i per l'altra, les desgravacions que poden rebre les donacions, contribucions individuals testamentàries (llegats o herències) o d'altres persones jurídiques, a les fundacions o organitzacions del tercer sector. Però cada un dels avantatges fiscals que pot preveure un sistema tributari s'aplicarà de forma distinta segons el tipus d'entitat, de les seves finalitats i el tipus de beneficiaris a qui es destinin les seves activitats. Per això, és difícil fer una afirmació generalitzada que les organitzacions del tercer sector gaudeixen d'exempcions fiscals sense tenir en compte les especificitats i característiques, principalment la finalitat de les organitzacions<sup>533</sup>. A aquestes

---

<sup>530</sup> L'exempció tributària constitueix un benefici (benefici tributari o fiscal), i és el resultat d'una norma 'de favor', per la qual, malgrat produir-se el supòsit imposable, es preveu en la mateixa norma que en uns determinats supòsits no es desenvolupi el seu efecte principal: el deure de pagar el tribut. L'abast d'aquest tipus de normes pot arribar fins a la total anul·lació de l'efecte del fet imposable (exempció total) o bé, suposar un alleugeriment de la càrrega tributària (bonificacions, deduccions, etc.) F. PÉREZ ROYO, *Derecho financiero y tributario*, Civitas, 1997, pàg. 132-133. "(...) a maggior ragione lo 'spazio' per la fornitura di beni 'misti' e di 'merito' può essere occupato da soggetti motivati da 'altruismo', quali le fondazioni. In questo approccio il 'risparmio' per il contribuente non sarebbe attribuibile solo alla diversa destinazione delle risorse, ma anche alla maggiore efficienza nell'uso delle stesse risorse, sottratte alla burocrazia pubblica." V.A., *Le Fondazioni in Italia Libro bianco*, Consiglio italiano per le Scienze Sociali, Roma, 2002, pàg. 80.

<sup>531</sup> CIRIEC: "La Economía Social en la Unión Europea", n. CESE/COMM/05/2005, DI CESE 97/2007 Gr. III ahc. Resumen para el CESE del CIRIEC, "La economía social en la Unión europea", DI CESE 96/2007 Gr.IIIahc.

<sup>532</sup> V.A., *Le Fondazioni in Italia Libro bianco*, Consiglio italiano per le Scienze Sociali, Roma, 2002, pàg. 78.

<sup>533</sup> Per exemple, tindran un tracte fiscal diferent les donacions que es realitzin a organitzacions amb finalitat d'interès general, d'aquelles donacions que es facin a organitzacions amb finalitats mutuels, és a

especialitats s'ha d'afegir la varietat d'impostos que existeixen i que són susceptibles de ser exempts (IVA, impostos patrimonials, impost de successions, etc.), així com els beneficiaris de les exempcions, ja siguin les pròpies organitzacions, o bé, els donants, als quals també se'ls aplica un tracte diferenciat segons si són particulars o empreses (IRPF, impost de societats, etc.).

Per a què a una fundació se li apliquin els beneficis fiscals caldrà que compleixi els requisits que prevegi la norma fiscal, que són paral·lels a les normes de dret privat de constitució d'una fundació, tot i que estan estretament vinculats<sup>534</sup>. Quan una fundació opera en més d'un Estat, caldrà determinar el criteri que la subjectarà a tributació. Els criteris més usats, acostumen a ser: el lloc d'establiment, lloc de residència i, procedència dels recursos. En ocasions es sotmet la tributació i les possibles exempcions a l'existència o no d'una sucursal o establiment permanent de la fundació en el territori. Els impostos aplicables generalment són els previstos per les societats mercantils i el criteri que les exclou de la subjecció és la finalitat d'interès general o públic de l'entitat. També cal determinar la tributació, o la seva exempció, respecte les donacions a entitats no lucratives, com són les fundacions, i es comprovarà que també es diferencia segons si s'és resident o no, i si es disposa d'un establiment permanent. Sense cap pretensió d'exposar un estudi especialitzat en dret tributari, es presenten sumàriament algunes regulacions europees, que podran resultar útils per a la tercera part de l'estudi dedicat al dret comunitari europeu<sup>535</sup>.

---

dir, que beneficien als membres de l'organització. M.A. CABRA DE LUNA: "En conseqüència, en el Dret tributari existeix una definició precisa del que es concep per sector no lucratiu, ja que és absolutament imprescindible delimitar quins seran els titulars dels incentius fiscals, com a subjectes passiu de determinats tributs, ja sigui indirectament com a donant. D'aquí que la legislació fiscal dels diferents països sigui un dels elements definitoris de més precisió de les entitats integrants del Tercer sector, on les fundacions ocupen un rol i lloc rellevant". M.A. CABRA DE LUNA, *El tercer sector y las fundaciones de España hacia el nuevo milenio*, Madrid, 1998, pàg. 43.

<sup>534</sup> Per exemple, s'exigeix en molts ordenaments que la fundació estigui legalment registrada per tal que li sigui d'aplicació la normativa tributària. Al Regne Unit, només tenen exempcions les donacions a persones o organitzacions que realitzin una activitat *charitable*, i que estiguin registrades. A França s'exigeix que les organitzacions siguin reconegudes pel *Conseil d'Etat*, la "*reconnaissance d'utilité publique*". Sorgeixen problemes de qualificació, com s'ha exposat, per determinar que és 'utilitat pública', o bé, segons el compliment de requisits jurídics formals, per exemple, respecte el *trust*. Si posem per cas, que aquest primer entrebanc fos superat, topàriem de nou, amb la inexistència de regulació fiscal específica per aquesta figura anglosaxona, per exemple, en l'ordenament espanyol, vegeu: S. NASARRE AZNAR; E. RIVAS NIETO, "Patrimonios financieros sin personalidad. Naturaleza jurídica y régimen tributario", *Estudios Financieros*, núm 261, pàg. 57-106; A. URQUIZU CAVALLÉ, "Los patrimonios fiduciarios: aspectos tributarios", S. NASARRE; M. GARRIDO (coords.), *Los patrimonios fiduciarios y el trust*, III Congreso de Derecho Civil Catalán, La Notaria, 2006, pàg. 715-726.

<sup>535</sup> Estudis comparatius de dret fiscal en matèria de fundacions: EUROPEAN FOUNDATION CENTRE, *Foundations' Legal and Fiscal Environments, Mapping the European Union of 27*, Brussel·les, 2007, <www.efc.be>; O. BINDER, *Guide juridique et fiscal du mécénat et des fondations à l'usage des entreprises et des entrepreneurs*, 3<sup>a</sup> ed., 2005, Paris, pàg. 683 (quadre comparatiu respecte les deduccions fiscals directes i indirectes). F.W. HONDIUS; T.J. VAN DER PLOEG, "Foundations", *IECL*, vol. XIII, cap. 9, 2000, pàg. 72-

El **dret espanyol** fiscal sobre fundacions es troba previst en la *Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo*<sup>536</sup>. El règim fiscal es basa en tres pilars: un concepte particular d'entitats sense fins lucratiu<sup>537</sup>; la tributació d'aquestes entitats en l'Impost sobre Societats<sup>538</sup> i el règim aplicable en matèria de tributs locals<sup>539</sup>. El règim fiscal especial és voluntari, de manera que el podran aplicar les entitats que compleixin determinats requisits, i comuniquin a l'Agència Tributària la voluntat expressa de sotmetre-s'hi.

---

82; V.A., "Rendre plus attractif le droit des fondations", *Collection Études et documents Conseil d'Etat. La documentation française*, Paris 1997, pàg. 195-201. M.I. CLAEYS BOUUAERT, "La fiscalité", Conseil de l'Europe, *Associations et fondations*, Strasbourg, 27-29 novembre 1996, pàg. 73-84; Pròximament, estudi de dret comparat entre Europa i EUA per l'*Institute for Foundation Law and the Law of Non-Profit-Organizations* de la *Bucerius School* d'Hamburg.

<sup>536</sup> La Llei 49/2002, ha estat desenvolupada mitjançant el *Real Decreto 1270/2003, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación del régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo*. Bibliografia al respecte: J.A. DEL CAMPO ARBULO, "Capítulo 19: Fiscalidad de las entidades sin fines lucrativos", BENEYTO PÉREZ, J.M. (dir.), *Tratado de Fundaciones*, Bosch, 2007, vol. II, pàg. 1003-1043; C. HERERO MALLOL, "Capítulo 20: Los incentivos fiscales al mecenazgo", BENEYTO PÉREZ, J.M. (dir.), *Tratado de Fundaciones*, Bosch, 2007, vol. II, pàg. 1045-1084; V.A. *Las Fundaciones. Aspectos jurídicos y fiscales. Planificación de actividades y comunicación*, Asociación Española de Fundaciones, Colex, 2006, espec. pàg. 67-120; J. JIMÉNEZ ESCOBAR, "La fiscalidad de las fundaciones: un equilibrio entre la promoción del Estado social y la competencia en los mercados", *CIRIEC-España*, n. 56/2006, pàg. 225-262; M. CRUZ AMORÓS, "Ámbito de aplicación y normas generales del régimen fiscal especial de las entidades sin fines lucrativos", S. MUÑOZ et al. (dir.), *Comentarios a las leyes de fundaciones y de mecenazgo*, Madrid, 2005, pàg. 763-791; M.L. FERNÁNDEZ DE SOTO BLASS, "Régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos declaradas de interés general o utilidad pública", *Revista de Derecho financiero y de hacienda pública*, n.º 268, 2003, pàg. 335-376; J. MONTSERRAT CODORNIU, *La fiscalidad de las Fundaciones y Asociaciones*, Gestión 2000, Barcelona, 2004; J. PEDREIRA MENÉNDEZ, "El IVA y el sector no lucrativo: análisis particular de la exenciones", *Jurisprudencia Tributaria-Aranzadi*, 2005-I, pàg. 2651 i ss.; M. RUIZ GARIJO, "Requisitos fiscales de las entidades sin fines lucrativos para la obtención del régimen de exención", *Jurisprudencia Tributaria-Aranzadi*, 2004-I, pàg. 2391-2425; Vegeu també: <[www.agenciatributaria.es](http://www.agenciatributaria.es)>.

<sup>537</sup> Entre les entitats que poden ser considerades entitats sense fins lucratiu hi figuren: les fundacions, associacions declarades d'utilitat pública, ONG de Desenvolupament, Federacions esportives espanyoles i les autonòmiques, la Creu Roja, l'ONCE, l'Obra Pía de los Santos Lugares, Esglésies i confessions religioses, entre d'altres, també s'inclou les 'delegacions de fundacions estrangeres inscrites en el Registre de Fundacions'.

<sup>538</sup> Impost sobre Societats en la Llei 49/2002, arts. 5 a 14. L'exempció de la renda no és plena, sinó parcial. La renda és la diferència entre els ingressos i les despeses. L'art. 6 descriu quines són les rendes exemptes de l'impost de Societats, resumidament: 1) els ingressos següents: donatius, donacions i ajuts rebuts per convenis de col·laboració empresarial; quotes d'associats, col·laboradors o beneficiaris sense cap contraprestació (podria ser simbòlica); les subvencions no destinades a finançar la realització d'explotacions econòmiques no exemptes. 2) les rendes procedents del patrimoni mobiliari, immobiliari de l'entitat, com són els dividendes i participacions en beneficis de societats, interessos, cànon i lloguers; 3) les derivades d'adquisició o de transmissions, per qualsevol títol, de béns o drets, incloses les obtingudes per la dissolució i liquidació de l'entitat; 4) les obtingudes en l'exercici de les explotacions econòmiques exemptes. Aquestes darreres es desenvolupen en un llistat tancat en l'art. 7 Llei 49/2002, però en tot cas, han de ser explotacions econòmiques que es desenvolupin en compliment de l'objectiu o finalitat específica de l'entitat. I. PEÑALOSA ESTEBAN, "Principales obligaciones contables y fiscales", V.A. *Las fundaciones*, Colex, 2006, espec. pàg. 78-83.

<sup>539</sup> Vegeu: R. LOVELLE ROLANDO, "Los tributos locales y las entidades sin fin de lucro", S. MUÑOZ et al. (dir.), *Comentarios a las leyes de fundaciones y de mecenazgo*, Madrid, 2005, pàg. 1019-1036.

La Llei 49/2002 considera entitats sense fins lucratius a les delegacions de fundacions estrangeres inscrites en el Registre de Fundacions, sempre que compleixin els requisits de l'art. 3<sup>540</sup>. Per tant, se'ls aplica el règim fiscal en igualtat de condicions que les fundacions espanyoles, respecte les activitats que les delegacions realitzin en territori espanyol, i també fora d'aquest territori (art. 2.e) Llei 49/2002)<sup>541</sup>, així com les donacions i aportacions que rebin podran gaudir dels incentius fiscals<sup>542</sup>.

Respecte les rendes obtingudes per fundacions estrangeres sense delegació a Espanya, s'entén que no tenen un establiment permanent, estarem davant d'un contribuent de l'Impost sobre la Renda dels No residents sense establiment permanent i no s'aplicarà la Llei 49/2002, sinó la normativa de l'Impost sobre la Renda de no residents, o bé, si existís, s'aplicaria el conveni bilateral per evitar la doble imposició<sup>543</sup>.

---

<sup>540</sup> Artículo 3. Requisitos de las entidades sin fines lucrativos. (resumidament): 1º Que persigan fines de interés general (*llistat ampli*); 2º Que destinen a la realización de dichos fines al menos el 70 por 100 (...); 3º Que la actividad realizada no consista en el desarrollo de explotaciones económicas ajenas a su objeto o finalidad estatutaria (...); 4º Que los fundadores, asociados, patronos, representantes estatutarios, miembros de los órganos de gobierno y los cónyuges o parientes hasta el cuarto grado inclusive de cualquiera de ellos no sean los destinatarios principales de las actividades que se realicen por las entidades, ni se beneficien de condiciones especiales para utilizar sus servicios (...); 5º Que los cargos de patrono, representante estatutario y miembro del órgano de gobierno sean gratuitos, sin perjuicio del derecho a ser reembolsados de los gastos (...); 6º Que, en caso de disolución, su patrimonio se destine en su totalidad a alguna de las entidades consideradas como entidades beneficiarias del mecenazgo (...); 7º Que estén inscritas en el registro correspondiente; 8º Que cumplan las obligaciones contables previstas en las normas por las que se rigen (...); 9º Que cumplan las obligaciones de rendición de cuentas que establezca su legislación específica(...); 10º Que elaboren anualmente una memoria económica en la que se especifiquen los ingresos y gastos del ejercicio (...).

<sup>541</sup> Una fundació espanyola que obté rendes de l'estranger: l'art. 6 Llei 49/2002, enumera un llistat de rendes exemptes de l'Impost sobre societats, amb independència del lloc d'obtenció, (p.ex. donacions de no residents en territori espanyol; o rendes derivades de patrimoni immobiliari obtingudes en una altra jurisdicció fiscal), i si es tributa en el país d'origen, aquestes no podran ser deduïts a Espanya. Així mateix, respecte les explotacions econòmiques realitzades a l'estranger i exemptes segons l'art. 7 Llei 49/2002.

<sup>542</sup> S. LÓPEZ RIBAS, "Aspectos internacionales del régimen fiscal de las entidades sin fin de lucro y del patrocinio", S. MUÑOZ et al. (dir.), *Comentarios a las leyes de fundaciones y de mecenazgo*, Madrid, 2005, pàg. 1190 i ss.

<sup>543</sup> Les fundacions sense domicili a Espanya (delegació registrada) es consideren com a entitat no resident, perquè no compleixen els requisits de l'impòst sobre societats (art. 8.1 Real Decret Legislatiu 4/2004, de 5 de març). Estan sotmeses a l'impòst sobre la renda de no residents, és un tribut de caràcter directe que grava la renda obtinguda en territori espanyol per les entitats (i persones físiques) no residents a Espanya. Quan una entitat no resident sense afany de lucre sigui propietària d'un immoble o de drets reals sobre aquest, haurà de satisfer el gravamen especial sobre béns immobles (art. 40 Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de No Residentes, RDL 5/2005, de 5 de marzo), però, hi ha uns supòsits d'exempció, entre els quals (art. 42.1.e): "les entitats sense afany de lucre de caràcter benèfic o cultural, reconegudes segons la legislació d'un Estat que tingui subscript amb Espanya un conveni per evitar la doble imposició amb clàusula d'intercanvi d'informació, sempre que els immobles s'utilitzin en l'exercici de les activitats que constitueixin el seu objecte". Aquesta norma restringeix les exempcions fiscals a les fundacions estrangeres que compleixin tres requisits: existència d'un conveni bilateral, que l'activitat sigui benèfica o cultural (més restrictiu que l'interès general), i que l'immoble ha d'utilitzar-se amb els fins

Respecte les donacions (donatius, aportacions)<sup>544</sup> són entitats beneficiàries del mecenatge les entitats enumerades en l'art. 2 Llei 49/2002, i per tant, les fundacions, i també, d'entre altres, les delegacions de fundacions estrangeres inscrites en el Registre corresponent<sup>545</sup>. Tenen dret a deducció els donatius dineraris i les aportacions de béns o drets (no la prestació de serveis en favor d'una fundació); els donatius poden destinar-se a explotacions econòmiques no exemptes, i el donant gaudirà de la corresponent deducció, però per a l'entitat seria un ingrés no exempt. Els contribuents de l'Impost sobre la Renda de les Persones Físiques (IRPF) tenen dret a deduir les donacions, així mateix les persones jurídiques respecte l'Impost de Societats. S'inclouen com a beneficiaris de les deduccions per donació els contribuents de l'Impost sobre la Renda de no Residents que operin en territori espanyol sense establiment permanent (se li aplicaria la deducció per als contribuents de l'IRPF); per als contribuents de l'Impost sobre la Renda de no Residents que operen en territori espanyol mitjançant establiment permanent la deducció es realitzarà mitjançant l'Impost de Societats<sup>546</sup>. Per tant, la Llei 49/2002, exclou la possibilitat de gaudir dels incentius fiscals respecte les persones físiques o jurídiques estrangeres que no tinguin establiment permanent, ni obtinguin rendes d'Espanya. Es vincula la concessió de beneficis fiscals als donatius, a la circumstància que es pugui verificar la seva correcta aplicació a la consecució de fins d'interès general de l'entitat receptora, i que per això s'exigeix que aquesta entitat estigui sotmesa al control establert per la legislació espanyola<sup>547</sup>.

---

fundacionals (no és un requisit absolut). S'entén complert si l'import net de la xifra de negocis de l'exercici corresponent al conjunt de les explotacions econòmiques no exemptes - alienes al seu objecte- no excedeix del 40 per cent dels ingressos totals de l'entitat, el que confereix un ampli marge per l'exercici d'activitats econòmiques alienes a l'objecte. Les rendes han de reinvertir-se a la realització dels fins. M. CRUZ AMORÓS, "Ámbito de aplicación y normas generales del régimen fiscal especial de las entidades sin fines lucrativos", S. MUÑOZ et al. (dir.), *Comentarios a las leyes de fundaciones y de mecenazgo*, Madrid, 2005, pàg. 768.

<sup>544</sup> En l'ordenament jurídic espanyol s'expressa com a 'mecenatge' i es regula en el títol III del a Llei 49/2002. La seva finalitat és incentivar fiscalment les activitats de mecenatge realitzades per particulars, siguin persones físiques o jurídiques, i així estimular la seva participació en projectes que beneficiïn a la col·lectivitat.

<sup>545</sup> L'art. 6.1 Llei 49/2002, estan exempts en aplicació de l'impost de societats, els donatius percebuts per les fundacions, sempre que es rebin per col·laborar amb els fins de l'entitat.

<sup>546</sup> I. PEÑALOSA ESTEBAN, "Principales obligaciones contables y fiscales", V.A, *Las fundaciones*, Colex, 2006, pàg. 110-113.

<sup>547</sup> S. LÓPEZ RIBAS, "Aspectos internacionales del régimen fiscal de las entidades sin fin de lucro y del patrocinio", S. MUÑOZ et al. (dir.), *Comentarios a las leyes de fundaciones y de mecenazgo*, Madrid, 2005, pàg. 1220-1221. Cita la resposta de la Dirección General de Tributos de la consulta 1518-00, respecte l'anterior Llei 30/1994, extensible a l'actual: "el legislador pretende limitar la aplicación de los beneficios fiscales contenidos en la norma a aquellos entes susceptibles de someterse a un sistema de control administrativo

En l'ordenament jurídic francès, el règim fiscal de les fundacions es troba regulat en el *Code Général des Impôts*<sup>548</sup>. En la darrera reforma de la llei sobre fundacions, les principals modificacions introduïdes es basaven en propostes que afavorien les condicions fiscals, i per això la majoria fan referència a articles del *Code Général des Impôts*<sup>549</sup>. L'exemple més significatiu és la reducció de l'impost sobre totes les donacions en un 60%, també per a les accions de mecenatge d'empresa<sup>550</sup>. Amb la darrera reforma tributària, es constata l'ambició del legislador francès per fer augmentar el nombre de fundacions franceses i evitar-ne la seva fugida cap a d'altres ordenaments. Si una fundació estableix una delegació a França, se li aplica el mateix règim fiscal que per les nacionals; si es tracta d'una fundació estrangera que actua a França que prova el seu caràcter no lucratiu, també se li apliquen les desgravacions.

Respecte les donacions realitzades per empreses, atenent l'art. 238 bis *Code Général des Impôts*, aquestes només podran ser deduïbles si són atorgades a organitzacions que exerceixen la seva activitat a França. Per tant, delimita la deducció per donació a les entitats nacionals o estrangeres que actuïn en territori francès. Tot i això, aquest principi de territorialitat, no s'oposa a la possible deducció de les donacions realitzades a les associacions franceses que recaptin fons per repartir en programes humanitaris<sup>551</sup>.

En l'ordenament jurídic italià, les fundacions no reben un tracte fiscal especialment avantatjós com succeeix en d'altres ordenaments<sup>552</sup>. S'inscriu la fundació en el tractament fiscal dels ens no comercials, sector que encara no té

---

de su actividad, fines, organización y funcionamiento, circunstancia que resultaría de imposible cumplimiento en caso de entidades no sometidas a la normativa española”.

<sup>548</sup> És significatiu que la definició de fundació en l'ordenament jurídic francès sigui recollida en el si d'una llei de naturalesa fiscal (art. 18 Loi 87-571 sur le développement du mécénat), fet que confirma el lligam entre el mecenatge com a fi i la fundació com a forma jurídica ideal per a realitzar-lo.

<sup>549</sup> Loi relative au mécénat, aux associations et aux fondations, n. 709, 1er Août 2003. Vegeu “Synthèse des principales mesures. Première lecture du projet de loi. Assemblée nationale, Mardi 1er avril 2003” on hi ha les principals mesures proposades i quadres comparatius amb diferents règims fiscals de països europeus, <www.fdf.org>.

<sup>550</sup> Les modificacions fiscals segueixen també la tipologia de fundacions, per això cal distingir entre les Fundacions Reconegudes d'Utilitat Pública i les Fundacions d'empresa. Per comprovar les diferències de l'actual regulació amb les proposades és útil el quadre comparatiu que es troba en el Rapport n° 278 Y. GAILLARD, 7 de maig 2003, pàg. 56 i ss <www.legifrance.gouv.fr>.

<sup>551</sup> O. BINDER, *Guide juridique et fiscal du mécénat et des fondations à l'usage des entreprises et des entrepreneurs*, 3<sup>a</sup> ed., 2005, Paris, pàg. 102.

<sup>552</sup> “(...) quando l'iniziativa privata porti a risparmi complessivi di risorse pubbliche, si legittimano agevolazioni tributarie. Che non possono essere qualificate – vale ribadire – come privilegi”. “Non c'è un vero regime fiscale per le fondazioni come categoria a sé stante. (...) Si può concludere dicendo che sembra ormai matura una riconsiderazione complessiva del rapporto tra fisco e fondazioni.” V.A., *Le Fondazioni in Italia Libro bianco*, Consiglio italiano per le Scienze Sociali, Roma, 2002, pàg. 80 i 88.

una sistematització clara i segura, conseqüència de la varietat d'ens *nonprofit* i de l'incipient preocupació legislativa. Es distingeix entre la política general referent a les organitzacions *nonprofit*, que es compon de desgravacions fiscals, o bé, del finançament directe i de les polítiques particulars de suport a les fundacions. Per tant, s'apliquen les normes sobre els ens no comercials i aquelles sobre les Organitzacions no lucratives d'utilitat social (ONLUS)<sup>553</sup>. Per tant, dues possibilitats: considerar-les com ONLUS, o bé aplicar la fiscalitat d'ens no comercials. El tracte fiscal de la fundació com a ens no comercial és el més estès a la pràctica<sup>554</sup>. Les fundacions poden dur a terme activitats comercials<sup>555</sup>, a les quals s'aplicarà la quota ordinària de *Imposta sul reddito delle società* (IRES, abans del 2004 era IRPEG), però, reduït a la meitat per les fundacions que operin en el camp de la instrucció i de l'estudi de l'experimentació d'interès general i per les fundacions bancàries que posseïxin determinades característiques. L'IVA s'aplica sobre les cessions de béns i sobre les prestacions de serveis efectuades en l'exercici de l'empresa. Les fundacions estan subjectes, com la resta d'organitzacions privades i públiques, a l'impost regional sobre l'activitat productiva (IRAP), prenent com a base l'activitat que es desenvolupa. El sistema tributari italià no preveu desgravacions fiscals que afavoreixin les donacions dels contribuents individuals a ens de tipus filantròpic<sup>556</sup>. En la regulació prevista

---

<sup>553</sup> Decreto legislativo n. 460 del 1997 (4.12.1997). Es poden consultar les obres següents: G.M. COLOMBO; S. RAGGHIANI, *Enti non commerciali e Onlus. Aspetti contabili e fiscali*, Giuffrè Editore, Milano, 2000; A. SANTUARI, *Le ONLUS. Profili civili, amministrativi e fiscali*, Cedam, 2000, espec. pàg. 63-124; G.P. BARBETTA; C. SCHENA, *Regolazione e controllo sulle organizzazioni non profit*, Il Mulino, Bologna, 2000. Els ens declarats com a ONLUS, han d'operar necessàriament en un dels sectors establerts en la llei, i han de tenir una activitat de solidaritat social en benefici de subjectes externs a les organitzacions. Per les fundacions bancàries hi ha una normativa específica (legge finanziaria 2002), sota la vigilància de Ministeri de l'Economia i Finances. Vegeu: Agenzia per le Onlus <[www.agenziaperleonlus.it](http://www.agenziaperleonlus.it)>.

<sup>554</sup> "In realtà il regime degli enti non commerciali è parso sostanzialmente adeguato per quanto riguarda gli aspetti normali dell'attività delle fondazioni così come storicamente si sono presentate nella realtà italiana. Quanto poi alle agevolazioni che in anni recenti sono state stabilite per le Onlus e che sono applicabili anche alle fondazioni che assumessero la qualificazione di Onlus, esse risultano poco efficaci, o meglio ancora poco sperimentate nella pratica, in ragione dell'incompiuto avvio dello stesso sistema delle Onlus". V.A., *Le Fondazioni in Italia Libro bianco*, Consiglio italiano per le Scienze Sociali, Roma, 2002, pàg. 88

<sup>555</sup> Segons el que estableix l'art. 2195 CCIt són considerades comercials, això és, que produeixen rendes, encara que no tinguin forma d'empresa: activitat industrial directa a la producció de béns i serveis, les activitats intermitges en la circulació de béns, les activitats de transport, l'activitat bancària o asseguradora, les activitats auxiliars.

<sup>556</sup> Però sembla que a poc a poc el legislador pren consciència de la necessitat de regular fiscalment les donacions, així per exemple l'any 2000 la *Legge Finanziaria*, preveia desgravacions fiscals per les donacions en els sectors dels béns culturals i de l'espectacle.



d'ONLUS, distingeix segons si les donacions es destinen a ens que exerciten activitat empresarial o no<sup>557</sup>.

Les fundacions estrangeres no poden ser qualificades com a ONLUS. En relació a les donacions, les exempcions només s'apliquen quan es destinen a fundacions italianes, amb l'excepció que es destinin a entitats amb fins humanitaris, que hagin estat qualificades com a tals per decret del Govern<sup>558</sup>.

Als **Països Baixos** les fundacions que desenvolupen activitats comercials en concurrència amb les empreses estan sotmeses a les normes fiscals de societats mercantils (*Corporate Income Tax Act, CIT*), però s'exclouen de la concepció d'activitat comercial, les inversions en propietats o capital. Si les activitats que realitza la fundació són activitats d'interès general, llavors no està subjecte al CIT. En l'art. 5.1 d'aquesta norma es preveuen els requisits, o les finalitats, per les quals una fundació està exempta de l'impost sobre la renda. Estan subjectes a IVA els béns i prestacions de serveis comercials que realitzin, però si les activitats no són comercials estan exemptes. Des del 2006 les donacions realitzades per residents a institucions reconegudes com a filantròpiques o '*charitables*' estan exemptes d'impost. A partir del 2008 totes les fundacions, incloses les estrangeres, podran ser qualificades com a institucions filantròpiques per les autoritats fiscals holandeses per tal que li siguin d'aplicació les deduccions o exempcions fiscals<sup>559</sup>.

A **Gran Bretanya**, atenent a la consideració de *charitable*<sup>560</sup>, es concedeixen a les institucions tres principals beneficis fiscals: 1) gaudeixen automàticament d'una sèrie de desgravacions fiscals; 2) moltes fonts de contribució estatal, inclosa la Loteria Nacional, són més fàcilment disponibles, o en exclusiva, per a les *charities*; 3) el fet d'ésser una *charity* desgrava en la recaptació de fons. Tots els avantatges

---

<sup>557</sup> La doctrina reclama una modificació del sistema tributari que afavoreixi les fundacions i els possibles donants. Per exemple, d'entre altres propostes, l'exempció de l'impost sobre successions i donacions de transferiment a favor d'una fundació, tal i com està previst per les ONLUS. També, les desgravacions per les donacions a favor de les fundacions, establint diferents nivells d'incentivació fiscal segons la tipologia de béns o de serveis, o de les activitats desenvolupades, tal i com es preveu en els sistema americà. V.A., *Le Fondazioni in Italia Libro bianco*, Consiglio italiano per le Scienze Sociali, Roma, 2002, pàg. 90.

<sup>558</sup> Decret 22.12.1986, n. 917 (TUIR), arts. 10, 15, 100, 146, 147, 150. M. PARLANGELI; L. FANTUZZI, "Italy", *Foundations' Legal and Fiscal Environments, Mapping the European Union of 27*, EFC, Brussel·les, 2007.

<sup>559</sup> J. SCHERPHUIS et al., "The netherlands", *Foundations' Legal and Fiscal Environments, Mapping the European Union of 27*, EFC, 2007. Es rependrà l'estudi d'aquestes exempcions fiscals i com afecta a les donacions transfrontereres d'àmbit intracomunitari en la tercera part. *Vid.* part III, cap. I, apartat 3.

<sup>560</sup> A partir del cas *Pemsel's* (1891) AC 531), aquells ens qualificats com a *charity* segons la llei de *trusts* rebrien un tracte fiscal favorable i unes desgravacions i exempcions específiques, va ser un punt d'inflexió per a les lleis reguladores de *charities*. Tot tipus d'ens pretenia assolir l'estatus de *charitable*, i els tribunals havien de determinar aquesta qualificació en reiterades ocasions, excloent, per exemple, els partits polítics. P. LUXTON, *The law of charities*, Oxford, 2001, pàg. 29-31; 73-108 i 691-735.

estan estretament vinculats al control dels tribunals i de la *Charity Commission*<sup>561</sup>. També les donacions a *charities* (*Gift Aid*) reben un tracte fiscal favorable<sup>562</sup>, però si les donacions són a entitats no establertes al Regne Unit, no s'apliquen les desgravacions.

Des d'una **perspectiva comunitària europea**, s'han dictat diverses recomanacions amb les quals s'insta als governs dels Estats a beneficiar fiscalment les entitats sense ànim de lucre que desenvolupen activitats d'interès general. També proposen facilitar a les associacions i fundacions l'accés de fonts de finançament europeu, respectant sempre el principi de subsidiarietat, fins i tot s'aprova la proposta de crear un fons especial per a facilitar la cooperació europea de les associacions i fundacions. Les tributacions europees més importants que recauen sobre les fundacions, serien<sup>563</sup>: l'impost indirecte, principalment l'Impost sobre el Valor Afegit (IVA), adoptat obligatòriament en tots els països de la UE. És en cada ordenament jurídic on es contemplen les exoneracions respecte l'Impost del Valor Afegit, atenent les normatives europees (art. 13 de la directiva de l'IVA de 17 de maig de 1977). A títol de resum, les entitats no lucratives que desenvolupen activitats econòmiques en sectors d'interès general estan exemptes d'IVA. Aquestes exempcions han comportat problemes de qualificacions respecte la consideració d'entitat sense fins lucratiu, i les activitats o explotacions econòmiques que es poden incloure dins de les que beneficien l'interès general<sup>564</sup>. Respecte els impostos directes, la fundació es sotmet a la tributació prevista en cada ordenament. Així, en el cas d'exercir activitats comercials, es sotmetrà als impostos del territori on es desenvolupin: impost sobre la renda; impostos sobre els terrenys i la fabricació; impostos de registre; impostos locals sobre l'activitat productiva; contractació laboral i contribucions de seguretat social.

En definitiva, l'amalgama de tractaments fiscals que coexisteixen a la Unió Europea, coincideixen en preveure unes condicions especials a les entitats que desenvolupen activitats d'interès general, però els criteris per atorgar les desgravacions són distintes i els procediments per obtenir els privilegis fiscals

---

<sup>561</sup> R. FRIES, "Le associazioni filantropiche e la charity commission", G.P. BARBETTA; C. SCHENA, *Regolazione e controllo sulle organizzazioni non profit*, Il Mulino, Bologna, 2000, pàg. 60. Segons el mateix autor, president de la *Charity Commission* l'any 2000, el conjunt de privilegis i beneficis atorgats a les *charities* representa el motiu pel qual se li imposen normes de responsabilitat (*accountability*), que esdevenen una necessitat pràctica per tal de mantenir la confiança pública. Lleis fiscals: *Income and Corporation Taxes Act 1988; Income Tax Act 2005; Finance Act 2006*.

<sup>562</sup> P. LUXTON, *The law of charities*, Oxford, 2001, pàg. 691-728.

<sup>563</sup> Seguim l'esquema que es proposa en: V.A., *Le Fondazioni in Italia Libro bianco*, Consiglio italiano per le Scienze Sociali, Roma, 2002, pàg. 81 i ss.

<sup>564</sup> *Vid.* part III, cap. I, apartats 2.3.1.1 i 2.3.1.2.

varien. En relació al que interessa en el present estudi: les activitats de les fundacions dutes a terme en un altre Estat, no comprometen el seu règim fiscal estatal d'origen, exceptuant Àustria, Suècia i Portugal, que el perden si actuen principalment en un altre territori, o bé, cal que les activitats tinguin impacte positiu en el propi Estat (Alemanya). En relació a les activitats econòmiques que desenvolupen les fundacions en el territori, la situació és especialment diversa segons la regulació de cada ordenament. El Centre Europeu de Fundacions, distingeix tres categories: alguns Estats fiscalitzen totes les activitats econòmiques estiguin relacionades o no amb l'activitat fundacional; altres Estats només gravarien les activitats no relacionades; altres ordenaments també atorguen desgravacions a activitats no relacionades amb les de les fundacions, però establint un límit en l'activitat econòmica (Alemanya, Hongria, Espanya o Regne Unit)<sup>565</sup>.

En relació a les donacions, llegats i herències, efectuades a favor de fundacions, en general se'ls aplica incentius fiscals o desgravacions en els ordenaments dels Estats de la Comunitat, tant respecte als particulars com a les empreses<sup>566</sup>. Respecte les donacions efectuades a favor de fundacions no residents, en la majoria d'ordenaments, no es qualifiquen com a donació desgravable. Aquest darrer aspecte mereixerà la nostra atenció en la tercera part, ja que la tendència actual en el si de la Unió Europea és afavorir les desgravacions per donacions transfrontereres en el mercat únic europeu, donada la llibertat de circulació dels ciutadans i per extensió dels seus capitals, garantint la igualtat entre tots els ciutadans en una Europa que amplia les seves fites, com és l'Europa social.

El tracte fiscal aplicable a les fundacions no ha estat harmonitzat a nivell comunitari europeu, per això, existeixen diferències d'un ordenament a un altre que poden conduir a traslladar la seu (o constituir de nou) una fundació a un Estat que atorgui millors desgravacions; així mateix, pot comportar discriminacions respecte les donacions transfrontereres, arribant a l'extrem de desistir d'efectuar-les. Ens trobem en un punt en què tant la filantropia dels ciutadans (individuals o corporacions), com les actuacions de les fundacions, han transcendit de l'àmbit estatal per afectar transnacionalment en l'espai regional de la Unió Europea, situació que hauria de fer reaccionar al legislador europeu,

---

<sup>565</sup> H. SURMATZ; M. ROSSI, *Foundations' Legal and Fiscal Environments, Mapping the European Union of 27*, EFC, Brussel·les, 2007, <[www.efc.be](http://www.efc.be)>.

<sup>566</sup> Trobem l'excepció a Eslovàquia, que no disposa de cap incentiu fiscal per donacions particulars o de persones jurídiques. Així mateix, a Suècia, Finlàndia i Malta, els incentius només es preveuen per a les donacions efectuades per empreses.

reacció que sí han mostrat els legisladors estatals a través de les reformes legislatives efectuades durant els darrers anys. A més a més, es compta amb uns primers pronunciaments del Tribunal de Justícia en aquest àmbit que augura canvis en matèria fundacional europea<sup>567</sup>.

---

<sup>567</sup> Àmpliament tractat en la tercera part dedicat a les fundacions en dret comunitari europeu.

# CAPÍTOL III

## LES FUNDACIONS COM ACTOR SOCIAL I ECONÒMIC: IMPORTÀNCIA *IN CRESCENDO*

### 1. EL PAPER DE LES FUNDACIONS EN LA SOCIETAT

#### 1.1 La filantropia de les fundacions

La preocupació que expressen determinades persones envers a tercers és una qualitat humana que ha existit sempre i que es materialitza a través de les accions que poden destinar-se a proporcionar, per exemple, educació, cultura, aliments o integració social. Són el que es coneixen com activitats de beneficència o mecenatge. Si bé, durant la història les preocupacions associatives i filantròpiques eren destinades bàsicament a cobrir les necessitats més urgents, com era la vida espiritual i la caritat a través de les esglésies, a mesura que va evolucionar la societat cap a un model de vida amb les necessitats mínimes garantides, sorgeix la preocupació per cobrir d'altres aspectes que omplen la vida de les persones com pot ser la cultura, la investigació, l'art, etc. És arran de l'economia de mercat i de l'Estat-nació que apareix una situació econòmica benestant a mitjans de segle XIX, que comporta un increment espectacular en el moviment associatiu i fundacional en el món occidental<sup>568</sup>.

Inclouríem a les fundacions en l'anomenat sector filantròpic, i en general, en el Tercer sector<sup>569</sup>. En el marc internacional, el Tercer sector es desenvolupa de distintes formes i velocitats segons les pròpies tradicions, història i ordenaments jurídics<sup>570</sup>. Des del punt de vista d'un país europeu, ens trobaríem immersos en el

---

<sup>568</sup> M. IGLÉSIAS PIÉ, *Las organizaciones sin ánimo de lucro*, UOC, 2002, pàg. 13. “A menudo se sitúa como fecha simbólica del nacimiento del sector no lucrativo moderno la creación de la Cruz Roja en 1859, a raíz de la batalla de Solferion, durante el proceso de unificación de Italia, por un grupo de personas que decidieron voluntariamente socorrer a los heridos de guerra. Desde entonces, el fenómeno no lucrativo no dejó de crecer a ritmo lento, pero fue después de la Segunda Guerra Mundial, con la llegada por parte de las naciones más avanzadas a su etapa de consumo en masa, cuando se dieron las condiciones para asistir a un salto espectacular en el número de iniciativas de alcance diverso de lo que hoy en día llamamos *sector no lucrativo*.”

<sup>569</sup> El concepte de ‘filantropia’ ha anat substituint el de ‘beneficència’, en paraules de J.F. BLANCO RUÍZ es defineix la filantropia com: “actividad privada de la naturaleza de los actos de disposición, llevada a cabo por espíritu de liberalidad y sin ánimo de lucro, y normalmente con carácter gratuito, para la cobertura de una necesidad cuya satisfacción se considera de interés general para contribuir al Bienestar Social”, citat per M.A. CABRA DE LUNA, *El tercer sector y las fundaciones de España hacia el nuevo milenio*, Madrid, 1998, pàg. 39.

<sup>570</sup> Per H. ANHEIER es poden distingir quatre grans estructures del Tercer sector. Una primera seria la que formarien els països organitzats en el Dret administratiu i els del *Common law*. La segona estructura pertany als antics països socialistes que es troben en un procés d'evolució. El tercer grup són els països en vies de desenvolupament, on hi actuen gran nombre d'ONG estrangeres, on actualment s'estan creant

Tercer sector més evolucionat, actualment laic, corresponent als països organitzats en Dret administratiu i els del *Common Law*. Els primers, amb una forta interdependència entre l'Estat i el Tercer sector, els segons basats en el voluntariat. Aquesta distinció és el resultat de procediments històrics que han condicionat la legislació i també la concepció de la implicació dels ciutadans en la consecució del fi social. En l'Europa occidental roman la concepció que la participació ciutadana és subsidiària i complementària a l'actuació de l'Administració, efectiu garant de l'interès general social. Però existeix el pensament angloamericà segons el qual la filantropia és una responsabilitat compartida entre els ciutadans i el govern<sup>571</sup>.

El creixement incessant de l'economia comporta que es considerin cobertes les necessitats bàsiques del ciutadà, fins i tot, part de les 'terceres necessitats' com són la cultura o la investigació. D'aquí l'important sorgiment d'organitzacions no governamentals (ONG), més preocupades per garantir les primers necessitats al que s'anomena Tercer món, així com també el foment de la democràcia i llibertats, sense descuidar noves necessitats en el món occidental, com són la integració dels immigrants, o la inacabada lluita per garantir la igualtat de sectors marginals de la societat com serien la dona, els immigrants o els incapacitats.

Amb l'increment d'organitzacions que conformen el tercer sector<sup>572</sup>, ha augmentat paral·lelament el volum de serveis oferts a la societat. Les

---

institucions sense afany de lucre autòctones, sobretot les que es dediquen a la defensa dels drets dels ciutadans i en les d'impuls socioeconòmic. Finalment, el darrer grup són els països de caire religiós que desenvolupen la filantropia a través de la religió, així per exemple a l'Islam s'exigeix la caritat (*zakat*) per als pobres, aquestes actuacions són generalment individuals; també el judaisme, amb molta capacitat de crear organitzacions no lucratives. M.A. CABRA DE LUNA, *El tercer sector y las fundaciones de España hacia el nuevo milenio*, Madrid, 1998, pàg. 172. Vegeu també l'evolució històrica, pàg. 176 i ss, i el creixement del Tercer sector segons el país, pàg. 181 i ss.

<sup>571</sup> Considerem que aquesta concepció americana s'està estenent entre els països europeus. Vegeu en l'apartat dedicat a les constitucions d'alguns Estats, com es palesa la corresponsabilitat del ciutadà en la consecució del benestar social. *Vid.* part I, cap. I, apartat 1.4.

<sup>572</sup> D'entre les moltes classificacions per L.M. SALAMON I S.L.Q. FLAHERTY, formen part del Tercer sector: a) Les persones jurídiques sense afany de lucre (*Nonprofit corporations*), són les més nombroses, disposen de personalitat jurídica que els hi ha estat atribuïda per una administració, i la responsabilitat recau sobre la persona jurídica. b) Les associacions sense personalitat jurídica (*Unincorporated associations*), són grups de persones que s'uneixen per aconseguir unes finalitats comunes sense distribuir-se els beneficis. No precisen de requisits administratius per la seva creació, però, per altra banda no hi ha una limitació en la responsabilitat dels seus membres. c) Les societats mutuais (*Mutual societies*), és un tipus d'associació on els seus membres s'uneixen per ajudar-se mútuament. S'inclouen en aquest tipus, segons l'ordenament, a les cooperatives. d) Les fundacions (*Foundations*): la diferència principal és que disposen d'una dotació pròpia, i està dirigida per uns directors per a servir l'interès públic. e) *Trusts*: és un possible tipus d'organització no lucrativa (ONL), però no tots els *trust* són ONL, només aquells que persegueixin un fi *charitable*. Coincideix amb la fundació en que consisteix en un patrimoni destinat a uns fins i administrat per un tercer, però no adquireix personalitat jurídica. f) Altres tipus: entrarien les *public law corporations* i les *private law corporations*. L.M. SALAMON; S.L.Q. FLAHERTY, "Nonprofit Law: ten issues in search of resolution", *Working Papers of the Johns Hopkins Comparative Nonprofit Sector Project*, 1996, pàg. 5-6.

organitzacions actuen en els camps més diversos, com són: hospitals, universitats, escoles, llars d'infants, organitzacions medioambientals, clubs socials, organitzacions de desenvolupament, associacions de professionals, grups de consumidors, etc. Una de les causes del seu creixement ja apuntàvem que era la necessitat de cobrir buits i d'aquí que satisfacin les demandes no cobertes per l'Estat, amb l'afegit de ser organitzacions més pròximes al ciutadà, ja que parteixen precisament de la percepció que un ciutadà té d'una mancança i que decideix unir esforços per tal de satisfer-la. Aquesta iniciativa acostuma a anar unida amb la capacitat d'innovació en l'actuació o serveis prestats més acords amb les necessitats reals de la societat. Són entitats capdavanteres en la detecció de noves necessitats, han estat tradicionalment les que s'han preocupat de noves polítiques socials que després els governs inclouen en els seus programes d'actuació. Es pot afirmar, doncs, que actuen de forma innovadora donat que són ens independents i que poden escollir amb flexibilitat les accions que volen dur a terme, oferint respostes noves i originals als problemes i aplicant instruments i mètodes especialitzats en les finalitats a tractar, combinant “mètodes originals amb l'aplicació d'un esperit d'empresa” amb la consegüent eficàcia en les seves accions<sup>573</sup>.

## 1.2 La fundació com a integrant del tercer sector

Presentar el tercer sector d'una manera ordenada i generalitzada no és una tasca fàcil, ans el contrari, la disparitat de denominacions que responen a la mateixa concepció és una mostra feaent de l'heterogeneïtat que engloba. Per al present, s'ha escollit utilitzar la denominació de ‘tercer sector’, tanmateix no es descarten la resta de noms com són: *sector no lucratiu*, *sector voluntari*, *economia social*, *organitzacions no governamentals*, *economia d'interès general*, *tercer sistema*, *sector solidari*, etc.<sup>574</sup>.

---

<sup>573</sup> M.A. CABRA DE LUNA, *El tercer sector y las fundaciones de España hacia el nuevo milenio*, Madrid, 1998, pàg. 45. En les conclusions del congrés de fundacions de 2001 de la Coordinadora catalana de fundacions, es resumeix així: “El potencial, l'energia de les fundacions rau en: 1. La proximitat al patiment: el tercer sector ha estat més capaç d'atendre unes necessitats socials canviants i heterogènies. 2. L'acció transnacional. 3. Una ciutadania activa, amb uns valors postmaterialistes que no han trobat resposta en àmbits més institucionals. 4. La voluntat d'afrontar les patologies de la societat.” Conclusions del Congrés de Fundacions 2001, Coordinadora Catalana de Fundacions, <[www.ccfundacions.org](http://www.ccfundacions.org)> (maig 2004).

<sup>574</sup> Tal enumeració es repeteix en totes les introduccions de les obres dedicades al Tercer sector que s'aniran referenciant al llarg de l'estudi. Mereix destacar la tasca elaborada pel Centre per a Estudis de la Societat Civil de la Universitat John Hopkins de Baltimore, EUA. Des de fa més d'una dècada han elaborat estudis dedicats a les organitzacions sense afany de lucre, treballs comparatius del sector, comptant amb la participació de països de tot el món. Són estudis de camp, així com doctrinals, que es veuran reflectits en les subsegüents línies. Vegeu *The International Society for Third-Sector Research (ISTR)*: <[www.istr.org](http://www.istr.org)>.

Segons M.A CABRA DE LUNA:

“La multitud de termes utilitzats per denominar-les reflecteixen la seva enorme heterogeneïtat i la dificultat d’englobar-les en una única definició. Es tendeix a dir que el Tercer sector és tot allò que no és Mercat o Estat, és a dir, s’emmarca a una organització o una entitat dins d’aquest Sector per la seva no pertinença als anteriors. Així, per indicar la seva diferència amb el Mercat (*Business*), es parla d’Entitats no lucratives (*Not for Profit*), i per diferenciar-lo de l’Estat (*Government*) les seves organitzacions reben el nom de no governatives (ONG)”<sup>575</sup>.

El ventall terminològic respon directament a l’amalgama d’entitats que componen aquest sector no lucratiu. Són associacions, fundacions, clubs, *trusts*, etc., que constitueixen: hospitals, universitats, organitzacions professionals, clubs socials o esportius, organitzacions d’assessorament familiar, organitzacions de drets humans, i un llarg etcètera. Les seves formes, finalitats, règims jurídics i la seva pròpia evolució difereixen les unes de les altres. D’aquesta diversitat sorgeix inevitablement el dubte de saber què és allò que les uneix sota un mateix paraigua, i la resposta es troba en el seu denominador comú, que es resumiria en: la unió d’esforços humans o econòmics per tal de cobrir necessitats de caràcter social o que beneficien a un sector de la societat. Segons L.M. SALAMON: “Tot i la seva considerable diversitat i de les variacions que les caracteritzen en els distints països, aquestes organitzacions també comparteixen algunes característiques importants que justifiquen el seu tracte com a *sector* social diferent: totes són organitzacions que operen fora de l’aparell estatal, no reparteixen beneficis i els ciutadans són lliures de pertànyer-hi o no per a perseguir objectius comuns”<sup>576</sup>.

El Tercer sector es contraposa de forma general, respecte al mercat i l’Estat. Aquests darrers compleixen en l’exercici del seu funcionament dos elements imprescindibles per a la vida humana moderna: cobrir les necessitats materials, i la regulació de la vida en societat. Si bé seria possible amb una liberalització pura del capitalisme més agressiu que d’altres necessitats humanes, com són l’ajuda al desenvolupament, la cultura, entreteniment, educació, etc., fossin proporcionades mitjançant el mercat, és obvi que no respondria a la necessitat de tots els

---

<sup>575</sup> M.A. CABRA DE LUNA, *El tercer sector y las fundaciones de España hacia el nuevo milenio*, Madrid, 1998, pàg. 25. El tercer sector implica que existeixen, com a mínim, altres dos sectors, que són el públic i l’empresarial. O bé, el sector no lucratiu ens deixa entreveure que existeix un sector lucratiu. De la mateixa manera, les organitzacions no governamentals en oposició als òrgans que pertanyen a les institucions públiques, per a nosaltres el sector públic.

<sup>576</sup> L.M. SALAMON (dir.), *La sociedad civil global. Las dimensiones del sector no lucrativo*, Fundación BBVA, 2001, pàg. 13.



ciutadans, provocant exclusions per raons econòmiques<sup>577</sup>. Per altra banda, l'Estat, garant de les necessitats essencials de la convivència humana, tampoc és capaç de proporcionar aquestes altres necessitats d'una forma generalitzada, ni tant sols en les experiències comunistes va ser possible cobrir totes les demandes. Per això, sorgeix aquest Tercer sector, aquestes agrupacions de voluntaris que amb el seu treball o recursos econòmics pretenen oferir serveis que ni el mercat, ni l'Estat, es troben capacitats (o no els interessa) proporcionar<sup>578</sup>.

La fundació és una institució híbrida que comporta dificultats a l'hora d'encasellar-la en un sector dels estandarditzats, per això, és més recurrent definir-la per exclusió. Les fundacions no són ens públics malgrat actuen per l'interès general, i tampoc són ens completament privats perquè actuen a l'igual que les institucions públiques en la consecució de benefici social. Tenen en comú que es dediquen a la comunitat, però les fundacions són independents dels Estats (malgrat en puguin rebre subvencions). Per altra banda, tenen en comú amb les empreses el fet que posseeixen capitals, però la finalitat d'aquests és diferent, les fundacions actuen sense afany de lucre, tot i que actuïn en el mercat i de forma competitiva, però no es redistribueixen els seus guanys. Davant d'aquest panorama conceptual, W. HODIUS i VAN DER PLOEG, afirmen que cada sistema legal situa a les fundacions en una pròpia categoria, fora del mercat i fora de les institucions governamentals<sup>579</sup>.

### 1.3 Sector *non profit* o *Economie sociale*?

Precisa el present estudi una atenció especial en procurar diferenciar el tercer sector o sector sense afany de lucre respecte a un altre dels termes utilitzats en aquest conjunt de conceptes, ens referim al de l'Economia social. En la persecució per obtenir el paradigma dominant que defineixi el Tercer sector, actualment s'enfronten dos teories principals: els de l'Economia social, de tradició francesa i per extensió la tradició llatina d'Europa, enfront de la tradició

---

<sup>577</sup> “(...) gli enti senza scopo di lucro sono considerati un'alternativa alle inefficienze del mercato – si parla di *contract failure* (...). Così come, in una logica competitiva con il mercato, l'ente *nonprofit* può rivelarsi strumento ottimo nella produzione di determinati beni destinati alla collettività”, A. ZOPPINI, *Le Fondazioni*, Napoli, 1995, pàg. 35 i 40

<sup>578</sup> M.A. CABRA DE LUNA defineix tercer sector: “el constituït per aquelles organitzacions privades de caràcter voluntari i sense afany de lucre que, sorgides de la lliure iniciativa ciutadana i regides de forma autònoma, busquen responsablement mitjançant el desenvolupament d'activitats d'interès general (missió) aconseguir un increment dels nivells de qualitat de vida a través d'un progrés social solidari, en cooperació amb altres instàncies públiques o privades, beneficiant-se, en el seu cas, d'un tracte fiscal específic, derivat del reconeixement de la seva tasca altruista.” M.A. CABRA DE LUNA, *El tercer sector y las fundaciones de España hacia el nuevo milenio*, Madrid, 1998, pàg. 43.

<sup>579</sup> F.W. HODIUS; T.J. VAN DER PLOEG, “Foundations”, *IECL*, vol. XIII, cap. 9, 2000, pàg. 8-9.

anglosaxona (nord-americana), que propugna pel *Nonprofit Organizations*, és a dir, el Sector no lucratiu<sup>580</sup>.

Per part dels països francòfons (França, Bèlgica i part de Canadà), així com a Espanya i en les institucions de la Unió Europea, es parla del “sector d’economia social”. És un terme més ampli, on s’abraça tant el sector no lucratiu com també determinades entitats de caràcter comercial, com són les cooperatives, les mútues, les mutualitats de previsió social i algunes entitats financeres. Per altra banda, els països de tradició anglosaxona, exclouen aquest tipus d’empreses, i es focalitzen en les fundacions. Per tant, un dels punts irreconciliables o de discòrdia entre les dues tendències és, precisament, la nostra protagonista, la fundació<sup>581</sup>. Ho resumeix M.A. GRÁVALOS:

“Ambdós enfocaments (*Economia Social i Nonprofit Organization*) abracen realitats diferents del Tercer sector, tot i que tenen algunes zones comunes. L’Economia Social en sentit restrictiu es referma en la presa de decisions democràtica i en l’atribució dels excedents o plusvàlues atenent a criteris no fonamentats en la possessió de capital, emmarcant-se així en les tradicions mutualista, cooperativista i autogestionaria. Per contra, l’enfocament *Nonprofit* o del Sector Voluntari posa de relleu el caràcter altruista de les organitzacions que el conformen, fet que es dedueix de dos trets, en primer lloc del fet de necessitar mobilitzar recursos voluntaris, i en segon lloc l’obligació de no distribuir entre els seus propietaris-membres i directors les possibles plusvàlues o beneficis generadors. Aquest últim enfocament s’emmarca així en la tradició filantròpica i caritativa. Les organitzacions més representatives del primer enfocament serien les cooperatives, i les del segon enfocament les fundacions”<sup>582</sup>.

L’acotament entre l’Economia social i el sector *Nonprofit Organizations*, és tan apassionant com complex, per això, es deixa apartada tal discussió conceptual que es reserva als economistes, no sense deixar constància de la “pugna” que

---

<sup>580</sup> A. SAJARDO MORENO, “Asociaciones y fundaciones: entre tercer sector y economía social. Materiales para el análisis”, *Quaderns de Treball*, Universitat de València, n. 103, 2002, pàg. 3-4.

<sup>581</sup> No seria de justícia advertir que la fundació no és l’única entitat en conflicte. Les associacions també plantegen polèmica a l’hora d’incloure-les o no en el Sector d’Economia Social. Les associacions, enteses com a agrupacions de persones que decideixen cooperar entre si per assolir algun fi, d’interès per al col·lectiu o d’interès general, desenvolupen diferents tipus d’activitats: les associacions de trobada i socialització; les associacions polítiques i reivindicatives; les associacions gestores d’activitats econòmiques. Només aquestes darreres es podrien incloure en l’Economia social, ja que són les úniques que actuen pròpiament en l’economia de producció o distribució de béns i serveis. A. SAJARDO MORENO, “Asociaciones y fundaciones : entre tercer sector y economía social. Materiales para el análisis”, *Quaderns de Treball*, Universitat de València, n. 103, 2002, pàg. 16 i ss.

<sup>582</sup> M.A. GRÁVALOS GASTAMINZA, *Economía Social*, Septem Ediciones, 2002, pàg. 94 i ss.

actualment s'està debatent<sup>583</sup>. Si bé s'utilitzen en el present estudi els diferents termes, s'adverteix que en la tercera part s'emprarà principalment, l'expressió Economia social, a tenor de l'ús que en fan les institucions de la Unió Europea, concretament el Comitè Consultiu de les Cooperatives, Mutualitats, Associacions i Fundacions (CCCMAF). Així doncs, tot i que la doctrina purista francesa exclou les fundacions de l'Economia social, així com alguns estudiosos europeus, utilitzarem la concepció àmplia institucional europea, per la qual s'inclouen en l'Economia social, les cooperatives, les mútues, les associacions i les fundacions<sup>584</sup>. Es comprovarà com la inclusió de la fundació és tímida, d'aquí que sigui la menys desenvolupada en els projectes legislatius europeus.

#### **1.4 Les fundacions: d'ens caritatius a pedra angular de l'Estat del benestar**

Massa sovint es considera a les fundacions com a simples gestores de fons, o com a inversores en la innovació al servei de la societat civil. Però caldria considerar-les, segons el Centre Europeu de Fundacions (EFC), com a centres de coneixement i d'experiència que tenen com a finalitat principal 'crear un valor afegit' a la societat, que promou una activitat de participació del ciutadà per fer més forta la societat civil, de manera que el coneixement de què disposen pot convertir-se en polítiques de desenvolupament. Les fundacions treballen per una millor distribució de la riquesa i el camp d'actuació és molt ampli i il·limitat, ja que es basa en les necessitats de cada societat. A títol d'exemple, el Centre Europeu de Fundacions les enumera: "recolzament a les reformes educatives, recerca en el camp de la medicina, beques d'estudi de postgrau, intercanvis internacionals, programes d'ocupació i desenvolupament de l'empresa, suport a la recerca per a la prevenció dels riscos i la millora de la gestió sanitària, protecció del medi ambient, protecció a la infantesa, prevenció de la violència, assistència a

---

<sup>583</sup> Una mostra prou clara de la dualitat de concepcions es plasma en els diferents estudis empírics i quantitius que s'han realitzat aquests darrers anys. Les dades difereixen segons si s'ha emprat la concepció *Nonprofit sector*, teoria seguida per la prestigiosa UNIVERSITAT JOHN HOPKINS, o si s'ha utilitzat els criteris d'Economia social. Vegeu la comparació realitzada per A. SAJARDO MORENO, "Asociaciones y fundaciones: entre tercer sector y economía social. Materiales para el análisis", *Quaderns de Treball*, Universitat de València, n. 103, 2002, pàg. 6-7.

<sup>584</sup> Pel que fa la doctrina espanyola, es pot afirmar que en general són seguidors de la tradició francòfona, ja que es denota que l'acceptació de la inclusió de les fundacions (també les associacions) és per mandat europeu. Amb certa resignació expressa A. SAJARDO MORENO, "Las fundaciones constituyen un pilar básico del Sector no lucrativo, basado en el enfoque anglosajón del *Nonprofit*, pero no de la Economía Social. Diferentes autores e instituciones (como la Unión Europea donde existe un Comité consultivo de las CMAF) insisten sin embargo en incorporarlas en el Sector de la Economía Social, razón por la que se aborda en este informe, a pesar de que la información sobre la situación actual de las fundaciones españolas adolece de serias lagunas y precisión", A. SAJARDO MORENO, "Asociaciones y fundaciones: entre tercer sector y economía social. Materiales para el análisis", *Quaderns de Treball*, Universitat de València, n. 103, 2002, pàg. 24.

la tercera edat, promoció de la democràcia participativa”. Amb aquestes finalitats es pot considerar que les fundacions són una expressió de la consciència del ciutadà vers a la seva comunitat i representen un element indispensable d’una societat civil activa expressament protegida per l’Estat de Dret<sup>585</sup>.

En les darreres dècades el tercer sector i, en concret, el món fundacional, ha experimentat un increment espectacular quantitativa i qualitativament, que es pot atribuir a diferents circumstàncies avaluades a través de diferents prismes, com serien: la crisi de l’estat del benestar; l’adopció de noves polítiques estatals que han afavorit la seva proliferació; i raons econòmiques per les quals es considera a les entitats del tercer sector com especialment capacitades per cobrir les necessitats socials.

- 1) *La crisi de l’Estat del benestar*. En el context dels anomenats Estats del benestar, en crisi des de finals dels anys setanta, es planteja la necessitat de redefinir sobre quin subjecte recau l’obligació de garantir el mínim de benestar per a la població. Si bé és cert que en els inicis del *Welfare State* la responsabilitat requeia sobre el màxim òrgan organitzatiu, el govern d’un Estat, el qual era escollit democràticament, actualment aital responsabilitat es comparteix amb els subjectes privats. Com a conseqüència de la dificultat en què es trobaven els governs per aconseguir l’objectiu del Benestar, es replanteja aquest model d’Estat protector i proporcionador de les garanties mínimes necessàries per al lliure desenvolupament dels seus ciutadans. S’exigirà, a partir d’aquesta ‘fallida’ pública, la participació activa dels mateixos beneficiats, caldrà doncs que els ciutadans també participin en el desenvolupament del benestar social<sup>586</sup>. Es així com es comparteix la tasca de garantir el benestar social entre els poders públics i els ciutadans, que rep el nom de la ‘tercera via’ on s’entrecreuen les relacions del sector privat amb el sector públic. En aquest context apareixen les entitats sense afany de lucre com una alternativa a les polítiques socials públiques. La cessió per part de l’Estat en l’increment en l’actuació del tercer sector ha estat avaluat de distinta manera segons el

---

<sup>585</sup> EUROPEAN FOUNDATION CENTRE, “Working with Foundations in Europe: Why and How?”, 2001, <[www.efc.be](http://www.efc.be)>. El llistat d’activitats recordaria també el programa electoral de qualsevol Estat social europeu.

<sup>586</sup> Les organitzacions sense afany de lucre són l’alternativa a la ineficàcia del sector públic, ‘governement failure’, i en concret quan l’administració es troba incapaç per garantir una adequada resposta a la demanda de béns o serveis que difícilment poden ser realitzats per un aparell burocràtic. A. ZOPPINI, *Le Fondazioni*, Napoli, 1995, pàg. 34; M.A. CABRA DE LUNA, *El tercer sector y las fundaciones de España hacia el nuevo milenio*, Madrid, 1998, pàg. 17 i ss.

prisma d'anàlisi<sup>587</sup>. Certament, hi ha el perill que el sector públic s'inhibeixi de la seva responsabilitat que, per altra banda, ja s'ha comprovat que no pot assumir, però també es podria tenir una visió més optimista i en comptes de parlar de crisi de l'estat del benestar, es parlaria de reestructuració.

- 2) Una altra causa del creixement en el nombre de fundacions o organitzacions del tercer sector, és el *canvi d'actitud de determinades polítiques estatals respecte la creació i proliferació d'entitats sense afany de lucre*. Com s'ha dit, sempre ha estat present al llarg de la història la necessitat per part de determinades persones de participar en el benefici col·lectiu. Aquestes iniciatives privades han estat boicotejades durant segles en determinats Estats europeus, fins que hi ha hagut un gir respecte la conveniència de fomentar el tercer sector, fet que ha conduït a que en l'actualitat floreixin aquestes iniciatives privades fins no fa pas gaire, dificultades per legislacions molt restrictives. Sense cap dubte, un dels principals factors que ha propiciat l'expansió de les organitzacions no lucratives ha estat la intervenció dels poders públics en la promoció d'aquestes organitzacions i de retruc en l'economia i el benestar social<sup>588</sup>.
- 3) Finalment, hi ha una altra raó de caire econòmic que prové de la doctrina anglesa, que es basa en la superior capacitat de que disposen les entitats

---

<sup>587</sup> Així, hi ha les *teories de la complementarietat*, segons aquestes es crea la necessitat de crear un sistema mixt en el qual l'Estat i el tercer sector col·laborin entre si per al desenvolupament social, mantenint l'Estat el seu paper de propulsor de tal cooperació. Però també hi ha les *teories de la manipulació*, aquestes sorgeixen dels propis integrants d'organitzacions del tercer sector, principalment d'ONG, les quals intueixen una manipulació per part dels Estats envers a les organitzacions sense afany de lucre de manera que aquestes actuïn i cobreixin les responsabilitats inicialment encomanades als poders públics. Amb altres paraules, els Estats es desenten del seu caràcter de garant de les polítiques socials per desplaçar-les cap al tercer sector. És el que els administrativistes anomenen 'la fugida del dret administratiu', que inclou en termes generals la tendència a la privatització de les actuacions públiques i que també pot comportar la inhibició de la responsabilitat estatal. A més, un excés d'intervenció pública en el sector privat no lucratiu podria repercutir en la manca d'autonomia o independència que caracteritzen originàriament aquests organismes.

<sup>588</sup> "One of the principal factors helping to explain the expansion of the nonprofit sector on the global level is the increasing tendency of government to turn to nonprofit organizations to assist it in carrying out a wide variety of functions, from the provision of social welfare to promotion of economic development. As citizens and political leaders alike have come to question the wisdom of sole reliance on government to meet the social welfare and development demands they face, attention has turned to mechanisms for forging partnerships between the state and the voluntary sector. Elaborate contractual relationships have consequently been forged between governmental authorities and nonprofit institutions in countries throughout the world, and the likelihood is that these relationships will grow in importance in the years ahead. In the process, important new legal challenges will arise as both government and the nonprofit sector search for ways to cooperate with each other while still retaining the features that make each distinctive. Thus, new contracting arrangements, vouchers, reimbursement systems, and provisions for sorting out indirect costs will come to the fore and demand legal resolution." L.M. SALAMON; S.L.Q. FLAHERTY, "Nonprofit Law: ten issues in search of resolution", *Working Papers of the Johns Hopkins Comparative Nonprofit Sector Project*, 1996, pàg. 32.

privades no lucratives (per tant, la participació dels ciutadans) per a *cobrir els buits que deixen desprotegits l'Estat i el mercat*<sup>589</sup>. Aquests buits no serien coberts pel tercer sector, si els integrants d'aquest no disposessin de la capacitat econòmica necessària, i de l'interès personal per realitzar aquestes activitats, és a dir, un compromís ideològic respecte la societat. Aquesta actuació és majoritàriament exercida per la ciutadania, però en la darrera dècada, l'empresa també hi contribueix. Aquest nou actor, és una de les causes de l'increment de fundacions. Amb independència de la raó que pot conduir una empresa a participar en una activitat altruista<sup>590</sup>, el cert és que cada vegada és més àmplia la tipologia d'entitats que participen en l'actuació de l'interès general. Per tant, pel que interessa en aquest estudi, s'entendrà que la participació ciutadana en la vida política, és un dret, però simultàniament també representa l'obligació per al desenvolupament de l'Estat al que pertany, essent doncs, una expressió més de la democràcia.

Com a conclusió, des de la perspectiva dels països occidentals, ens trobaríem davant del que s'anomena 'Estat relacional'. Aquest model d'Estat parteix de la premissa que els poders públics no poden, per si sols, donar resposta a les necessitats i als drets de tots els ciutadans, raó per la qual la responsabilitat del benestar col·lectiu implica a tothom. L'Estat ha d'impulsar totes les xarxes relacionals, promoure la participació activa de tots els ciutadans, l'articulació del teixit associatiu i establir aliances i generar sinergia amb les organitzacions socials per donar resposta a les necessitats i els problemes socials, en un marc de corresponsabilitat i cooperació<sup>591</sup>.

Com assenyala M.A. CABRA DE LUNA, el Tercer sector crea un equilibri entre el sector públic i el mercat, d'aquesta forma la gestió privada amb fins d'interès

---

<sup>589</sup> S'ha de relacionar aquest factor amb la ideologia derivada del 'culte al mercat' que domina l'actualitat, la qual es concreta en la política de privatitzacions, la liberalització dels moviments de capital, la reducció del paper de l'Estat, canvis en les prioritats de la despesa pública, entre d'altres. Malgrat els problemes que suscita el mercat per l'interès públic, la tendència és l'autorregulació, de manera que la competència en el mercat, contribueix a solucionar qüestions que involucren als operadors econòmics afectats, com són les ONG. Vegeu: J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, "Capítulo 1: Derecho de los negocios internacionales", FERNÁNDEZ ROZAS, J.C; ARENAS GARCÍA, R.; MIGUEL ASENSIO, DE P.A, *Derecho de los negocios internacionales*, Madrid, 2007, pàg. 34; 57 i ss.

<sup>590</sup> Com a tipus d'incentius des de la vessant sociològica s'apunten: la norma i la compulsió; la valoració social; les relacions amb d'altres esferes de solidaritat; la donació i la remuneració. I. DOMÍNGUEZ; J. CERRATO; I. GARCÍA, *La realidad de las Fundaciones en España. Análisis sociológico, psicosocial y económico*. Santander, 2001, pàg. 53-56.

<sup>591</sup> V.A., "Glossari", *Societat civil i globalització. Revista de la Coordinadora Catalana de Fundacions*, núm. 30, 2003, pàg. 91.

general, traça rutes complementàries a l'economia de mercat i a l'acció de l'Estat. Malauradament però, aquest tipus de definició per exclusió pot comportar un perjudici al Tercer sector situant-lo en un pla residual i de complementarietat a allò que no és capaç de suplir l'Estat. En definitiva, actualment la societat del benestar es conforma dels tres factors descrits: Estat, mercat i Tercer sector, que caldrà que s'autocomplementin sense que un sobresurti més que els altres. El Tercer sector implica que els ciutadans desenvolupin juntament amb els altres sectors el benestar social, i no per contraposició o colonització<sup>592</sup>.

Centrant-se en el paper de la fundació en l'Estat-societat i en la seva relació amb l'administració pública, s'ha comprovat que varia segons l'ordenament jurídic i la relació historicojurídica. Es poden distingir distints models de relació<sup>593</sup>: *socialdemocràtic*, on les fundacions són part d'un estat d'assistència social o de benestar altament desenvolupat i col·laboren amb l'Estat, sigui completant o bé cobrint algunes activitats; *model controlat per l'Estat*, on les fundacions, subordinades a l'Estat, operen sota lleis restrictives i processos administratius complexos; *model corporativista*, on la base és la cooperació entre l'Estat i les fundacions proporcionant benestar social i sistemes d'educació; *model liberal*, on les fundacions es consideren com alternatives i representen a les minories; *model perifèric*, on l'actuació de les fundacions és menor; *model empresarial*, on les fundacions són instruments de la ciutadania en les grans empreses. El més ben valorat seria el model liberal perquè mostra la independència i proporciona alternatives, salvaguardant a les minories. Atenent a les explicacions historicolegislatives H.K. ANHEIER i S. DALY classifiquen els Estats i les relacions amb les seves fundacions de la següent manera: *model socialdemocràtic*: Suècia, Noruega, Dinamarca i Finlàndia; en el *model corporativista* es distingeix: centralista: França, Bèlgica i Luxemburg; socialcivil: Alemanya, Països Baixos, Àustria, Suïssa, Liechtenstein; i mediterranis: Espanya, Itàlia, Portugal; *model liberal*: Regne Unit i USA; *model estatal*: Irlanda, Grècia i països post-socialistes del Centre i Est d'Europa<sup>594</sup>.

---

<sup>592</sup> M.A. CABRA DE LUNA, *El tercer sector y las fundaciones de España hacia el nuevo milenio*, Madrid, 1998, pàg. 26-28; 41.

<sup>593</sup> H.K. ANHEIER; S. DALY (eds.), *The Politics of Foundations*, Routledge, 2007, pàg. 45-58. M. A. CABRA DE LUNA; B. FRAGUAS GARRIDO, *¿Qué son y qué quieren ser las fundaciones españolas? Una aproximación a sus roles y su futuro en el marco europeo*, Vodafone, 2004, pàg. 45.

<sup>594</sup> Vegeu l'anàlisi completa, H.K. ANHEIER; S. DALY (eds.), *The Politics of Foundations*, Routledge, 2007, pàg. 45-58.

## 2. TIPOLOGIA DE FUNDACIONS

Malgrat incloure en aquest estudi un apartat sobre ‘tipologia de fundacions’, en realitat només hi ha un tipus de fundacions si ens basem en els elements essencials, ‘patrimoni adscrit a un fi per voluntat del fundador’. Ara bé, aquests elements són susceptibles de variar en el seu contingut i abast segons el criteri politicojurídic pel qual ha optat el legislador domèstic, per això, a continuació es presenta una de les possibles classificacions.

### 2.1 L’amalgama de fundacions que coexisteix a Europa

Actualment, la tipologia de les fundacions atén a l’evolució econòmica, política i social, que ha comportat la coexistència d’una amalgama molt notòria de fundacions. Es poden realitzar multitud de classificacions, atenent a diferents criteris, per exemple: la naturalesa de la finalitat, les característiques del patrimoni, l’estructura de la institució, el desenvolupament de les activitats, etc. Aquestes distincions o tipologies en ocasions es recullen en el propi articulat de l’ordenament jurídic, o simplement, sense especificar-les es sobreentenen. Un tipus habitual de classificació es realitza segons el llistat de finalitats que poden perseguir, el qual és inabastable: culturals, assistencials, educatives, de protecció al medi ambient, etc., i aquestes es poden subdividir<sup>595</sup>. Hi ha ordenaments, que a part de la regulació general de les fundacions, contingudes en el Codi civil o en una llei especial, disposen d’altres normes que regulen fundacions particulars, com podrien ser les fundacions del patrimoni nacional d’un Estat<sup>596</sup>, les fundacions universitàries<sup>597</sup>, etc.

Per al present estudi, considerem que no és necessari aquest tipus de classificació, sinó que seria més interessant presentar la tipologia de fundacions que permeti identificar el sistema de gestió o d’actuació que utilitza la fundació, o l’origen del capital, per això, s’ha optat per fer una classificació distingint els següents criteris:

---

<sup>595</sup> Vegeu en l’estudi comparatiu H.K. ANHEIER; S. DALY (eds.), *The Politics of Foundations*, Routledge, 2007, com s’aprecia que les classificacions utilitzen diferents criteris, la majoria coincideixen en distingir segons les finalitats: assistencials, culturals, educatives, etc.

<sup>596</sup> En dret francès per la “*Loi n° 96-590 du 2 juillet 1996 relative à la Fondation de patrimoine*” que tindrà la tasca de vetllar, salvaguardar, conduir i restaurar el patrimoni no protegit, en l’art. 1 atorga a la fundació de patrimoni una estructura original “*La Fondation du patrimoine est une personne morale de droit privé à but non lucratif soumise aux règles relatives aux fondations d’utilité publique*” Vegeu M. DRAPIER, “Entre personnes privées et missions d’intérêt général: la ‘Fondation du patrimoine’, une institution à l’équilibre incertain”, *Recueil Dalloz-Sirey*, 1997 (1), pàg. 212-218.

<sup>597</sup> Per exemple, l’ordenament italià, disposa de regulacions particulars per a les fundacions d’universitat, les militars, les de culte, les assistencials, les agràries, les escolàstiques, les bancàries, les líriques i les de participació, juntament amb les regulades pel Codi civil. M.E. DI GIANDOMENICO; D. FESTA, *Consortzi, fondazioni e trust*, Maggioli Ed., 2005, pàg. 239-242.



- a) L'operativitat de les fundacions: promotores, operatives o mixtes
- b) La finalitat fundacional: d'interès general, familiar, religiosa, política.
- c) Segons la procedència del capital: privades (particulars o d'empresa); públiques.

Val a dir, però, que una mateixa fundació conjumina els diferents vectors exposats, de manera que les variables són extensíssimes<sup>598</sup>.

### 2.1.1 Segons l'operativitat de les fundacions: operatives, promotores o mixtes

Segons HOUNDIUS i VAN DER PLOEG, existeixen dos arquetips de fundacions. Com a institució, serien: universitats, escoles, hospitals, museus, etc. I fundacions de capitals, com serien: beques, donacions als pobres, etc. Per això, justifiquen que el terme fundació té un doble origen: l'acte de crear una entitat, i l'acte de dotar-la de fons. Existeix una terminologia pròpia per a fer aquesta distinció, així parlem de les **fundacions operatives** (*operational foundations*) i les **fundacions promotores** (*grantmaking foundations*)<sup>599</sup>. Les fundacions operatives es caracteritzen per ser aquelles que desenvolupen les activitats fundacionals seguint els objectius fixats en els seus projectes i programes (p.ex. *Fondation Le Corbusier* a França, *Pescatore Foundation* a Luxemburg); per contra, les fundacions promotores financen les activitats fundacionals que desenvolupen altres entitats. Són uns ens 'intermediaris', que destinen les seves rendes, o les que perceben de donacions, a d'altres organitzacions no lucratives (p. ex. *Ford Foundation* a EUA, *Volkswagen Stiftung* a Alemanya). Finalment, hi ha les mixtes, que combinen ambdues característiques (Fundació Juan March a Espanya, *Calouste Gulbenkian Foundation* a Portugal)<sup>600</sup>.

---

<sup>598</sup> Vegeu per exemple, la classificació que realitza M. POMEY, situant la *Fondation de France* com a fundació de vocació general; de subscripció dirigida al gran públic; de distribució; de gestió; i fiduciària. M. POMEY, *Traité des fondations d'utilité publique*, Presses universitaires de France, Paris, 1980, pàg. 28-30. Una classificació més antiga, però que coincideix en part en la presentada, U. VALERO AGUNDEZ, *La fundación como forma de empresa*, Valladolid, 1969, pàg. 100-113.

<sup>599</sup> No ens podem resistir a reproduir la terminologia usada per Badenes i la reflexió que en feia al respecte: "Fundaciones 'de dinero' y fundaciones 'de establecimiento': El cumplimiento del fin fundacional puede realizarse con la entrega en metálico de las rentas patrimoniales. Cuando esto ocurre, estas fundaciones se denominan 'de capital' o 'de dinero'; que la doctrina alemana, seguida por la italiana, las distingue de las fundaciones 'de establecimiento', lo que advertimos para poner de relieve que esta distinción no tiene más alcance que el de la nomenclatura empleada con referencia a los procedimientos utilizados para la realización de los fines fundacionales". R. BADENES GASSET, *Las fundaciones de derecho privado*, Barcelona, 1986, pàg. 67.

<sup>600</sup> Caben altres classificacions segons el model de finançament, com per exemple, la que distingeix entre les fundacions de base patrimonial; les operatives (basades en l'activitat), les mixtes i les instrumentals. La fundació de model mixt, resultaria de la combinació del model patrimonial i el model operatiu. El model instrumental de fundació, respondria a l'exercici del dret de fundació que realitzen algunes persones

Tradicionalment, la fundació es constitueix per part d'un fundador que aporta una dotació o patrimoni inicial que serà destinat a la finalitat destriada i que desenvoluparà. Per tant, la fundació es sostén en un model patrimonial, i aquesta entitat ha de conservar i explotar aquest patrimoni per tal d'obtenir el rendiment que permeti finançar les activitats o fins previstos pels quals s'ha creat la fundació. Aquest seria el model clàssic de fundació operativa, com serien considerades la majoria de fundacions europees, que estan tendint a ser mixtes i en alguns països està arrelant la tradició fundacional americana de fundacions *grantmaking*<sup>601</sup>.

Hi ha ordenament jurídics, com s'ha exposat, on es preveu la possibilitat que aportacions patrimonials constitueixin fundació que es destina a una fundació prèviament constituïda. Serien fundacions de capital, o promotores, que no requereixen tota la instrumentalització d'una fundació independent amb personalitat jurídica pròpia<sup>602</sup>. Per exemple, als Països Baixos les donacions per beques d'estudis són administrades per les universitats o pels consells municipals. La raó rau en que aquest tipus de donacions de mesures reduïdes no precisen de la creació de tota l'estructura que la fundació comporta<sup>603</sup>. Però l'exemple més important en dret europeu es troba, sense cap mena de dubte, a França. S'ha exposat que el procediment legalment previst per a la creació d'una fundació a França requereix un important control administratiu previ, així com posterior, malgrat els recents esforços per pal·liar aquesta rigidesa administrativa. Això no obsta que existeixi una massa important de població que contribueix al món fundacional a través de les "*fondations abritées*", l'amalgama de possibilitats és àmplia, i amb importants facilitats per realitzar-les<sup>604</sup>. Així mateix succeeix amb el

---

jurídiques amb l'objectiu de constituir una organització en forma de fundació, que actuï com instrument al seu servei (sempre respectant que els fins siguin d'interès general). Aquest tipus de fundació instrumental és utilitzada per les empreses i per les administracions públiques. J.A. CAJIGAL MORALES, "Planificació econòmica", V.A., *Las fundaciones*, Colex, 2006, pàg. 147-164.

<sup>601</sup> Històricament, les fundacions eren institucions operatives (p.ex. hospitals, escoles, etc.), la distinció entre aquestes i les promotores emergeix cap al segle XIX i a començaments del XX. Aquest tipus de fundació ha esdevingut el prototip de fundació moderna, llargament estesa als EUA (de les 60000 fundacions, el 90% són *grantmaking*) H.K. ANHEIER; S. DALY, "Philanthropic foundations in modern society", H.K. ANHEIER; S. DALY (eds.), *The Politics of Foundations*, Routledge, 2007, pàg. 9-10.

<sup>602</sup> Històricament, correspondria al tipus de fundació que era més habitual, les donacions a favor de l'Església (*Piae causae*). Aquestes liberalitats es consideraven fundacions, però no es creaven *ex novo*, sinó que aquestes donacions es confiaven als ens religiosos que eren els encarregats de realitzar les finalitats filantròpiques.

<sup>603</sup> F.W. HONDIUS; T.J. VAN DER PLOEG, "Foundations", *IECL*, vol. XIII, cap. 9, 2000, pàg. 26.

<sup>604</sup> Aquestes fundacions són actes d'afectació d'un patrimoni o fons a una fundació preexistent (com la Fundació de França o l'Institut de França), de manera que no es crea una persona jurídica nova i autònoma, malgrat es considera que és una fundació. La colossal *Fondation de France* va ser creada pel General de Gaulle i André Malraux el 1969, la seva gestió consisteix en administrar les liberalitats que se li

‘National trust’, que existeix des de finals del segle XIX, i que es basa en els fons que recapta o per activitats pròpies, així com, per l’activitat del voluntariat. Aquesta institució ha esdevingut peça clau en la política britànica de salvaguarda del patrimoni<sup>605</sup>. A Itàlia, F. GALGANO, les anomena *fundacions holding* o financeres, serien les que tenen per finalitat l’administració d’un patrimoni, i el rediment resultant es destinaria a d’altres ens que els afecten a una finalitat d’utilitat pública<sup>606</sup>.

Un exemple de fundacions no operatives, per tant, promotores, que ha adquirit una importància notable durant les darreres dècades el trobem en les *community foundations* nord-americanes<sup>607</sup>. Aquestes es limiten a distribuir els fons recaptats a favor d’altres ens sense afany de lucre, per tant, serien fundacions *grantmaking*, però amb la característica que aquestes fundacions actuen en un àmbit territorial predefinit i circumscrit. Aquesta ‘comunitat de fundacions’, però, serà considerada com una única unitat, encara que estigui formada de pluralitat de *trusts* o diverses corporacions. Una de les característiques que la distingeixen és que el consell directiu (*board of directors*) disposa de la “*variance power*”, que consisteix en el poder de modificar la destinació dels recursos. Aquesta possibilitat està íntimament lligada a la finalitat que, com s’ha dit, es troba delimitada a un territori concret, per tant, és possible destinar de forma més eficient aquests fons atenent a les necessitats de cada moment. Aquest tipus de fundació americana, ha estat importada a Itàlia per part de les fundacions

---

atorguen, i invertint-les en la finalitat que el fundador escull. Vegeu la seva pàgina web <[www.fdf.org](http://www.fdf.org)>. Vid. part I, cap. I, apartat 2.2.2.3 a).

<sup>605</sup> El *National Trust*, és una *charity* independent del govern, creada el 1895, que compta amb 3.5 milions de membres o adherits que paguen quota anual, i 43.000 voluntaris. La seva finalitat és la de gestionar monuments, parcs, jardins, boscos, el litoral, etc., dels que se’n beneficien la comunitat. Per a més informació: <[www.nationaltrust.org.uk](http://www.nationaltrust.org.uk)>. Vegeu S. NASARRE AZNAR, “Los patrimonios fiduciarios y la protección del territorio. Experiencia en Inglaterra y aplicación en Cataluña”, La Notaría, vol. I, n. 35-36, 2006, pàg. 11-24. Per BADENES, quan el fundador preveu que altres persones realitzaran liberalitats al seu favor, serien fundacions obertes, que es podrien anomenar com ‘fundació receptora’, que respondria a una fundació associativa, que deixa obert el possible llistat de fundadors, i es combina l’estructura de la persona jurídica fundacional amb les de caràcter associatiu. R. BADENES GASSET, *Las fundaciones de derecho privado*, Barcelona, 1986, pàg. 72.

<sup>606</sup> F. GALGANO, *Personae giuridiche. Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, Bologna, 2<sup>a</sup> ed., 2006, pàg. 252; 238 i ss. Distingeix entre les fundacions financeres o *holding* (*fondazione finanziaria o holding*) que tindria per objecte l’administració del patrimoni o la gestió de l’empresa, amb l’obligació, imposada en l’estatut, de destinar els rendiments a una altra fundació o diverses, les quals el destinaran de forma directa a la realització de les finalitats de la fundació (*fondazioni operanti*). Reconegut pel Consell d’Estat “può essere riconosciuto il carattere di fondazione ad un ente che abbia il compito di amministrare un patrimonio le cui rendite siano assegnate, da altre fondazioni, per compensare iniziative meritorie nel campo umanitario, scientifico, artistico e sociale”. Const. St., 12 dicembre 1961.

<sup>607</sup> Algunes dades: als EUA, les fundacions comunitàries representen 11% de les fundacions, són responsables d’un 9% de llegats, i un 16% de donacions. La seva capacitat de captar fons és de l’11% enfront el 3.5% de les altres fundacions. G.M. RICCI, “Filantropia locale e community foundations: la circolazione del modello americano nel sistema giuridico italiano”, *InDret* 2/2005, n. 282.

d'origen bancari<sup>608</sup>, estenent-se a tot Europa a partir del 2004, punt d'inflexió en què s'identifica la fundació comunitària moderna<sup>609</sup>.

La distinció entre fundacions en compte i fundacions promotores és subtil, per això, M. POMEY les incloua en les denominacions de: “*fondations fiduciaires*”, col·lectives, obertes, de redistribució i amb vocació general, com són les *Community Trusts* o *Community Foundations* dels EUA, o la *Fondation de France*, o la *Charity Aid Foundation* (UK), que tenen per vocació rebre totes les liberalitats, en capital o en rendes, gestionar-ho, i després redistribuir el producte disponible als tercers, en tots els sectors de l'interès general”. Aquestes són, segons el professor francès, les “veritables fundacions de fundacions”<sup>610</sup>.

### 2.1.2 Segons la finalitat: d'interès general o d'interès particular

El nostre estudi, com és notori, es basa en les **fundacions d'interès general o d'utilitat pública**, per considerar-les com a bàsiques, ja que responen a la idea filantròpica o caritativa dels seus orígens. A més, la majoria d'ordenaments contemporen la finalitat d'interès general de les fundacions en les seves normes. Arran del concepte d'interès general cabrien moltes subclassificacions per matèria: assistencials; agràries; universitàries; culturals, etc.<sup>611</sup>.

Quan la finalitat de la fundació, o del patrimoni, es destina a beneficiar un grup de persones determinat vinculat familiarment al fundador, és quan es parla de **fundacions familiars**. Respon a un sentiment natural de protecció dels membres de la família per un període llarg de temps, o la garantia de conservació del patrimoni en el si d'una família. L'origen és antic (vinculacions familiars, *mayorazgos*), com s'ha exposat, va ser precisament aquesta situació la que va

---

<sup>608</sup> En concret hi ha la “*Fondazione Cassa di Risparmio delle Provincie Lombarde*”, coneguda com a “*Fondazione Cariplo*”, l'origen era la *Cassa di Risparmio delle Provincie Lombarde* (1823), però després de la llei coneguda per *Amado-Carli*, es transforma l'any 1991 en l'actual “fundació comunitària” donat que s'ocupa preferentment de l'activitat de desenvolupament i promoció de la Llombardia. En aquest cas, la fundació comunitària italiana no és autònoma sinó que es crea a partir d'un altre ens sense afany de lucre, la fundació bancària, estructura que determina la seva gestió i organització. G.M. RICCI, “Filantropia locale e community foundations: la circolazione del modello americano nel sistema giuridico italiano”, *InDret* 2/2005, n. 282.

<sup>609</sup> Vegeu: WINGS (Worldwide Initiatives for Grantmaker Support). E.W. SACKS, *Community Foundation Global Status Report*, WINGS, 2005, <[www.wingsweb.org](http://www.wingsweb.org)>. Per exemple: les fundacions britàniques han augmentat en un 30% (117 milions de lliures esterlines); a Alemanya, hi ha 100 fundacions de comunitàries (any 2004; 38 milions d'euros); a Itàlia les 15 fundacions de la *Fondazione Cariplo* (any 2006; 11 milions d'euros). També han augmentat en els països de l'Europa de l'Est, en particular a Polònia, Eslovàquia i Rússia, així com a Àfrica i Àsia. B. CASADEI, “I trend in atto a livello internazionale nel mondo delle fondazioni comunitarie”, *Newsletter CDF*, marzo 2007, <[www.fondazioni.it](http://www.fondazioni.it)>. Vegeu: PH. HOELSCHER; B. CASADEI, *Le fondazioni comunitarie in Italia e Germania*, Maecenata Verlag, Berlin, 2006.

<sup>610</sup> M. POMEY, *Traité des fondations d'utilité publique*, Presses universitaires de France, Paris, 1980, pàg. 30.

<sup>611</sup> *Vid.* part I, cap. II, apartat 1.1.3.

propiciar que multitud de patrimonis fossin exclosos del comerç amb la subsegüent reacció legislativa que va acabar prohibint les fundacions familiars. Malgrat el context històric, en els països del nord d'Europa s'ha mantingut la figura de les fundacions familiars, de fet, són molt usuals (Suïssa, Liechtenstein, Àustria, Alemanya)<sup>612</sup>. Els fins d'una fundació familiar consisteixen en la preservació d'un patrimoni en benefici de persones individuals o d'un grup familiar. A títol d'exemple, la fundació de Liechtenstein (*Stiftung*), és una entitat privada amb personalitat jurídica, que té per objecte l'afectació d'un patrimoni a la consecució d'una finalitat determinada que pot adoptar dues modalitats distintes: la fundació pròpiament familiar, amb l'objectiu d'administrar un patrimoni en benefici dels membres d'una determinada família, sufragant les seves despeses d'educació i manutenció en la forma predeterminada pel fundador. I, la fundació mixta, en la qual el patrimoni queda afectat no només als fins anteriors, sinó també a activitats de caritat, culturals, humanitàries, socials o benèfiques<sup>613</sup>.

Altres ordenaments permeten la constitució de fundacions que poden beneficiar a familiars, però amb certes limitacions. La normativa holandesa implícitament admetria que fundacions beneficiïn a familiars del fundador, ja que les seves disposicions només limiten la possibilitat de distribució dels beneficis entre els fundadors o membres del patronat<sup>614</sup>. Cabria l'admissió de fundacions amb finalitats privades particulars, és a dir, que beneficiïn a persones concretes, de fet, és un sistema de protecció de patrimonis familiars sempre amb benefici social. És a dir, pot haver-hi concessió de beques que beneficiïn persones relacionades amb els fundadors o els patrons. El límit està en la finalitat, només es poden beneficiar familiars en qüestions d'educació o per necessitat. També val a dir, que si es detectés un abús, es podria instar el seu control davant dels tribunals. Per altra banda, en el Codi civil italià, es permet constituir fundacions en les quals els

---

<sup>612</sup> Admetrien reservar una part dels pressupostos o patrimoni de la fundació per a la família del fundador (*split-interest endowments*), per exemple, a Portugal; Anglaterra i Gal·les. K.J. HOPT; W.R. WALZ; T. VON HIPPEL; V. THEN (eds.), *The European Foundation. A New Legal Approach*, Verlag Bertelsmann Stiftung, Gütersloh, 2006, pàg. 99. L'ordenament suís regula les *fondations de famille* al codi civil (art. 335), les quals es constituïran per les regles de dret de persones jurídiques o de successions (estan dispensades d'inscriure's en registre de comerç, art. 52.2). La seva finalitat ha de ser per l'educació, o assistència dels membres de la família o fins anàlegs. Es prohibeix el fideïcomís de família. Recordem que en dret islàmic també existeixen els *waqf* familiars. *Vid.* part I, cap. I, apartat 2.2.2.3 c).

<sup>613</sup> J. DE ARESPOCHAGA, *El trust, la fiducia y figuras afines*, Marcial Pons, 2000, pàg. 155.

<sup>614</sup> Art. 285.3 BW.

beneficiaris siguin els familiars descendents, sempre i quan tinguin per finalitat prestacions assistencials<sup>615</sup>.

Finalment, hi ha lleis estatals que exclouen la possibilitat de constituir fundacions amb fins familiars, com per exemple, en l'ordenament espanyol<sup>616</sup>.

Ens aturem breument per presentar les **fundacions amb finalitats religioses**, no sense recordar que les fundacions originàriament havien estat lligades a les religions ja des de l'antic Egipte. Tant el cristianisme, com l'Islam, l'Hinduisme o el Budisme, han acceptat des dels seus orígens donacions que eren utilitzades per les obres pies, en forma d'escoles, ajuda als pobres, biblioteques, etc.<sup>617</sup> La història ha fet evolucionar aquests tipus de fundacions, ja fossin les desamortitzacions, o bé, la introducció de l'Estat del benestar. Actualment, aitals institucions encara existeixen, i en determinats ordenaments disposen d'unes normatives pròpies i especials, és el cas d'Itàlia<sup>618</sup>, o Espanya<sup>619</sup> o Alemanya<sup>620</sup>.

---

<sup>615</sup> Art. 28.3 CCIIt. “fondazioni destinate a vantaggio soltanto di una o più famiglie determinate”. Coneix la figura de les fundacions familiars que tenen l'origen en el segle XIX, aquestes però, no han patit la mateixa evolució ni tenen les mateixes característiques que les fundacions familiars del nord d'Europa. El seu origen es deu a que el fideïcomís no era una figura admesa en l'ordenament italià de manera que a través de les fundacions familiars es podia administrar els béns. Però aquestes estan obligades a tenir finalitats d'interès general o col·lectiu, el fet que la fundació no pugui desenvolupar una activitat a favor d'un subjecte individual ha estat argumentada analògicament per la prohibició del fideïcomís (fedecomesso, art. 692 CCIIt), que en l'especifica predeterminació del substitut troba el moment distintiu de la fundació de família. A. ZOPPINI, *Le Fondazioni*, Napoli, 1995, pàg. 153. Aquest tipus de fundacions familiars no estan sotmeses a un control administratiu estricte, per altra banda, els beneficiaris gaudeixen de més possibilitats d'intervenir en el control de l'ens. Aquestes, però, són poc usuals. F. GALGANO, *Personae juridiche. Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, Bologna, 2<sup>a</sup> ed., 2006, pàg. 231 i nota. En la proposta de reforma del Codi civil italià de 2003, s'admetrien les fundacions amb fins privats, especificant que aquestes no podrien sol·licitar i rebre subvencions, i se'ls hi concediria més autonomia d'autogestió.

<sup>616</sup> Recordem que la pròpia Constitució espanyola disposa que les finalitats de les fundacions han de tenir fins d'interès general (art. 34). Abans de la Carta Magna, ja es plantejava la possibilitat o no d'admetre en l'ordenament jurídic espanyol les fundacions familiars: F. DE CASTRO Y BRAVO, “Sobre la pretendida validez de las fundaciones familiares”, *Anuario de Derecho Civil*, t. VI, fasc. III, 1953, pàg. 623-651. Actualment, sembla clar que no es permet la constitució, a través de la normativa espanyola, de fundacions amb fins familiars (art. 3 LF 50/2002). Mereix advertir que existeix una excepció, les fundacions dedicades a la preservació i restauració de béns del patrimoni històric espanyol. En aquest tipus específic de fundació el fundador o la seva família poden beneficiar-se de la fundació o de les possessions, sempre amb el compromís de permetre les visites i les exhibicions públiques (*Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español*).

<sup>617</sup> F.W. HONDIUS; T.J. VAN DER PLOEG, “Foundations”, *IECL*, vol. XIII, cap. 9, 2000, pàg. 27. Els valors religiosos són importants en el marc de la filantropia, ja que fomenten la generositat individual, i organitzativa. El Cristianisme, el Judaisme, l'Islam, l'Hinduisme i altres religions han contribuït a produir un divers ventall d'organitzacions catòliques, protestants i musulmanes en llocs tant diferents com els Països Baixos, Egipte i Singapur. Fins i tot, als EUA, tot i que es considera un país relativament secularitzat, més de la meitat de tots els fons que es lliuren en donació van a raure a causes i institucions religioses. M.A. CABRA DE LUNA, *El tercer sector y las fundaciones de España hacia el nuevo milenio*, Madrid, 1998, pàg. 179.

<sup>618</sup> Leggi concordatarie del 1929 e del 1985.

En d'altres Estats, es contempla la promoció de la religió com una finalitat altruista, com un “purpose”, com és el cas del Regne Unit i Austràlia.

Les **fundacions polítiques** es troben prohibides en alguns ordenaments mentre que en d'altres s'admeten. Així doncs, hi ha ordenaments en els quals es permet que les organitzacions sense lucre realitzin activitats a favor de partits polítics si són auxiliars al fi fundacional i no s'utilitzen per a promocionar les campanyes electorals (p.ex. Espanya<sup>621</sup>), mentre que a Nordamèrica està permès<sup>622</sup>. També hi ha ordenaments que no admeten que una fundació pugui tenir finalitats polítiques (com succeïa a Anglaterra abans de la darrera reforma)<sup>623</sup>.

### 2.1.3 Segons la procedència del capital: fundacions autònomes, fundacions d'empresa, fundacions públiques

Si bé és cert que, originàriament, les fundacions només eren constituïdes per particulars (**fundacions privades**), actualment s'admet en la majoria d'ordenaments, que els òrgans públics puguin constituir una fundació.

Les **fundacions públiques** (*governmentally-linked foundations*) es caracteritzarien per: estar finançades per capital públic; la composició del patronat o consell d'administració és definit pel govern, i inclouria especialistes en la matèria del sector públic o privat. L'amalgama de tipus de fundacions públiques varia molt de país a país, molt més que les fundacions privades<sup>624</sup>. Cal advertir, però, que el fet

---

<sup>619</sup> Vegeu: R. BENEYTO BERENQUER, *Fundaciones sociales de la Iglesia católica: Conflicto Iglesia-Estado*, Edicep, València, 1996; J. TRASERRA CUNILLERA, *Las fundaciones pías autónomas*, Barcelona, 1985; M.M. MARTÍN, *Las fundaciones religiosas en el Derecho español. Especial referencia al Derecho autonómico*, Almería, 1995.

<sup>620</sup> Les fundacions religioses tenen una gran tradició a Alemanya, se'n comptabilitzen unes 100.000. F. ADLOFF et al., “Germany”, H.K. ANHEIER; S. DALY (eds.), *The Politics of Foundations*, Routledge, 2007, pàg. 176.

<sup>621</sup> Ley 50/2002: Disposición adicional séptima. Fundaciones vinculadas a los partidos políticos. “Las fundaciones vinculadas a los partidos políticos se registrarán por lo dispuesto en la presente Ley, y sus recursos podrán proceder de la financiación pública a través de los presupuestos de las distintas Administraciones públicas en los términos establecidos en la legislación presupuestaria aplicable y, en su caso, mediante las correspondientes convocatorias públicas”.

<sup>622</sup> S'identifiquen tres tipus d'activitats: *political campaign activity; lobbying; policy advocacy*. Però aquestes activitats no reben el mateix règim jurídic fiscal, per exemple als EUA, està prohibit cap tracte fiscal favorable a les donacions realitzades a campanyes polítiques. L.M. SALAMON; S.L.Q. FLAHERTY, “Nonprofit Law: ten issues in search of resolution”, *Working Papers of the Johns Hopkins Comparative Nonprofit Sector Project*, 1996, pàg. 30.

<sup>623</sup> *Vid.* part I, cap. II, apartat 1.1.3 (Anglaterra i Gal·les).

<sup>624</sup> Les fundacions públiques poden concebre's com a tals, segons diferents perspectives, o una combinació d'aquestes: perquè la fundació estigui dirigida en determinats aspectes per normes administratives i no pel dret civil o dret privat; perquè la seva creació ha estat mitjançant un acte territorial o nacional del legislador i es perseguiran fins públics (Finlàndia, Alemanya); perquè la fundació hagi estat creada per l'autoritat pública, però regida per dret privat o civil (Brasil, Itàlia, Països Baixos); perquè la fundació actua amb pressupostos o subvencions públiques (EUA); perquè la fundació hagi rebut una especial habilitació del govern (Noruega). F.W. HONDIUS; T.J. VAN DER PLOEG, “Foundations”, *IECL*,

que una fundació sigui pública, no fa variar la seva naturalesa com a ens privat, ja que continuarà essent regida per les normes de dret privat amb algunes adaptacions. El que és radicalment divers és la seva forma de constitució, generalment per llei. Òbviament, les finalitats que perseguiran seran d'interès públic. Per la doctrina alemanya és habitual distingir entre les fundacions de dret privat i les de dret públic, en canvi, en el dret positiu italià no es reconeix la fundació de dret públic com a tipus, tot i que és una pràctica que coneixen els ens públics, sobretot en els procediments de privatització. A aquestes estructures fundacionals públiques se'ls aplica la mateixa normativa que les fundacions previstes en el *Codice civile*, amb certes matisacions sobretot respecte els límits de la capacitat jurídica, les regles financeres i comptables, i de jurisdicció<sup>625</sup>. A l'Estat espanyol, a partir de la Llei 30/1994, es va possibilitar a les persones jurídicopúbliques la constitució de fundacions, de manera que el Dret administratiu es pot fer valer del Dret privat. Amb la Llei posterior de 2002, s'inclou un capítol dedicat a les "Fundacions del sector públic estatal", aquestes serien les que es constitueixen amb una aportació majoritària de l'administració general de l'Estat, els seus organismes o demés entitats del sector públic estatal, o bé, que el seu patrimoni fundacional estigui format en més d'un 50% per béns o drets aportats o cedits per les entitats que s'han mencionat. Aquesta possibilitat s'estén a les administracions públiques de les Comunitats Autònomes<sup>626</sup>. En la doctrina espanyola no són poques les crítiques que s'han alçat des que es permet a les institucions públiques instituir fundacions, ja que s'ha assumit que les

---

vol. XIII, cap. 9, 2000, pàg. 24. En els EUA la classificació de la tipologia de fundacions es troba regulada en la llei fiscal, com és habitual en els països del *common law*. Es distingeix entre *public charities*, i les *private foundations*. Hi ha una tradició molt arrelada respecte les *public charities*, aquestes es caracteritzen per ser organitzacions que reben "publicly supported", de manera que poden rebre importants ingressos del pressupost públic del govern. Es caracteritzen per la varietat de fonts de recursos. Les *private foundations* són definides per exclusió per la *Internal Revenue Code* (501 (c) 3) "Pot ser una *charity*, però no una Església, escola, hospital, administració o una organització subordinada". Es caracteritzen per derivar d'una única font d'ingressos, una donació individual o familiar, o d'una empresa. Aquestes, alhora es divideixen entre fundacions no operatives, i operatives.

<sup>625</sup> "Si ritiene che la fondazione di diritto pubblico non possa essere considerata una figura tipicizzata e che, di conseguenza, non si sia di fronte a una speciale e distinta fattispecie di persona giuridica pubblica, ma solo ad una delle forme che quest'ultimo può rivestire. (...) ma anche fondazioni aventi personalità giuridica di diritto pubblico, la cui normativa base, in assenza di una legislazione 'ad hoc', deve essere individuata negli art. 11 ss. C.c. Il che significa che dire che una fondazione appartiene alla categoria degli enti pubblici non significa quindi farla entrare in una sfera distinta da quella cui appartengono le altre fondazioni (...)" G. PAGLIARI, *Le fondazioni bancarie*, Milano, 2004, pàg. 61 i ss.

<sup>626</sup> Vegeu: M.E. SERRANO CHAMORRO, "Capítulo 17. La prestación de servicios sanitarios", BENEYTO PÉREZ, J.M. (dir.), *Tratado de Fundaciones*, Bosch, 2007, vol. II, pàg. 905-961; J. GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, "Fundaciones de la administración pública", S. MUÑOZ et al. (dir.), *Comentarios a las leyes de fundaciones y de mecenazgo*, Madrid, 2005, pàg. 645-752.



institucions públiques disposen de mecanismes propis per realitzar els fins d'interès general, sense necessitat d'acudir a mecanismes o figures privades<sup>627</sup>.

De les fundacions d'origen patrimonial privat, per una banda tindríem les grans fundacions, enteses aquestes com les erigides per persones que disposen de grans fortunes, essent econòmicament viables en base al seu propi patrimoni i les rendes que genera. Les fundacions de dimensions més reduïdes sovint necessiten cofinançar-se amb diner públic a base de subvencions. Paral·lels als fundadors persona física, es compta amb persones jurídiques privades, aquestes són les empreses mercantils. Així doncs, quan el patrimoni o la dotació inicial d'una fundació té el seu origen en una empresa, que en seria la fundadora, ens referim a les fundacions d'empresa. Es mereix distingir un altre supòsit, consistent en la possibilitat que les fundacions participin d'una societat, o bé, que una fundació desenvolupi activitats econòmiques, actuant en el mercat com ho fa una empresa, produint o prestant serveis, seria la fundació-empresa. Per tant, cal distingir d'antuvi que una fundació creï una empresa essent-ne el titular (fundació-empresa), de quan participi en una empresa (fundació amb empresa), del fet que una empresa constitueixi una fundació (fundació d'empresa)<sup>628</sup>.

Les fundacions poden actuar, doncs, com una empresa, produint o prestant serveis, és el que anomenem com a **fundació-empresa**, que consisteix en una

---

<sup>627</sup> “(...) Tan así es que, en el colmo de la paranoia iuspublicista, las Administraciones están ampliamente habilitadas para constituir fundaciones, lo cual plantea la irresoluble pregunta de por qué arcano motivo quienes esencialmente están destinadas a la satisfacción del interés general necesitan alumbrar otras criaturillas dedicadas a lo mismo.” A. RUIZ OJEDA, “Capítulo 8: El Registro de Fundaciones”, BENEYTO PÉREZ, J.M. (dir.), *Tratado de Fundaciones*, Bosch, 2007, vol. I, pàg. 448. Per contra, el fonament jurídic de la inclusió de les persones jurídiques públiques com a possibles fundadors, es basa en la necessitat de diversificar les formes d'organització de les administracions públiques, com a exigència pròpia de l'eficàcia en l'assignació dels recursos i de l'equitat en l'actuació pública. Els governs i les administracions actuen cada cop més a través de persones interposades, es confien a organismes dotats d'estatuts variats, en concret, de dret privat, per a que duguin a terme les seves missions. El caràcter públic de la personalitat no ha de suposar un obstacle per a l'aplicació del dret privat i viceversa. La forma de la fundació d'iniciativa pública sembla especialment adequada per a la prestació de serveis públics de caràcter social o cultural. La legitimitat es reforçaria en el fet de que les fundacions actuen sense afany de lucre i amb fins d'interès general, la diferència principal radicaria en l'autonomia de la voluntat privada o pública. E. MALARET GARCIA; M. MARSAL FERRET, *Las fundaciones de iniciativa pública: un régimen jurídico en construcción*, Fundació Carles Pi i Sunyer, Barcelona, 2005, pàg. 11 i ss; 143.

<sup>628</sup> La classificació seria més àmplia: a) la fundació-empresa, la qual pot desenvolupar activitats econòmiques connexes als fins d'interès general de la fundació (per un servei o producte, per tant, amb un preu), o bé, per activitats empresarials independents dels fins fundacionals. b) la fundació pot posseir participacions de societats mercantils (fundació amb empresa), que poden com a simple inversió, o bé, com a fórmula de control i de gestió d'una empresa; c) fundació d'empresa, per tant, una empresa crea una fundació per tal de canalitzar les seves activitats publicitàries externes o per retornar part dels seus beneficis a la societat. Extensament exposat en: J. PEDREIRA MENÉNDEZ, *Las actividades empresariales de las fundaciones y su tributación*, Valladolid, 1999, pàg. 230-311. F. VICENT CHULIÀ, en relació a la llei espanyola de fundacions, distingeix quan la fundació desenvolupa activitats econòmiques (Fundació funcional) i quan poden participar en societats mercantils amb responsabilitat limitada (fundació dotacional). F. VICENT CHULIÀ, *Introducción al Derecho mercantil*, València, 2007, pàg. 685.

fundació que és titular directa i immediata de l'activitat de l'empresa, assumint, des del punt de vista del Dret, les conseqüències patrimonials derivades d'aquesta activitat<sup>629</sup>. Generalment, s'exigeix que les prestacions de serveis que exerceixen o els productes que comercialitzen, estiguin vinculats amb la finalitat fundacional i siguin complementaris o accessoris. Aquest tipus de fundacions estan sotmeses a les normes reguladores de la competència, ja que concorren amb les societats mercantils en la prestació de serveis en el mercat. Actualment, ja no es discuteix que les fundacions han de desenvolupar una activitat en si mateixa empresarial, de manera que han de gestionar el seu patrimoni amb la màxima rendibilitat possible, per tal d'obtenir les rendes suficients per sufragar les despeses de les prestacions d'interès general, gratuïtes o a preu inferior al cost del servei. Afirmar J. PEDREIRA MENÉNDEZ:

“(…) la fundació-empresa és un dels paràmetres de desenvolupament futur de les fundacions, ja que podran dur a terme millor les seves tasques gaudint d'una rendibilitat permanent que evitarà la seva descapitalització sense remei. Ha d'abandonar-se la concepció de la fundació com un patrimoni estàtic, entès com un capital col·locat en actius financers amb rendiment fix, que en moltes ocasions s'havia manifestat insuficient per cobrir els fins de la institució. (...) Per tant, ha d'admetre's la possibilitat que actuen de forma dinàmica en el mercat, per a que puguin obtenir fons suficients amb els que complir les finalitats d'interès general, adaptant-se així a les variables circumstàncies econòmiques, condicionant però aquesta possibilitat a que els rendiments obtinguts s'adscriuïn sempre directa i efectivament als fins fundacionals”<sup>630</sup>.

---

<sup>629</sup> R.A. LEONSEGUI GUILLOT, “La actividad de la fundación”, M<sup>o</sup>P. POUS et al., *Las Fundaciones. Aspectos jurídicos y fiscales. Planificación de actividades y comunicación*, Colex, 2006, pàg. 59. ‘Enterprise foundation’: “It can mean (1) a trading foundation, (2) a foundation which owns an enterprise as an asset, or (3) a foundation which has as its only purpose the preservation and maintenance of an enterprise. (...) As the comparative overview shows, there are rather different approaches to coping with the trading question. Some countries tend to treat trading foundations more or less like business companies, while others more or less restrict the economic activities of foundations. The reasons for restrictions are sometimes creditor protection, sometimes tax law, while the assumption that there is less efficient management in a foundation (or other non-profit entity) is not very influential.” K.J. HOPT; W.R. WALZ; T. VON HIPPEL; V. THEN (eds.), *The European Foundation. A New Legal Approach*, Verlag Bertelsmann Stiftung, Gütersloh, 2006, pàg. 219; 220. Vegeu l'estudi clàssic de la doctrina espanyola: U. VALERO AGUNDEZ, *La fundación como forma de empresa*, Valladolid, 1969; i d'altres estudis: I. LENZI; C. RAFFAELLI, “Le origini e la natura delle fondazioni di impresa in Italia: verso la rendicontazione di responsabilità sociale”, *Rapporti sullo sviluppo sostenibile della Fondazione Eni Enrico Mattei*, 2005, n.4, <www.feem.it>; J.M. EMBID IRUJO, “Fundaciones y actividades empresariales en el Derecho español”, *Derecho de los Negocios*, n. 106, 2004, pàg. 6 i ss; J.M. DE PRADA GONZÁLEZ, “Actividades mercantiles de las fundaciones”, *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. I, Madrid, 2002, pàg. 53-99; L. LINARES ANDRÉS, “La actividad económica de las fundaciones”, *Las personas jurídicas en el dret civil de Catalunya: associacions i fundacions (Materials de les Novenes Jornades de Dret Català a Tossa)*, València, 1998, pàg. 545-589.

<sup>630</sup> J. PEDREIRA MENÉNDEZ, *Las actividades empresariales de las fundaciones y su tributación*, Valladolid, 1999, pàg. 236-237.

Ara bé, no tota la doctrina admet la qualificació de fundació-empresa, ja que les fundacions tenen, en general, l'obligació de no posar en risc el capital o patrimoni de la fundació, de manera que no és possible que la fundació actuï com una empresa on existeix el risc de la pèrdua del capital. Per això, les legislacions acostumen a preveure la distinció entre la fundació i l'empresa que constitueix aquesta, de manera que l'actuació empresarial seria indirecta a través d'una societat mercantil independent.

En pluralitat d'ordenaments, s'admet que una fundació participi d'una empresa com a inversor en el capital d'una societat mercantil (**fundació amb empresa**). La pràctica més habitual és que la fundació sigui accionista i participi en els consells de societats mercantils, sense limitació en l'objecte social o la quantia, tot i que es pugui preveure en alguns ordenaments l'obligació d'informar a l'administració pública supervisora. S'admetria, doncs, que una fundació tingui en el seu patrimoni accions d'una societat anònima, i amb els dividendes obtinguts mantenir l'activitat pròpia<sup>631</sup>.

Es planteja, però, si una fundació pot exercir activitats comercials amb la mentalitat lucrativa d'un bon empresari. Es contraposa la finalitat civil de les fundacions amb la finalitat lucrativa mercantil. La tendència actual hauria de ser, per evitar situacions contradictòries i atenent a la pròpia naturalesa filantròpica i altruista de les fundacions, que l'adquisició d'accions d'empreses que efectuessin, fos respecte d'aquelles entitats mercantils que actuen segons la Responsabilitat Social Corporativa o de l'empresa (RSC), és a dir, que actua amb principis ètics. Per tant, la fundació hauria de conjuminar en un pla d'igualtat la inversió per a obtenir beneficis, amb el finançament d'activitats econòmiques que tinguin un impacte social positiu.

Diferent és quan una empresa mercantil decideix constituir una fundació, són les **fundacions d'empresa**. Aquest tipus de fundacions estan admeses en molts

---

<sup>631</sup> A títol d'exemple: les fundacions espanyoles poden realitzar inversions financeres temporals, les quals estan sota el control del Protectorat, que rep juntament amb els comptes anuals, un informe sobre el grau de compliment per part de la fundació dels codis de conducta de les entitats sense ànim de lucre. Aquest codi, aprovat per l'Acord de 20 de novembre de 2003 del Consell de la Comissió Nacional del Mercat de Valors, s'aplica a les entitats sense afany de lucre que realitzin inversions temporals en valors mobiliaris i instruments financers supervisats per la *Comisión Nacional del Mercado de Valores*. I. PEÑALOSA ESTEBAN, "Principales obligaciones contables y fiscales", V.A., *Las fundaciones*, Colex, 2006, pàg. 72-73. En la *Trust Act 2000* es preveu que els *trustees* tenen capacitat per fer inversions, així mateix en les *charity trusts*. En l'ordenament anglosaxó es distingeix entre les inversions possibles i les activitats comercials, aquestes darreres limitades per la llei de *charities*, que no admet els exclusivament '*purpose trading*', i els límits fiscals. Com en tants altres ordenaments, les finalitats de les *charities*, i en concret de les *foundations*, han de ser *charitables*, compreses en algun dels *purposes* admesos i, per tant, s'exclou un *purpose trading*, tot i que això no prohibeix tot tipus d'activitat comercial, sempre que es destini als objectius de la institució. P. LUXTON, *The law of charities*, Oxford, 2001, pàg. 603-641; 729-749.

ordenaments europeus, influenciades per la tradició angloamericana i també germànica, iniciada després de la Segona Guerra Mundial<sup>632</sup>. Les fundacions d'empresa són l'impacte més significatiu que ha patit la fundació des de la perspectiva de la seva naturalesa (a part de les fundacions públiques), de manera que trenca amb l'immobilisme del tipus normatiu i aporta heterogeneïtat amb un 'nou' contingut socioeconòmic.

Lentament, es percep un canvi d'actitud per part del sector empresarial, que en ocasions s'ha trobat forçat a atendre a la pressió dels consumidors, sovint a conseqüència de campanyes d'ONG, així com d'algunes tímides legislacions, respecte el consum i producció socialment responsables. S'ha iniciat una conscienciació empresarial que ha de garantir no només la relació qualitat preu, sinó també un compromís respecte a la societat, un component ètic o moral que condueix a l'aplicació de criteris medioambientals o de seguretat laboral en la consecució dels objectius econòmics empresarials, ens referim a la ja esmentada Responsabilitat Social Corporativa. No s'hauria d'avaluar negativament que una empresa canviï els seus criteris d'actuació amb fins publicitaris o empresarials, ja que el canvi i la repercussió serà igualment positiva. Tanmateix, es produeix un cert abús de la figura de la fundació d'empresa, segons A. ZOPPINI, la fundació s'usa de forma instrumental per a la consecució dels objectius emprenedors o, en general, per la legitimació social de l'empresa. Aquesta fundació d'empresa adquireix el seu nom, i actua en les activitats que directa o indirectament persegueix l'empresa, de manera que la finalitat de l'empresa adquireix una connotació "ego-altruista"<sup>633</sup>. Algunes empreses conceben com a oportunitat de negoci l'aparició de noves necessitats socials o dels consumidors, a més dels avantatges juridicofinancers<sup>634</sup>. Això comporta que algunes organitzacions que actuen amb afany de lucre ho fan "sense un esperit fundacional i desvirtuen la imatge de les fundacions", per això, són les mateixes fundacions que denuncien el

---

<sup>632</sup> S'inicien a través de les fundacions d'empresa socialitzada, com la Carl Zeiss Stiftung. U. VALERO AGUNDEZ, *La fundación como forma de empresa*, Valladolid, 1969, pàg. 12 i ss. A França va ser introduïda a la *Loi du 23 juillet 1987*, per la *Loi du 4 juillet 1990 portant création de la fondation d'entreprise* (art. 19 i 20).

<sup>633</sup> A. ZOPPINI, *Le Fondazioni*, Napoli, 1995, pàg. 55.

<sup>634</sup> Resumidament, des del punt de vista de l'ordenament jurídic espanyol: la fundació és una persona jurídica que actua de forma independent en el tràfic jurídic, i que tindrà responsabilitat limitada al patrimoni fundacional, de manera que no respondran respecte la gestió de la societat ni enfront a tercers; la perpetuïtat en el temps de les fundacions la converteixen en un instrument òptim per a la gestió d'un ens societari que tendeix a perdurar més que els propis socis; la limitació que restringeix la participació de les fundacions en societats en les quals no respongui personalment dels deutes socials; atribució d'un règim fiscal favorable; possibilitat de retribució dels patrons quan exercixin funcions diferents de les pròpies del Patronat; millora de la imatge corporativa. M<sup>3</sup>P. GARCÍA; B. TRIGO, "Fundación, sociedades y patrimonio familiar", *Asociaciones y fundaciones. XI Jornadas de la APDC*, Universidad de Murcia, 2005, pàg. 251 i ss.

perill que suposen aquest tipus d'entitats falses no lucratives atretes per un mercat social nou en creixement<sup>635</sup>. La instrumentalització de les fundacions per part del sector mercantil pot provocar conflictes entre entitats no lucratives i les lucratives.

Una tipologia *sui generis* de fundació d'empresa, serien les **fundacions que constitueixen les entitats financeres**, donada la dificultat de definir la seva naturalesa jurídica, apuntarem només dos casos particulars, les caixes d'estalvi espanyoles, i les fundacions bancàries italianes.

Les fundacions de caixes d'estalvi espanyoles tindrien el seu origen en els *montes de piedad* creats per combatre l'usurpa (mitjans segle XIX), i van estar evolucionant fins que a finals dels anys vuitanta, es sotmeten a la direcció i supervisió del Banc d'Espanya, qualificant-se així com a entitat de crèdit de naturalesa juridicoprivada. Malgrat això, subsisteix el debat sobre la seva naturalesa jurídica respecte el seu caràcter fundacional i/o mercantil. Actualment, la doctrina tendeix a considerar que tenen un caràcter fundacional, però essent com són empreses creditícies, s'opta per qualificar-la com a 'fundació-empresa', malgrat que no se'ls aplica la normativa general sobre fundacions, sinó que disposa d'una regulació pròpia i, per tant, serien fundacions atípiques. De fet, no se les considera com a 'empresaris' per no perseguir fins lucratiu, malgrat que exerceixen professionalment activitats de caràcter econòmic en el mercat financer, i les rendes obtingudes es destinen a la consecució del fi fundacional, per això, se les qualifica com a fundació-empresa. Hi ha sectors que critiquen la seva estructura i advoquen per la seva privatització, entesa aquesta com que es transformin en societats de capital<sup>636</sup>. L'obra social per les Caixes d'Estalvi es pot exercir directament, o bé, amb col·laboració d'altres institucions, mitjançant fundacions, aquesta darrera possibilitat ha proliferat durant les darreres dècades, ja que es considera com ideal per a la gestió de les obres i serveis per mitjà de fundacions, donada la seva capacitat d'acció i els avantatges fiscals.

---

<sup>635</sup> COORDINADORA CATALANA DE FUNDACIONS, *Conclusions del Congrés de Fundacions 2001*, <[www.fundacions.org](http://www.fundacions.org)> (maig 2004).

<sup>636</sup> A. OÑORO CARRASCAL, "Capítulo 18: Las cajas de ahorros", BENEYTO PÉREZ, J.M. (dir.), *Tratado de Fundaciones*, Bosch, 2007, vol. II, pàg. 963-989. El desenvolupament de l'obra social ha estat condicionada per la legislació que ha regulat els excedents de la gestió de les Caixes d'estalvi. Al 1998 les Caixes havien de destinar el 50% del seu excedent a reserves i del 50% restant es paguen el 35% a l'Impost de Societats i el 15% s'incorpora per l'obra social, que es computen com a recursos propis. L'obra social s'aprova per l'Assemblea General, amb autorització del Ministeri d'Economia i Hisenda i/o de la CA. Les Caixes han de buscar l'equilibri entre els fons destinats a l'obra social i els derivats a reserves, ja que donada la seva peculiar estructura no posseeixen capital social.

En el panorama europeu, mereix aturar-nos per presentar les fundacions bancàries italianes, joves en la seva tipologia, i particulars en el seu origen. La història d'aquesta *fattispecie* ha estat àrdua i complicada, en una simple aproximació, es comprova la quantitat de normes que han intervingut en un procés de privatització que, per altra banda, no està definitivament tancat i que mostra contradiccions<sup>637</sup>. El resultat jurídic d'aquesta normativa es tradueix en un problema de qualificació d'aquests ens, serien privats o públics? És una qüestió espinosa i delicada, fins i tot per les seves implicacions constitucionals, per això, es succeeixen noves normatives i debats parlamentaris, que fineixen amb el plantejament de la seva constitucionalitat<sup>638</sup>. No hauria de poder qualificar-se

---

<sup>637</sup> S'iniciaria amb el "*Libro bianco*" de la Banca d'Itàlia de 1981 i de 1988 (Banca d'Italia - Servizio Studi, "Ordinamento degli enti pubblici creditizi. Analisi e prospettive", en *Bollettino* 1981, 428 ss., i "Ordinamento degli enti pubblici creditizi. L'adozione del modello della società per azioni", en *Bollettino Economico* 1988, n. 10, 44 ss.), instrument que preveu la reforma dels ens públics crediticis, per tal de garantir la seva autonomia de gestió i transformar-los en ens privats econòmics, en concret la solució presa serà adoptar el model de la societat per accions (societat bancària) com a primer pas a la privatització. En aquest context arriba la primera regulació de les fundacions bancàries, amb la reforma legislativa anomenada "Amato" a partir de 1990 (Legge 30 luglio 1990 n° 218 "Disposizioni in materia di ristrutturazione e integrazione patrimoniale degli istituti di credito di diritto pubblico" (GURI n° 182, 6.8.1990); i el Decreto legislativo n° 356, de 20 de novembre de 1990, sobre la reestructuració i regulació del grup crediticis (GURI n° 282, 3.12.1990). Legge 30 luglio 1994 n.474 "Norme per l'accelerazione delle procedure di dismissione di partecipazione dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni"; Decreto Ministero del Tesoro 18 novembre 1994). En aquest moment, neixen les fundacions bancàries, tot i que la normativa en cap moment les denomina en aquests termes. La nova societat bancària per accions es divideix en dues entitats: d'una part l'empresa bancària, de l'altra els ens propietaris de les accions. Així, coexisteixen els ens considerats "*conferenti*", que tenen com a fons de la dotació una composició no associativa i que poden mantenir l'originària finalitat d'assistència i de tutela de les categories socials més dèbils, (fins d'interès públic i d'utilitat social), amb els ens amb fons de dotació de base associativa i amb fins irrelevants. El primer grup se'l comença a qualificar de *fundacions bancàries*, les quals podran complir les operacions financeres, comercials i immobiliàries necessàries i oportunes per a la consecució de tal fi, mentre que no poden exercitar directament l'empresa bancària, tampoc posseir participacions de control del capital de l'empresa bancària o financera diferent de la societat per accions. G. PAGLIARI, *Le fondazioni bancarie*, Milano, 2004, pàg. 9 i ss.

<sup>638</sup> És important la reforma "Ciampi" a finals dels 90 (Legge n. 461/98 i el d.lgs. n. 153/99), els buits legals de la reforma "Amato" es cobreixen amb aquesta nova reforma, disposant una disciplina civilística i fiscal. Reconeix la naturalesa privada i la plena autonomia estatutària i de gestió de les fundacions bancàries, per primera vegada el legislador emprà tal expressió: Art. 2, I, d.lgs. n. 153/99: "Le fondazioni sono persone giuridiche private senza fine di lucro, dotate di piena autonomia statutaria o gestionale. Perseguono esclusivamente scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico secondo quanto stabilito dai rispettivi statuti". La següent reforma important va ser la de "Tremonti" (Legge n. 448/01 "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2002)", art. 11), es revisen els principis de la reforma Ciampi, es modifica la intervenció i composició dels òrgans de direcció, i limitació dels objectius a perseguir, es redueix l'activitat de la fundació a la mera administració, i la relació entre la banca i la fundació, sotmetent aquesta última a un fort control, qüestions que contradiuen l'autonomia estatutària i que provocà el plantejament de la seva constitucionalitat. Sezione Consultiva per gli Atti Normativi del Consiglio di Stato (1 luglio 2002, n. 1354/2002): "l'esame...va, quindi, condotto sulla base del tessuto legislativo vigente, anche se, in certi casi, esso comporta una idubbia limitazione dell'autonomia statutaria delle fondazioni prevista dal decreto legislativo n. 153, il che ha fatto dubitare della sua compatibilità con il regime giuridico privatistico, ancorché "speciale", delle fondazioni bancarie, e, quindi, tra l'altro, con la disciplina costituzionale dell'autonomia privata (art. 41 Cost.), del diritto di associazione dei cittadini (art. 18 Cost.) e degli stessi diritti dell'uomo nelle formazioni sociali (art. 2 Cost.), oltre che con il principio di ragionevolezza ex art. 3, secondo

com a persona jurídica pública i privada<sup>639</sup>. El complicat i canviant quadre legislatiu evidencia massa elements contradictoris per poder pensar que està tancat el procés de determinació de l'estatus de les fundacions bancàries, ni tant sols les sentències del Tribunal constitucional sembla que puguin resoldre la qüestió. No es descarta la idea que la fundació bancària sigui una entitat pròpia, especial i única, que no caldria encasellar, i que per la seva essència de *numerus clausus*, es justificaria una normativa particular<sup>640</sup>. Per altra banda, l'Associació de les caixes d'estalvi i de les fundacions d'origen bancàries, s'autodefineixen com a fundacions d'origen bancari sense afany de lucre (ens *nonprofit*), privats i autònoms, que persegueixen exclusivament finalitats d'utilitat social i de promoció al desenvolupament econòmic<sup>641</sup>. En data de 2005, eren un total de 88 fundacions bancàries<sup>642</sup>, les quals disposen d'ingent patrimoni, que inverteixen en activitats diverses, prudents i fructíferes. Els beneficis resultants de la bona gestió s'inverteixen en les activitats d'interès col·lectiu, en particular en els sectors de la recerca científica, en l'educació, l'art, la sanitat, la cultura, la conservació i reconeixement dels béns ambientals i paisatgístics, l'assistència a la categoria social dèbil i en tots aquells sectors, admesos per la llei, que cada fundació prevegi en el seu estatut.

L'originalitat d'aquest tipus de fundació italiana, no es podria incloure en una línia legislativa generalitzada de fundacions bancàries a nivell europeu, ja que si bé en

---

comma, Cost.” La *Sentenze 29 settembre 2003 n. 300 e la n. 301 della Corte Costituzionale*, confirma la definició legislativa, però sobre aquesta sentència, s'ha plantejat recurs de competència. G. PAGLIARI, *Le fondazioni bancarie*, Milano, 2004, pàg. 25.

<sup>639</sup> “La questione della vera, sostanziale, natura giuridica delle fondazioni bancarie rimane, pertanto, aperta: da un lato, impedisce di esimersi da questo complesso e difficile esercizio il noto principio interpretativo “nomina non sunt substantia rerum”; dall'altro, elimina ogni alibi l'autorevole tesi, secondo la quale la dichiarazione contenuta nella legge, quando è in contrasto con la disciplina positiva, non è sufficiente a qualificare una persona giuridica come pubblica o, “a contrariis”, como privata.” G. PAGLIARI, *Le fondazioni bancarie*, Milano, 2004, pàg. 33. El gran problema rau que el patrimoni de la fundació bancària, és d'origen públic (bancs públics), per tant com considerar que la fundació és privada si legítimament els fons eren públics, per tant de la col·lectivitat, provocant problemes de constitucionalitat.

<sup>640</sup> G. PAGLIARI, *Le fondazioni bancarie*, Milano, 2004, pàg. 466. De l'abundant literatura jurídica, vegeu també: E.F.M. EMANUELE, *Evoluzione e vicende delle fondazioni di origine bancaria*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2004.

<sup>641</sup> “*Associazione delle casse di risparmio italiane e delle fondazioni di origine bancaria*”: “l'evolució registrada des de 1990, data del naixement de les Fundacions (bancàries), fins avui en dia, es troba definitivament reconduïda a nivell de dret privat, atès que, la reforma de la disciplina de les persones jurídiques privades, es troba comprès en el cos legal únic dels ens no lucratiu del Títol II del Llibre I del Codi civil”. Part de la informació utilitzada en aquest apartat té com a font el web d'aquesta associació. <www.acri.it> (juny 2005), on s'hi poden trobar dades actualitzades sobre aquestes fundacions, una cronologia de les disposicions legals, bibliografia, etc.

<sup>642</sup> Les fundacions d'origen bancari inicialment eren 89, de les quals 82 originàries de Caixes d'Estalvi (Casse di Risparmio), 6 d'Instituts de Crèdit de Dret Públic i 1 d'un Monte di Credito, han esdevingut 88 en el transcurs del 2004, en conseqüència d'un procés de fusió que ha interessat a dues d'aquestes. <www.acri.it> (juny 2005)

molts ordenaments les persones jurídiques, en forma de bancs o de caixes d'estalvi poden constituir una fundació, a Itàlia ha estat un procés de privatització d'ens crediticis nacionals que ha transferit a les fundacions les participacions majoritàries de les banques. La tendència, però, és 'normalitzar' aquesta tipologia pròpia italiana, cap a una fundació privada que actua en interès general, que en un futur, estarien incloses en el *Codice civile*, arrel de l'esperada reforma. Entre tant, la fundació bancària italiana i la seva participació en societats ha suscitat ja una sentència del TJCE (2006), en la qual s'havia de determinar si una fundació bancària es podia qualificar com a 'empresa' en el sentit de l'art. 87 TCE per tal de determinar si li era d'aplicació la normativa comunitària sobre ajuts públics, s'estudiarà detingudament en la tercera part<sup>643</sup>.

## **2.2 Classificació unitària i problemes de qualificació (III): reconeixement d'utilitat pública o *charitable* i les finalitats d'interès privat o familiar**

És intrínsec en els juristes de dret civil etiquetar qualsevol figura jurídica, sembla preceptiu saber qualificar qualsevol relació jurídica, a poder ser, preexistent en dret romà. Un cop la tindríem qualificada, el següent pas seria classificar-la en una tipologia, preferiblement *numerus clausus*. Aquesta pràctica, en un món jurídicament globalitzat ha esdevingut impossible, i fins i tot, poc desitjable. Després d'aquest intent de classificació de tipus de fundacions atenent uns criteris determinats, i no uns altres, constatem que és una classificació incompleta i que demostraria la dificultat de disposar d'una classificació unitària<sup>644</sup>.

Aital varietat de fundacions comporta inexcusablement problemes de qualificació en àmbit de Dret internacional privat. En l'apartat que es presentaven les diferents formes que poden adquirir les fundacions (*trust* - personalitat jurídica - fundació dependent) s'ha palesat la pluralitat d'opcions existents, i els problemes de qualificació que sorgeixen, tot i que haurien de poder coexistir jurídicament sense que suposi un trastorn jurídic insuperable<sup>645</sup>. La forma jurídica que adopta la fundació és una de les característiques bàsiques que la defineixen en una norma

---

<sup>643</sup> STJCE de 10 de gener de 2006, *Ministero dell'Economia e delle Finanze i Cassa di Risparmio di Firenze SpA, Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato, Cassa di Risparmio di San Miniato SpA*, assumpte C-222/04. *Vid.* part III, cap. I, apartat 2.3.1.1.

<sup>644</sup> De les diferents classificacions que s'han estudiat per realitzar la present, s'ha advertit de la pluralitat de criteris als que es pot optar per tal de realitzar-les, així com, els límits en aquests criteris. Una classificació àmplia, però malgrat tot incompleta, és la que ofereix la EFC, vegeu el quadre resum: "Foundations Facts & Figures Across the EU", abril 2005, <www.efc.be>, distingeix quatre categories: fundacions independents (la majoria); fundacions d'empresa; fundacions suportades pel govern; fundacions comunitàries centrades en la comunitat o en l'àmbit local i altres fundacions captadores de fons.

<sup>645</sup> *Vid.* part I, cap. I, apartat 2.3.



jurídica, però aquesta va acompanyada d'altres trets que la diferencien d'altres figures, per tant, que auxiliem en la seva qualificació. Aquestes característiques bàsiques, coincideixen en alguns dels criteris que s'han emprat per descriure la tipologia, i es troben, generalment en les definicions legals de cada ordenament jurídic, com serien: els béns o patrimoni que forma la fundació (absència de membres); la destinació dels béns (interès general, o no); la finalitat no lucrativa; o d'altres elements. Passem a estudiar només un dels entrebancs amb què es pot trobar immersa una fundació constituïda legalment per un ordenament jurídic que pretengui actuar en un altre Estat, en base a un dels criteris que caracteritzen les fundacions: les finalitats d'interès general *versus* les finalitats d'interès particular.

En molts ordenaments, d'entre les característiques bàsiques que ha de complir una fundació per a ser reconeguda com a tal, a part de la forma jurídica utilitzada, es disposa que les finalitats perseguides per la institució han de ser d'interès general, o usant l'expressió del *common law*, que les finalitats puguin ser qualificades com a *charitables*, de manera que s'exclourien les finalitats particulars (o familiars). La finalitat fundacional que ha disposat el fundador, que es descriu en els Estatuts o l'acte de constitució de l'entitat, ha d'estar prevista en la llei, o en la jurisprudència d'un ordenament jurídic, per tal de poder-la qualificar com a fundació i gaudir dels avantatges fiscals. El problema sorgeix quan es contraposen les finalitats perseguibles segons els distints ordenaments jurídics, que com s'ha descrit, no tenen perquè coincidir, essent d'interès públic o d'interès particular. Així, una fundació estrangera que no tingui per objectiu un interès general o públic o *charitable*, realitzant una qualificació *ex lege fori*, podria no ser reconeguda com a fundació o *charity* en l'Estat de recepció.

Ens centrem primerament amb les fundacions que persegueixen **fins d'interès general**, *d'utilité publique* o *charitables*. La delimitació del que inclouria o no l'interès general es preveu en el mateix ordenament, sigui amb un llistat de fins o *purposes*, o bé, a través de la jurisprudència. L'adequació de la finalitat a la normativa de constitució, pot implicar alguns problemes si no es defineix acuradament la finalitat fundacional (a continuació, s'exposarà l'exemple anglès). També, quan una fundació pretén actuar fora de l'àmbit habitual d'actuació i entra en contacte amb altres ordenaments on els fins perseguibles d'interès general siguin distints o tinguin interpretacions diverses<sup>646</sup>.

---

<sup>646</sup> Vegeu: T. VON HIPPEL, en: KJ. HOPT; W.R. WALZ; T. VON HIPPEL; V. THEN (eds.), *The European Foundation. A New Legal Approach*, Verlag Bertelsmann Stiftung, Gütersloh, 2006, pàg. 84 i ss.

La consideració de *charitable* és essencial en el sistema jurídic angloamericà, la delimitació del que es considera *charitable* (fins l'aprovació de la llei anglesa de 2006), s'ha regit per les quatre línies previstes en l'Estatut d'Elizabeth de 1601<sup>647</sup>, amb un important desenvolupament jurisprudencial, que ha completat i adaptat el seu contingut, sovint, suscitant interpretacions judicials estrictes. Així, en l'acte constitutiu d'un *charitable trust*, es recomana que s'especifiqui que el *trust* tindrà fins *charitables*, en cas contrari, una interpretació restrictiva podria invalidar la última voluntat d'un constituent per ser poc precís. Per exemple, els tribunals de les Illes Caiman, han refusat en alguna ocasió, el reconeixement d'un *trust* com a *charitable* perquè mancava el requisit jurídic del terme *charitable*, ja que en l'acte de disposició només s'expressava la seva intenció de beneficiar 'individus i associacions mereixedores'<sup>648</sup>. El principi segons el qual la *charity* ha de beneficiar a la *community*, també comporta problemes en la seva aplicació transnacional del concepte per la seva ambigüïtat. En la jurisprudència anglesa trobem exemples on no s'ha admès la qualificació de *charitable* a organitzacions o entitats constituïdes per dret anglès i que pretenien actuar fora de la seva frontera, fonamentant que, malgrat els destinataris ser indeterminats, no beneficiava a un sector en general de la societat sinó a una comunitat concreta, o bé, també s'ha argüït que la comunitat que s'havia de beneficiar havia d'estar dins de la nació segons el tipus de *purposes* que es perseguís<sup>649</sup>.

Sorgeixen problemes respecte els **fins religiosos**, en alguns ordenaments acceptats, i en d'altres no. Aquest tipus de fins comporta una complexitat especial per la seva amplitud, ja que inclourien des de la caritat a la recuperació d'una catedral. Aquestes activitats exercides per institucions religioses poden ser considerades com a fins religiosos i no ser admesos per alguns ordenaments, malgrat beneficiar a la comunitat. Mereixeria la pena distingir si la finalitat és la promoció de la religió i el seu culte (fi pròpiament religiós), del seu estudi (beca d'investigació). A Anglaterra i Gal·les la promoció de la religió està reconeguda àmpliament, no sense suscitar abundant jurisprudència, per contra, a França seria absolutament intolerable una finalitat religiosa, que exclouria fins i tot les obres de millora arquitectònica d'una església. Qualificar a una fundació estrangera com

---

<sup>647</sup> *Vid.* part I, cap. II, apartat 1.1.3 (Anglaterra i Gal·les).

<sup>648</sup> Citat per M.E. DI GIANDOMENICO; D. FESTA, *Consorzi, fondazioni e trust*, Maggioli Ed., 2005, pàg. 59.

<sup>649</sup> S'interpreta que assistir els jueus a Palestina, és una comunitat determinada que no entraria en la consideració de *beneficial to the community* (1932). Per altra banda, seria *charitable* l'educació encara que fos fora de les fronteres (amb algunes apreciacions); però no ho seria la construcció d'un pont fora del Regne Unit. La interpretació dels *purposes* ha esdevingut tan essencial com arbitrària, de manera que l'any 1970, la plantació d'arbres a Israel va ser acceptat com a *charitable* perquè assistia a la pobresa. "Moral benefits, it might be said, know no frontiers". P. LUXTON, *The law of charities*, Oxford, 2001, pàg. 194-199.

a tal, implica no només poder determinar la llei aplicable, sinó reconèixer-la i per tant, aplicar-li un seguit de prerrogatives, com podria ser optar a subvencions, per això resulta imprescindible que la fundació estrangera compleixi amb els requisits mínims previstos en l'ordenament d'acollida per a ser qualificada com a tal.

El discurs exposat en relació als fins religiosos és traslladable a les **finalitats polítiques**. La delimitació del que s'entèn per finalitat política varia doncs d'un ordenament a un altre, així, podria incloure des de promocionar i recaptar fons per un partit polític, a accions d'ajuda humanitària en un país on hi hagi un conflicte bèl·lic. Mentre que la jurisprudència anglesa ha negat la qualificació de *charitable* a organitzacions com Amnistia Internacional o Oxfam, per participar en activitats polítiques, a Espanya és habitual que els partits polítics tinguin fundacions i, fins i tot, estan subvencionades amb fons públics. La recent *Charities Act 2006*, disposa d'un llistat d'activitats que permet distingir-ne les que impliquen aspectes polítics, de la política pròpiament executada pels partits polítics, la qual continua essent exclosa.<sup>650</sup>

Recentment, el legislador europeu, malgrat no haver emès un posicionament clar respecte els paràmetres que qualificarien les activitats d'interès públic que poden desenvolupar les fundacions de partits polítics, i sense que hi hagi hagut cap harmonització prèvia en les legislacions estatals, ha aprovat una reforma del Reglament europeu relatiu a l'estatut i finançament dels partits polítics a escala europea, per tal d'introduir el que anomena "fundació política a escala europea"<sup>651</sup>. En aquest reglament, es preveu la concessió d'ajuts financers a les fundacions polítiques a escala europea, ja que es considera que aquestes persegueixen, mitjançant les seves activitats, recolzar i complementar les activitats dels partits polítics a escala europea, "especialment contribuint al debat sobre aspectes de la política europea i sobre la integració europea, actuant fins i tot com a catalitzadors de noves idees, anàlisis i opcions polítiques". S'ha d'entendre, doncs, que la justificació dels ajuts financers (del pressupost general de la UE) que es destinaran a les fundacions afiliades a partits polítics, contribuiran al debat de la política europea, organitzant seminaris, activitats de formació, etc., promoure la democràcia, servir de marc per al món acadèmic i desenvolupar la cooperació

---

<sup>650</sup> *Vid.* part I, cap. II, apartat 1.1.3 (Anglaterra i Gal·les). A Anglaterra i Gal·les, els objectius polítics eren incompatibles amb el *charitable status*. Aquest 'political object' ha comportat molts problemes interpretatius en les corts angleses, ja que ha exclòs activitats de promoció a la democràcia en Estats en conflicte bèl·lics, o el reconeixement d'un sindicat d'estudiants. P. LUXTON, *The law of charities*, Oxford, 2001, pàg. 221-248.

<sup>651</sup> Reglament (CE) 1524/2007 del Parlament europeu i del Consell de 18 de desembre de 2007 pel que es modifica el Reglament (CE) 2004/2003 relatiu a l'estatut i el finançament dels partits polítics a escala europea (DOUE) L 343, 27.12.2007.

entre entitats (...) segons preveu l'art. 2.4. Per tant, no es destinarà al foment del partit polític de la fundació (art. 4.6; art. 7.8), sinó a l'interès general. Opta doncs, pel sistema més estès a Europa, admetre fundacions de partits polítics per a contribuir en la recerca i difusió de les teories polítiques basades en principis com el de llibertat, democràcia, respecte als drets humans, llibertats fonamentals, i l'Estat de Dret (art. 3.2. c))<sup>652</sup>.

La consideració doncs, d'interès general o públic, varia d'ordenament a ordenament, i caldria establir, en àmbit comunitari europeu, una concepció general per evitar possibles problemes. Atenent una qualificació *ex lege fori*, una fundació que en el país d'origen o de la seva constitució està qualificada com d'utilitat pública, si en el país de recepció es preveu, per exemple com a criteri per atribuir-se tal qualitat, que la fundació tingui domiciliada la seva seu en aquest Estat i/o que desenvolupi les seves activitats en aquest Estat, a les hores podria no ser reconeguda com a fundació d'utilitat pública segons aquest ordenament, i per tant, no estar reconeguda com a tal amb les conseqüències per exemple fiscals que se'n desprenen d'aquesta qualificació. Aquesta situació ja s'ha donat, i ha suscitat la intervenció del Tribunal de Justícia<sup>653</sup>.

En relació a les **fundacions amb finalitats familiars** o d'interès particular, és possible que ordenaments jurídics que expressament disposen que les finalitats han de ser d'interès per a la comunitat i no per un grup concret vinculat a la família, no qualifiquin com a fundació a una fundació estrangera legalment constituïda pel seu ordenament perquè els beneficiaris són la família. Per tant, per determinar la llei aplicable hauria de subsumir-se la relació jurídica a figures similars, però en cap cas, les normes de DIPr previstes per les fundacions.

Aquest és el cas de l'ordenament jurídic espanyol. Per M. GARDEÑES, les fundacions familiars estrangeres, no podrien ser qualificades com a fundacions segons l'ordenament espanyol per no complir amb un dels criteris bàsics de la concepció espanyola de fundació (personalitat jurídica, fins d'interès general, i absència d'afany de lucre). Ara bé, el mateix autor sí que seria partidari de reconèixer-li capacitat d'actuar (contractar, arrendar, etc.), però no com a

---

<sup>652</sup> La naturalesa o concepció jurídica de la 'fundació política a escala europea' serà estudiada en la tercera part de l'estudi, *Vid.* part III, cap. I, apartat 1.1 i cap. III, apartat 2.1.3.

<sup>653</sup> Vegeu el cas *Stauffer*, STJCE C-386/04, de 15 de desembre de 2006, *Musicologia contra Finanzamt München*. *Vid.* part III, cap. I, apartat 2.4.

fundació, ja que no podrien ser inscrites en el Registre de fundacions<sup>654</sup>. El règim que preveu d'homologació, partint de la *lex fori*, és rígid, i la raó no és ni més ni menys que la necessitat de protegir la característica essencial de la fundació, que és l'interès general. Compartim la crítica de S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, i la proposta de flexibilització<sup>655</sup> entenem que s'hauria de fer des de la normativa fiscal, a semblança de la normativa nord-americana, on la tipologia de fundacions, es basa en el tracte fiscal diferenciant cada categoria<sup>656</sup>. Entenem la preocupació que suscita la prohibició d'usar el terme "fundació" d'un ens estranger que gaudeix legalment d'aquesta qualificació segons l'ordenament de la seva constitució, però, mentre no se'n pugui fer una modificació fiscal eficient, aquesta mesura és una eina de protecció vers als tercers. En gran part de la població dels ordenaments jurídics mediterranis, resideix una confusió respecte la naturalesa de les fundacions i de les seves finalitats<sup>657</sup>. Tot just actualment es comença a conèixer que les fundacions actuen en benefici de l'interès general, de manera que si s'introduïssin fundacions familiars estrangeres podria augmentar la confusió fins a l'extrem de perjudicar les fundacions d'interès general<sup>658</sup>. Malgrat tot, si s'admetés el reconeixement de fundacions familiars estrangeres (amb les prerrogatives fiscals adaptades a la tipologia), probablement caldria introduir en el

---

<sup>654</sup> La persecució de fins d'interès particular comporta la no aplicació dels privilegis propis de les entitats no lucratives, però no en la negació total de la operativitat de l'entitat. M. GARDEÑES SANTIAGO, *Las fundaciones en derecho internacional privado español*, Madrid, Eurolex, 2003, pàg. 118 i ss.

<sup>655</sup> Segons S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ: "sens dubte el règim jurídic instaurat per les lleis de fundacions és rígid pel que fa a l'homologació i això, entre d'altres coses, facilita la claredat de les distintes situacions. Tot i això, aquesta rigidesa legal pot no conciliar-se suficientment amb la promoció de l'activitat de les fundacions. Així, per una part, no em sembla descabellat interpretar que l'alusió als fins d'interès general de l'article 34 de la Constitució és una nota d'especial protecció i tutela, però no necessàriament una nota 'excloent'; estic convençut que la llei (les lleis estatal i autonòmiques) podrien introduir la regulació d'altres tipus de fundacions (això sí, amb un tractament diferenciat). Per altra banda, supeditar la concessió de beneficis fiscals a la persecució de fins d'interès general no deixa de ser una decisió de legalitat ordinària perfectament comprensible; no obstant, impedir que una fundació d'interès particular o familiar estrangera pugui utilitzar el nom de 'Fundació' (tal qual derivaria de la seva consideració com a tal i, conseqüentment, del seu no reconeixement, a la llum de l'art. 7 de la Llei 50/2002) em sembla excessiu." S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "Recensión a GARDEÑES SANTIAGO, M.: *Las fundaciones en Derecho internacional privado español*. Fundación Centro de Estudios Comerciales, Madrid, 2003, 263 pp.", *REDI*, 2004-1, pàg. 625. Tornarem sobre aquest tema en el segon capítol en relació al reconeixement de les fundacions estrangeres. *Vid.* part II, cap. III, apartat 2.

<sup>656</sup> *Vid.* part I, cap. III, apartat 2.1.3 (nota); part II, cap. I, apartat 1.1.

<sup>657</sup> Ens referim a França, Espanya o Itàlia, que coincideixen amb els que els hem atribuït ordenaments restrictius, conseqüència directa de l'evolució històrica. *Vid.* part I, cap. I, apartat 1.3.2.

<sup>658</sup> L'exemple més aclaridor ens l'ofereix França, on la llei de 1984 en part va servir per aclarir quines entitats podien usar el terme fundació i quines no, així mateix a Itàlia. Fet i fet, en els ordenaments en què s'admeten fundacions d'interès general i particular, es confonen els termes, de manera que no són fàcilment distingibles sinó és recorrent al règim fiscal aplicable. *Vid.* part I, cap. II, apartat 1.3.4. Cabria la possibilitat, en cas de reconèixer una fundació estrangera amb fins particulars, que en la inscripció de la delegació, s'afegís al terme fundació 'familiar o de fins particulars', per evitar confusions.

dret positiu de l'Estat de recepció, la possibilitat que els seus ciutadans també poguessin constituir fundacions d'interès particular. En cas contrari, estaríem davant d'una discriminació de tracte, o bé, es recorreria a l'estratagema d'haver de constituir fundacions familiars a l'estranger per després ser reconegudes per al nostre ordenament<sup>659</sup>.

El raonament plantejat s'estendria als *anfaq* familiars, que no rebrien el qualificatiu de fundació, no només per la forma que els revesteix sense personalitat jurídica, sinó també per la finalitat d'interès particular. Probablement es subsumiria la figura jurídica en el règim jurídic de les donacions fetes en vida o per testament<sup>660</sup>.

---

<sup>659</sup> A Itàlia ja s'han plantejat la possibilitat de constituir *trusts* interns com a sistema d'administració del patrimoni a favor dels descendents. A. BRAUN, "El trust en Italia: aplicaciones en el ámbito del Derecho de la persona y de la familia", ARROYO I AMAYUELAS, E., *El Trust en el Derecho civil*, Barcelona, 2007, pàg. 144-147. En ocasions, però, el disposant desconfia d'una figura jurídica que no pot rebre el qualificatiu de fundació. Una altra possibilitat seria constituir una fundació familiar en un país on s'admetés tal categoria, com ara Liechtenstein, amb el benentès que aquesta no seria reconeguda com a tal per l'ordenament italià. Actualment, les fundacions amb fins familiars es limiten a l'assistència del familiar beneficiari (art. 28 CCIt.), no a la gestió del patrimoni familiar. Ara bé, sí que gaudiria de certa capacitat jurídica. La qualificació per determinar la llei aplicable, utilitzant la Llei de DIPrIt, li seria d'aplicació la normativa segons la forma que hagués adquirit. L'opció de constituir fundacions familiars a Liechtenstein és una pràctica més que habitual per part de ciutadans que pertanyen a ordenaments que no admeten tal possibilitat. Descartaríem el frau de llei. Ara bé, reiterem que no serien qualificades com a fundacions. Per a A.F. SCHNITZER, ja a mitjans del segle XX, considerava no admissible el refús al reconeixement d'una fundació de sostén familiar constituïda legalment a l'estranger, ja que el seu objectiu és igualment lloable, i encara més, si no existeix tal possibilitat de constitució segons l'ordenament de l'Estat d'origen. A.F. SCHNITZER, "Le trust et la fondation dans les conflits de lois", *RCrDIPr*, 1965, pàg. 497. Per contra podríem argüir que hi ha ordenaments que per raons històriques, eviten la vinculació de béns immobles de forma perpetua a fins privats (p.ex. *rule against perpetual trust*) i només s'admeten les vinculacions quan els fins són d'interès general. És el cas de l'ordenament jurídic espanyol, en què es prohibeix la vinculació si els béns estan situats a Espanya. Aclareix M. VIRGÓS, que tal limitació no implica que una fundació familiar estrangera, reconeguda a Espanya, no pugui ser propietària de béns a Espanya, sinó que aquesta propietat s'haurà de limitar en el temps en termes equivalents a l'art. 781 del Codi civil espanyol. M. VIRGÓS SORIANO, *El trust y el Derecho Español*, Navarra, 2006, pàg. 69-70. *Vid.* part II, cap. III, apartat 2.2.1.

<sup>660</sup> En relació a l'ordenament espanyol: seria una donació *inter vivos* de l'usdefruit d'una cosa que dugui associada una prohibició de disposar a títol onerós i lucratiu, quedant la nua propietat en mans del donant. O bé, establir una donació amb clàusula de reversió a favor de tercers (art. 641 CCEsp), de manera que quan el donant mor, l'usufructuari passi a un altre donant previst per al donant, sempre amb el límit de les substitucions testamentàries (art. 641.1 *in fine*, art. 781 CCEsp), respectant el límit de les legítimes (respecte un espanyol musulmà). Aquestes pràctiques mereixen ser conegudes per als juristes occidentals, tal i com conclou GARROTE FÉRNANDEZ-DÍEZ: "La configuración jurídica del habiz familiar en dichas legislaciones permite una distribución de los bienes inter vivos y mortis causa que utilizan frecuentemente millones de musulmanes residentes por todo el mundo y que, por el hecho de amortizar la propiedad no cuadra bien con las reticencias occidentales a que los bienes queden en manos muertas". I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, "Las 'fundaciones familiares' en los países de tradición del Derecho Islámico: configuración jurídica y posible aplicación en España", *Aranzadi Civil*, junio 2005, pàg. 45; 55.

### 3. UNA NOVA CONCEPCIÓ: LA FUNDACIÓ COM A OPERADOR ECONÒMIC

Actualment, sembla indubtable que les fundacions desenvolupen activitats econòmiques, sigui directament prestant serveis o a través d'una empresa, o bé, incrementant el seu patrimoni mitjançant participacions socials. Per tant, les fundacions actuen en el mercat, competint amb les entitats mercantils, i generant beneficis. Sembla però, antagònic, atenent la pròpia naturalesa de les fundacions, que aquestes actuïn econòmicament però sense afany de lucre. Aquest discurs sembla haver estat definitivament superat per la doctrina. És evident que les fundacions han ser rendibles i destinar les seves rendes a les finalitats filantròpiques, per això, la millor gestió econòmica permet una major inversió en els fins d'interès general. Segons M.A. CABRA DE LUNA, “en una entitat no lucrativa, en una fundació, el primer és l'aspecte social com a compromís, com a finalitat fundacional, i secundàriament l'aspecte econòmic, tot i que des d'una perspectiva de gestió no s'ha d'abandonar mai el segon aspecte, que en tot cas ha d'estar subordinat al primer”<sup>661</sup>. Les legislacions nacionals s'han anat adaptant a la concepció de la fundació com a integrant del seu mercat, com un operador més, que presta serveis, que opta a concursos públics, que participa en accions bursàlits i que tributa, encara que amb justificades exempcions, en l'economia de l'Estat.

#### 3.1 L'activitat econòmica de les entitats del tercer sector en general i de les fundacions en particular

La naturalesa de les organitzacions no lucratives i, per tant, de les fundacions, ha evolucionat, de manera que es deixa enrera la concepció d'entitats dedicades a la beneficència, el sosteniment de les quals es basava en els donatius, per passar a una nova idea d'entitats comercials que amb caràcter filantròpic actuen per oferir serveis<sup>662</sup>. Les seves actuacions econòmiques es relacionen amb les funcions econòmiques que desenvolupen i que repercuteixen en la societat, en el mercat i l'Estat<sup>663</sup>. La seva participació, es pot classificar a través de tres tasques

---

<sup>661</sup> M.A. CABRA DE LUNA, *El tercer sector y las fundaciones de España hacia el nuevo milenio*, Madrid, 1998, pàg. 37.

<sup>662</sup> Vegeu en la mateixa obra les dades aportades i arguments que refusa la concepció del tercer sector com a mer recaptador de donacions caritatives, en: K.J. HOPT; D. REUTER (Ed), *Stiftungstrecht in Europa*, Carl Heymanns Verlag KG Köln, 2001, les contribucions de: H. HANSMANN, “A Reform Agenda for the Law of Nonprofit Organizations”, pàg. 242. S. ROSE-ACKERMAN, “An Economic Analysis of Nonprofit Organizations”, pàg. 73-94.

<sup>663</sup> En l'estudi comparatiu realitzat entre divuit Estats europeus, on s'analitza els rols de les fundacions respecte els ciutadans, l'Estat i el mercat, en relació al paper que exerceixen les fundacions respecte l'Estat (si el complementa, o el substitueix); si la seva finalitat és la redistribució; si la seva activitat serveix per

econòmiques essencials: la prestació de serveis, la mobilització de recursos econòmics i la creació de llocs de treball.

1) La **prestació de serveis**: hi ha organitzacions del tercer sector que presten serveis, per tant, mouen recursos i generen un volum de riquesa que comporta l'increment del nivell econòmic de la societat, augmentant els serveis oferts al conjunt de la societat i de prestadors, fet que estimula a la seva vegada la competència i consegüentment la qualitat dels serveis oferts<sup>664</sup>.

2) La **mobilització de recursos econòmics**: la inquietud del ciutadà per cobrir una determinada necessitat social comporta una activitat personal, un esforç d'organització, però també la mobilització de capitals o recursos que fins aquell moment estaven inactius i passen a ser utilitzats per a la consecució del benestar col·lectiu. Per tant, aquest interès de filantropia potencia l'activitat de la societat i el moviment dels seus recursos.

3) La **creació de llocs de treball**: aquestes organitzacions necessiten personal assalariat, ja sigui per desenvolupar tasques de gestió i administració, com per realitzar activitats productives dels serveis que pretén accomplir. Si bé és cert que determinades organitzacions disposen d'un important suport de voluntariat, cal personal especialitzat per determinats serveis, així com per gestionar les activitats econòmiques que desenvolupen<sup>665</sup>.

Segons dades de la UNIVERSITAT JOHNS HOPKINS en un estudi dels anys noranta respecte les fundacions al Regne Unit, França, Alemanya, Itàlia, Japó, EUA i Hongria, apuntava que la tasca elaborada pels voluntaris d'aquestes

---

canviar les polítiques socials; promocionen el pluralisme; i la seva tasca d'innovació, es conclou, de forma resumida, que les fundacions arreu d'Europa consideren que són entitats innovadores, independents, complementàries a l'activitat que realitza l'Estat, i amb capacitat d'influenciar en les polítiques socials. Vegeu l'estudi complert: H.K. ANHEIER; S. DALY (eds.), *The Politics of Foundations*, Routledge, 2007, espec. pàg. 27-44.

<sup>664</sup> Els serveis prestats per entitats del tercer sector, acostumen a tenir un fort impacte en l'Economia social ja que acostumen a beneficiar una col·lectivitat, comporta augment en la qualitat de vida de la societat que afecta al seu nivell socioeconòmic a llarg termini. M. IGLÉSIAS PIÉ, *Las organizaciones sin ánimo de lucro*, UOC, 2002, pàg. 33 i 34, ho expressa: "A través del rol de prestadoras, las organizaciones no lucrativas han tenido una influencia clave en la distribución de recursos sociales. La proximidad a los más marginados, que caracteriza a muchas de estas entidades, ligada a la gratuidad del servicio o a la oferta de servicios generalmente por debajo del coste de mercado, ha tenido claramente un efecto de redistribución a favor de estos colectivos".

<sup>665</sup> El tercer sector també adquireix el rol de contractador. Així, la desocupació, es pot veure coberta per aquest sector, que es configura com a única alternativa viable per a les persones que comencen a treballar, ja que l'economia de mercat com a generadora de llocs de treball és cada cop menor així com l'Estat es troba cada cop més impotent per garantir el treball. Cabria doncs, plantejar-se que l'era post-consum proporcionarà mitjançant el mercat llocs de treball a una elit i que caldrà potenciar el voluntariat o tercer sector. Idees de RIFKIN citat per M.A. CABRA DE LUNA, *El tercer sector y las fundaciones de España hacia el nuevo milenio*, Madrid, 1998, pàg. 50.



organitzacions era equivalent a 4,7 milions de treballadors a temps complet. La despesa del sector no lucratiu era equivalent al 5% del producte nacional brut dels països. Aquest sector emergeix fortament a Alemanya, França i EUA<sup>666</sup>. Les fundacions a Espanya representen el 2,4% del total d'entitats sense afany de lucre, però la seva importància augmenta respecte les seves despeses, un total de 14,9% del Tercer sector. S'estima que la despesa fundacional és d'un 0,6% del PIB espanyol. Els empleats per fundacions representen el 0,6% del país, i un 13,5% del tercer sector<sup>667</sup>. De les dades que aporta periòdicament el CENTRE EUROPEU DE FUNDACIONES, estima que de les 62.000 fundacions dels 15 Estats membres abans de les ampliacions, 27.000 fundacions de vuit països disposaven d'un patrimoni de 174 bilions d'euros, al voltant de 6 milions d'euros per fundació. Respecte set països (Bèlgica, Finlàndia, França, Alemanya, Itàlia, Països Baixos i Espanya), al voltant de 10.500 fundacions tenien contractades aproximadament 185.700 persones (unes 18 persones per fundació). Es considera que el voluntariat augmentarà en l'àmbit fundacional, ja que respecte 10.000 fundacions de sis països de la Unió Europea, s'estimava que hi col·laboren 144.500 voluntaris<sup>668</sup>.

### 3.2 L'actuació de les fundacions en el mercat

Mentre que alguns ordenaments jurídics permeten el desenvolupament d'activitats econòmiques per part de les fundacions, d'altres no ho preveuen. Dels països que permeten les activitats comercials i econòmiques, hi ha ordenaments que no imposen requisits especials, ja que consideren que la pròpia estructura de les fundacions proporciona suficient protecció als creditors i als tercers<sup>669</sup>. D'altres ordenaments, requereixen que l'activitat mercantil estigui relacionada, o sigui complementària o accessòria als fins fundacionals d'interès general de les fundacions<sup>670</sup>. Alguns ordenaments disposen condicions respecte les fundacions que controlen grups empresarials, la raó seria que el patrimoni de les fundacions

---

<sup>666</sup> M.A. CABRA DE LUNA, *El tercer sector y las fundaciones de España hacia el nuevo milenio*, Madrid, 1998, pàg. 176.

<sup>667</sup> M. A. CABRA DE LUNA; B. FRAGUAS GARRIDO, *¿Qué son y qué quieren ser las fundaciones españolas? Una aproximación a sus roles y su futuro en el marco europeo*, Vodafone, 2004, pàg. 29. Vegeu també: J.L. GARCÍA DELAGADO, *Las cuentas de la Economía Social. El Tercer Sector en España*, Madrid 2004.

<sup>668</sup> EUROPEAN FOUNDATION CENTRE, "Foundations Facts & Figures Across the EU", abril 2005, <[www.efc.be](http://www.efc.be)>. Les dades són de l'any 2000.

<sup>669</sup> Així a Alemanya, Països Baixos, Suècia, Portugal.

<sup>670</sup> En general, Dinamarca, Espanya, Bulgària, Finlàndia, Polònia, Hongria, Bèlgica, Anglaterra i Gal·les (amb normes específiques). T. VON HIPPEL, en K.J. HOPT; W.R. WALZ; T. VON HIPPEL; V. THEN (eds.), *The European Foundation. A New Legal Approach*, Verlag Bertelsmann Stiftung, Gütersloh, 2006, pàg. 228 i ss.

necessita ser protegit del possible risc sobre els conflictes d'interessos<sup>671</sup>. A les activitats econòmiques de les empreses se'ls aplica la normativa mercantil, i a les fundacions empresa, se'ls pot aplicar, o bé les normes societàries (p.ex. Països Baixos), o bé dictar normes específiques per a les fundacions empresa<sup>672</sup>. En algunes ocasions, la fundació s'inclou en la regulació jurídica de les entitats sense afany de lucre, generalment en les normes tributàries, en les quals es preveu la possibilitat de desenvolupar explotacions econòmiques, així com les limitacions<sup>673</sup>.

Es fa palesa doncs, la conveniència de tenir en consideració en el mercat econòmic globalitzat la presència de les fundacions com a actors actius, no només contribuents socials, sinó també com a operadors econòmics, o bé com una tècnica jurídica<sup>674</sup>. Com indiquen W. HONDIUS i VAN DER PLOEG, els sistemes legals no poden ignorar el fet que moltes de les riqueses que aquestes fundacions tenen en el seu patrimoni són aportades pels negocis, indústria i comerç i que és un camí eficaç per mantenir el patrimoni, o incrementar el seu valor essent factible participar en les inversions financeres i comercials. Tots els sistemes legals que admeten tals activitats han de salvaguardar la integritat i independència de les fundacions enfront de les seves fonts de finançament i evitar abusos o fraus. Mesures que han de servir per prevenir impròpies confusions entre els interessos fundacionals i els comercials<sup>675</sup>.

Les fundacions, doncs, actuen en els mercats interns, i cada cop més en els internacionals, ja que les activitats que realitzen són totalment compatibles amb les que caracteritzen l'economia de qualsevol Estat, com indica J.C. FERNÁNDEZ

---

<sup>671</sup> Per exemple: "Artículo 24.2 (Actividades económicas), LF 50/2002 espanyola: Las fundaciones podrán participar en sociedades mercantiles en las que no se responda personalmente de las deudas sociales. Cuando esta participación sea mayoritaria deberán dar cuenta al Protectorado en cuanto dicha circunstancia se produzca."

<sup>672</sup> Hi ha ordenaments que disposen de lleis específiques sobre fundacions empresa (Dinamarca); d'altres, que en la mateixa llei que regula les fundacions contenen normes concretes per les fundacions que exerceixen activitats econòmiques; que participen de societats mercantils o que regulen fundacions empresa (Noruega, Suècia). T. VON HIPPEL, en K.J. HOPT; W.R. WALZ; T. VON HIPPEL; V. THEN (eds.), *The European Foundation. A New Legal Approach*, Verlag Bertelsmann Stiftung, Gütersloh, 2006, pàg. 232 i ss.

<sup>673</sup> Per exemple, a Espanya, en la Llei 49/2002 (art. 3.3), considera que les entitats sense fins lucratius desenvolupen una explotació econòmica quan realitzen l'ordenació per compte propi de mitjans de producció i de recursos humans, o d'un o ambdós, amb la finalitat d'intervenir en la producció o distribució de béns i serveis. Recordem que cal que aquestes explotacions econòmiques siguin destinades als fins fundacionals per tal de ser exemptes, només admetent l'explotació econòmica aliena sempre que no superin un determinat percentatge respecte dels ingressos totals de l'entitat.

<sup>674</sup> R. COSTI, "Fondazione e impresa", *RDC*, 1968, pàg. 49.

<sup>675</sup> F.W. HONDIUS; T.J. VAN DER PLOEG, "Foundations", *IECL*, vol. XIII, cap. 9, 2000, pàg. 30.

ROZAS, “l’intercanvi de béns, de serveis i de capitals”. Paral·lelament al fenomen de la internacionalització de l’empresa, considerem que s’està efectuant el mateix esdeveniment en relació a les fundacions, per això, els serien d’aplicació estratègies similars efectuades per les empreses, és el que el mateix autor denomina “marketing internacional”<sup>676</sup>. Les fundacions han de cercar les tècniques de gestió per tal d’obtenir el màxim rendiment per reinvertir en la finalitat fundacional, aprofitant les oportunitats que ofereixen els mercats exteriors, i fer front a la competència internacional. La concepció d’operador econòmic de les fundacions també és observada per part de les societats mercantils, les quals contraresten amb activitats de Responsabilitat Social de l’Empresa. Així doncs, els dos actors, diferenciats per la finalitat lucrativa i la destinació dels rendiments, competeixen en el mateix mercat, i per això, les fundacions es troben amb la necessitat de professionalitzar-se.

### 3.2.1 La professionalització de les fundacions

La necessitat d’actuar en el lliure comerç ha conduït el tercer sector en general i les fundacions en particular, a modernitzar els seus sistemes d’administració i gestió. En els seus inicis, es considerava erròniament que les entitats sense afany de lucre no precisaven de gestió, terme que es reservava a les entitats que sí perseguen el lucre, i per tant, per oposició, es preferia una organització desestructurada on es pretenia que la bona voluntat dels membres fos suficient per a la consecució dels fins<sup>677</sup>. Però aquesta idea equivocada, ha canviat fins a considerar que una bona gestió dels recursos implica poder oferir millors serveis i, per això, si l’organització persegueix aconseguir el màxim nombre de servei i de qualitat, es veu obligada a fer tot el possible per aconseguir-ho, cosa que implica la gestió. L’interrogant subsegüent seria saber si aquesta gestió ha de ser la mateixa que s’aplica en les entitats lucratives. La resposta no pot ser general, sinó que dependrà de la matèria que tractem. Una organització sense afany de lucre no és una empresa, essent essencial, atenent a la seva naturalesa i finalitats, que es basi en criteris de transparència, prudència i rigor<sup>678</sup>. El treball que desenvolupa el

---

<sup>676</sup> J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Capítulo 1: Derecho de los negocios internacionales”, FERNÁNDEZ ROZAS, J.C; ARENAS GARCÍA, R.; MIGUEL ASENSIO, DE P.A, *Derecho de los negocios internacionales*, Madrid, 2007, pàg. 26 i ss.

<sup>677</sup> M. IGLÉSIAS PIÉ, *Las organizaciones sin ánimo de lucro*, UOC, 2002, pàg. 7, “Durante muchos años la palabra gestión ha sido tabú en el sector no lucrativo. Los conceptos de gestión, eficiencia y eficacia se han asociado a unos valores y un modelo de sociedad contrario al que defendían las organizaciones no lucrativas”.

<sup>678</sup> M. IGLÉSIAS PIÉ, *Las organizaciones sin ánimo de lucro*, UOC, 2002, pàg. 56 i ss. Vegeu: R. HERRANZ BASCONES, *Las ONG: un sistema de indicadores para su evaluación y gestión*, Palma, 2007; A. VERNIS, M.

sector no lucratiu, en permanent contacte amb els sectors públics i mercantils, exigeix una professionalització que incrementi la qualitat de les seves accions<sup>679</sup>.

Les fundacions actuen en el món que coneixem com a globalitzat, que és complex i amb incessants canvis, i per això, participar en aquest procés, “planteja la necessitat d’adaptar permanentment la seva visió, les seves prioritats, els seus objectius i fites, la seva organització interna i la seva manera de funcionar en la realitat canviant del seu entorn i del seu camp d’actuació”. Per això, L.M. DE SEBASTIÁN indica que és exigible que els directius de les fundacions tinguin una ment oberta als canvis que els envolten, usant necessàriament els mitjans que proporcionen les noves tecnologies i sobretot l’ús de la informació rellevant, ordenada i ben analitzada. Insisteix en l’ús d’internet, eina que ofereix la possibilitat de donar a conèixer i de portar a les consciències de tot el món l’existència, els objectius, els èxits i les necessitats de les fundacions. L’augment d’oportunitats que comporta la globalització, també promou més competència entre fundacions, per això cal aprendre a actuar en aquest nou context<sup>680</sup>. Les fundacions s’han de gestionar professionalment, sobretot les de dimensió mitjana i gran, la necessitat de conservar el patrimoni i de fer-lo créixer precisa d’una gestió prudent, que cada dia més es fixa en estratègies pròpies del món empresarial<sup>681</sup>.

### 3.2.2 L’element organitzatiu

La manca de socis, és una de les característiques de les fundacions que la diferencia de les associacions o de les societats mercantils, que es basen, en general, en la unió de membres i la presa de decisions en assemblea o junta general. Això no obsta que la fundació sigui dirigida per un òrgan de base associativa o col·legiada. Ara bé, la divisió clàssica entre la fundació com a *universitas bonorum*, enfront de l’associació, com a *universitatis personarum*, cada dia

---

IGLESIAS; B. SAZ, *Los retos en la gestión de las organizaciones no lucrativas. Claves para el fortalecimiento institucional del tercer sector*, Esade, 2004.

<sup>679</sup> L.M. SALAMON; S.L.Q. FLAHERTY, “Nonprofit Law: ten issues in search of resolution”, *Working Papers of the Johns Hopkins Comparative Nonprofit Sector Project*, 1996, pàg. 33.

<sup>680</sup> L.M. DE SEBASTIÁN, “Efectes de la globalització en el món de les fundacions”, *Societat civil i globalització. Revista de la Coordinadora Catalana de Fundacions*, núm. 30, 2003, pàg. 32.

<sup>681</sup> És àmpliament assumida a Europa la necessitat de la professionalització de les fundacions, es confia en experts gerents, directius o administradors sobre els quals, els òrgans de direcció dipositen la confiança gestora. Es pot comprovar com diferents associacions de fundacions, organitzen periòdicament cursos especialitzats en aquest sentit. També en institucions, com per exemple, la “Bucerius Law School: The Institute for Foundations Law and the Law of Non-Profit-Organizations”, d’Hamburg. Les activitats van dirigides principalment a la gestió de la institució i a la recaptació de fons (*fundraising*). Vegeu: I. VENDRELL, “Captación de fondos (fundraising) estrategias y campañas”, V.A., *Las fundaciones. Aspectos jurídicos y fiscales. Planificación de actividades y comunicación*, Colex, 2006, pàg. 269-285.

està menys distant, ja que es comença a concebre per part de la doctrina italiana i espanyola, que la fundació no només està formada per un patrimoni, sinó que precisa d'unes persones que cada dia tenen més pes en aquesta institució. En l'ordenament italià s'interpreta per la jurisprudència i la doctrina que les fundacions tenen el perfil d'una institució econòmica duradora cridada a crear valors socials sobre la base d'un sòlid establiment econòmic-financer<sup>682</sup>. Ha canviat el rol dels òrgans de decisió (patronat o consell), que anteriorment tenien un paper merament d'execució del fi, i que actualment se'ls concep com a integrants d'un conjunt que s'anomena organització. De les fundacions també en poden formar part els voluntaris, de manera que fins i tot, en alguns ordenaments, s'admet que el patrimoni inicial puguin ser, no només béns i drets, sinó també 'patrimoni humà o recursos humans'. Aquests factors, han fet que es creï una teoria mediterrània sobre el factor humà, i en conseqüència associativa de les fundacions. D'aquesta manera, la doctrina italiana es planteja la importància que havia tingut fins ara el factor humà i organitzatiu en les fundacions, atribuint-li més pes, tot situant el patrimoni com a simple mitjà<sup>683</sup>. Una mostra d'aquesta nova concepció es troba en la definició de la Llei espanyola sobre fundacions del 2002 (present també en la llei de 1994) per la qual la fundació és una 'organització'. En aquest punt, es topa de nou amb la cerca de l'essència de la fundació. Ja a inicis del segle XX i possiblement inspirades en el Dret administratiu francès, existia debat sobre aquest element organitzatiu com a característica bàsica de la fundació, així s'afirmava que el portador de la personalitat jurídica no era el patrimoni de la fundació (aquest seria l'objecte jurídic, no els subjecte jurídic), sinó simplement la institució (organització)

---

<sup>682</sup> Se li atorga fins i tot un rol d'empresa: "Teoricamente, le erogazioni o prestazioni sono strettamente dipendenti dai proventi. Logicamente il ciclo operativo può essere riassunto in questa sequenza: proventi/spese/accantonamento parziale dei proventi/ generazione di nuove risorse. (...) La gestione degli investimenti patrimoniali pone in realtà problemi di non poco conto ad ogni fondazione che sia titolare di un patrimonio significativo. Normalmente, si tratta di realizzare in modo equilibrato tre obiettivi: massimo reddito possibile degli investimenti, al fine di accrescere le risorse disponibili per i fini istituzionali; rischio misurato; mantenimento del valore del patrimonio o, se possibile, suo accrescimento nel tempo." Això comporta una organització interna exclusiva i un repartiment de les tasques entre òrgans de govern i plantilla administrativa. Cal distingir si la gestió és directa i interna, o bé, si es delega a gestors externs. "Di conseguenza, le fondazioni hanno un forte bisogno di *benchmark* fondati su elementi di rappresentatività e trasparenza e bene articolati in termini di applicabilità alle loro esigenze" V.A., *Le Fondazioni in Italia Libro bianco*, Consiglio italiano per le Scienze Sociali, Roma, 2002, pàg. 62-63.

<sup>683</sup> F. GALGANO: "la fondazione non è, propriamente, il patrimonio destinato allo scopo; è, piuttosto, l'organizzazione collettiva, anche qui formata da persone (gli amministratori della fondazione), che si avvale del patrimonio per realizzare lo scopo. (...) La distinzione ha cessato di essere posta fra termini eterogenei (organizzazione di persone, organizzazione di beni) per essere ricercata all'interno di una categoria omogenea: quella delle organizzazioni collettive (...)". F. GALGANO, "Fondazione", *Enciclopedia Giuridica*, Istituto della Enciclopedia Italiana, vol. XIV, Roma, 1989, pàg. 4.

mateixa, amb la qual es realitza un fi durador mitjançant les forces humanes<sup>684</sup>. Aquesta teoria, però, és refutada per una altra part de la doctrina, que si bé admet que hi ha un element associatiu o humà, aquest és subsidiari al patrimoni de la fundació, que sí seria l'element essencial de la fundació. És evident la necessitat d'un component organitzatiu en la persecució del fi establert en el negoci fundacional i que gestioni el patrimoni, que es comprèn com a administració, però no és element essencial<sup>685</sup>.

### 3.2.3 La fundació com a operador econòmic *sui generi*

Afirmar que la fundació pot realitzar actes lucratis comporta la inevitable comparació amb les societats mercantils. Aquestes tenen elements en comú, (capital, benefici, en alguns casos socis), i d'altres elements difereixen (no distribució dels beneficis, finalitat no lucrativa, voluntariat). També coincideixen en la detecció de les necessitats dels usuaris o clients i l'adaptació del producte o servei, però en les organitzacions sense afany de lucre cal diferenciar els usuaris (que serien els clients en l'empresa privada) i els finançadors i donants, que només responen a les entitats privades sense afany de lucre<sup>686</sup>.

Qualificar una fundació de comerciant o empresari ha estat debatut per la doctrina sense extreure'n una veritat axiomàtica. En concret, se l'ha comparat amb la societat unipersonal de responsabilitat limitada. La regulació d'aquesta última tenia com a finalitat establir una figura jurídica que garantís la limitació de la responsabilitat de l'empresari individual. Són dues figures diferents que tenen en comú oferir l'instrument de la separació a l'interior del mateix patrimoni, també tenen en comú la manca de l'organització col·lectiva. La gran diferència, però, és que en la societat unipersonal l'empresari és qui determina l'objecte social en tot moment, en canvi en la fundació, en el moment de la seva constitució i decisió de la finalitat, aquest es separa de la consecució d'aquesta<sup>687</sup>.

---

<sup>684</sup> Així, la fundació és una organització consistent en una associació de persones, dotada de personalitat jurídica, per a la realització d'un determinat fi. R. BADENES GASSET, *Las fundaciones de derecho privado*, Barcelona, 1986, pàg. 55.

<sup>685</sup> No hi hauria, doncs, una vinculació efectiva entre el fet associatiu i les fundacions, només una certa vinculació sociològica i descriptiva, i per tant, jurídicament irrellevant. L'element humà de la fundació, recordem que no disposa de la facultat de modificar la destinació dels béns si no és complint uns requisits estatutaris i legals. A. ZOPPINI, *Le Fondazioni*, Napoli, 1995, pàg. 111. Les fundacions comunitàries sí que tenen, però, un cert caràcter associatiu, ja que les donacions que perceben, si bé no són socis *strictu sensu*, en certa manera actuen com a tals, contribuint a la formació de la voluntat col·lectiva i a la realització del fi comú que a més, estan facultades per decidir i canviar les finalitats de la fundació, sempre amb una limitació espacial.

<sup>686</sup> M. IGLÉSIAS PIÉ, *Las organizaciones sin ánimo de lucro*, UOC, 2002, pàg. 10 i ss.

<sup>687</sup> A. ZOPPINI, *Le Fondazioni*, Napoli, 1995, pàg. 154-156.

La inclusió de la fundació en aquest innovador concepte d'operador econòmic, esquiva l'àrdua tasca de pretendre qualificar-la com a comerciant o empresari. Per operador econòmic s'entén tota classe de persones, organitzacions de qualsevol tipus, incloses les professionals, amb l'única condició que intervinguin en el mercat, de manera que es troben afectades per l'aplicació de les regles de mercat i en concret per les normes mercantils, tot conservant les seves característiques internes<sup>688</sup>.

S'ha exposat en la tipologia de fundacions que aquestes poden constituir empreses, o que poden participar d'aquestes com a inversors, queda llunyana, doncs, la temença de les mans mortes i l'extracció del capital del mercat. S'han facilitat dades en què es palesa que són entitats que precisament posen en circulació importants recursos econòmics, proporcionen serveis i ocupació laboral. Per tant, és innegable que són operadors econòmics, encara que no se les pugui qualificar d'empreses, perquè tot i que estiguin gestionades com a tal i utilitzin les mateixes tècniques per aconseguir la màxima rendibilitat, no distribueixen els beneficis sinó que els inverteixen, per mandat legal, en els fins d'interès general que ha preestablert el fundador. Considerava U. VALERO AGUNDEZ, en relació a la fundació-empresa, que “l'activitat econòmica de l'empresa queda automàticament orientada a la promoció de fins generals, d'interès comú, (...). Això no vol dir, no obstant, que l'activitat econòmica de la fundació perdi necessàriament, el caràcter d'activitat lucrativa; sinó que en aquesta l'orientació per aconseguir guanys es subordina com a mitjà per a la promoció de fins ideals d'interès comú, essencials a la fundació.”<sup>689</sup>

En aquest punt, amb la finalitat d'afegir arguments a la consideració de la fundació com a operador econòmic, s'hauria de posar en relació la modalitat de finançament de l'ens i la realització de la finalitat. Les fundacions tenen com a font de finançament, resumidament: les donacions privades; les aportacions del Sector Públic; les quotes i les vendes<sup>690</sup>. Les primeres, les donacions, comporten

---

<sup>688</sup> Segons BERCOVITCH, s'inclouria com a operador econòmic, les fundacions, quedant sotmeses quan participin en el mercat, als principis d'igualtat de tots els operadors, la seva transparència i la lliure competència. Citat per J.M. DE PRADA GONZÁLEZ, “Actividades mercantiles de las fundaciones”, *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. I, Madrid, 2002, pàg. 84 i ss. Vegeu les reflexions de: A. NIETO ALONSO, “Hacia una nueva percepción de la persona jurídica tipo fundación”, J.M. ABRIL; M.E. AMAT (coords.), *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferial*, València, 2006, pàg. 1839-1870.

<sup>689</sup> U. VALERO AGUNDEZ, *La fundación como forma de empresa*, Valladolid, 1969, pàg. 482.

<sup>690</sup> Es podrien classificar en dos grups segons l'origen dels recursos, en fonts internes de la pròpia fundació que comprendria: la dotació inicial; les aportacions no dineràries dels membres de la fundació (patrons); les activitats econòmiques. I, en fonts externes a la seva organització i que existeixen per iniciativa d'entitats o persones alienes a la fundació, serien: donacions; subvencions; convenis de col·laboració empresarial en activitats d'interès general i contractes amb l'Administració pública o amb

distribució, les segones també, i les darreres producció. Segons el nivell d'aportacions públiques, les tasques distributives seran majors. En canvi, si la font principal és la de venda, l'entitat competirà en la producció i en l'economia de mercat amb les societats capitalistes<sup>691</sup>. Per això, les empreses acusen les entitats sense afany de lucre com ara les fundacions, les quals perceben avantatges fiscals, que provoquen competència deslleial i distorsionen el mercat<sup>692</sup>. Per tant, des de la perspectiva empresarial, totes aquelles fundacions que actuen en el mercat, sigui prestant serveis, o bé desenvolupant activitats de capital, són les seves competidores, així doncs, operadors econòmics importants, que en ocasions participen des d'una posició d'avantatge<sup>693</sup>.

### 3.3 Problema de qualificació (IV): absència de lucre *versus* activitats econòmiques

Les fundacions són entitats privades que destinen els seus recursos a finalitats d'interès general que beneficien a la societat, són independents de les institucions públiques, i es caracteritzen per actuar sense afany de lucre, de manera que, en cap cas, distribueixen els guanys, característica aquesta última que les diferencia de les societats mercantils. Aquesta seria una premissa clara i que s'estendria a la majoria d'ordenaments i, a priori, no hi hauria d'haver problemes de qualificació

---

una altra entitat privada. J.A. CAJIGAL MORALES, "Fuentes de financiación", V.A., *Las fundaciones*, Colex, 2006, pàg. 185-202. De la UNIVERSITAT JOHNS HOPKINS són les dades que assenyalen que la major part dels ingressos que obté el Tercer sector són generats pels serveis prestats a la societat (47%), una part important són subvencions públiques (43%) i només un 10% són donacions privades. M.A. CABRA DE LUNA, *El tercer sector y las fundaciones de España hacia el nuevo milenio*, Madrid, 1998, pàg. 178. La major part d'ingressos de les fundacions espanyoles provenen del finançament propi; després el finançament privat; i en darrer terme i amb poca importància el finançament públic, en contraposició d'altres entitats no lucratives, com són les associacions que obtenen més del 50% del finançament públic. M. A. CABRA DE LUNA; B. FRAGUAS GARRIDO, *¿Qué son y qué quieren ser las fundaciones españolas? Una aproximación a sus roles y su futuro en el marco europeo*, Vodafone, 2004, pàg. 28 i ss.

<sup>691</sup> A. SAJARDO MORENO, "Asociaciones y fundaciones: entre tercer sector y economía social. Materiales para el análisis", *Quaderns de Treball*, Universitat de València, n. 103, 2002, pàg. 10.

<sup>692</sup> J.M. EMBID IRUJO, considera les fundacions com a autèntics operadors en el mercat, encara que no exerceixin activitats empresarials. Els serien d'aplicació el Dret del mercat, constituït per les normes reguladores de la competència (antitrust i actes de competència deslleial); les regles sobre propietat industrial; el règim jurídic sobre publicitat; i les normes de consum. J.M. EMBID IRUJO, "Fundaciones y actividades empresariales en el Derecho español", *Derecho de los Negocios*, n. 106, 2004, pàg. 5; 8.

<sup>693</sup> Conclou M.A. CABRA DE LUNA: "Les empreses acusen al sector solidari de gaudir d'exempcions fiscals així com de competència deslleial; per altra banda, les associacions i les fundacions fan referència a la baixa qualitat en els serveis i la "guerra de preus". Aquest és un problema molt interessant i que augmentarà amb el previsible creixement del Tercer Sector, on té moltes possibilitats de perdre". Ja s'han presentat casos davant els tribunals espanyols, en concret respecte l'activitat de transport sanitari d'urgència de la Creu Roja espanyola, SAP de Girona de 15 d'abril de 1997. M.A. CABRA DE LUNA, *El tercer sector y las fundaciones de España hacia el nuevo milenio*, Madrid, 1998, pàg. 48.



respecte la naturalesa de la fundació, que seria un ens privat amb fins d'interès general<sup>694</sup>.

El problema rau en la característica que li és intrínseca de la seva actuació sense afany de lucre contraposada a la seva activitat econòmica o de comerç, característica aquesta última de les societats mercantils (empresa, comerciant). S'assumeix que les fundacions actuen en el comerç o mercat, no per la seva consideració de comerciant, sinó per les activitats que desenvolupen<sup>695</sup>. Per tant, les fundacions són susceptibles d'obtenir guanys, beneficis, o rendes. Segons LACRUZ BERDEJO la fundació “no només pot obtenir lucre, sinó que aquesta obtenció és essencial per a que pugui subsistir, essent indiferent – al meu parer – que tal lucre consisteixi en el cobrament d'unes rendes de capitals mobiliaris o immobiliaris o bé en l'obtenció d'uns guanys exercint activitat empresarial”<sup>696</sup>.

Entendríem, que la causa lucrativa hauria de deixar de ser l'element determinant per distingir una societat mercantil d'una fundació, i hauria de raure en la destinació de les rendes o beneficis obtinguts, que en cap cas seria per repartir entre els membres de l'entitat (com en el cas de les societats) sinó que revertirien en la finalitat d'interès general. El sector no lucratiu es contraposaria al sector lucratiu, essencialment en la destinació dels fruits obtinguts, segons A. SAJARDO:

“(…) el sector no lucratiu és: un conjunt d'institucions caracteritzades per un específic criteri d'actuació, el principi de no distribució de beneficis, en virtut del qual no pot distribuir-se els seus eventuais beneficis als individus que els controlen, tant si són membres, directors o administradors. Això no obstant, no implica que aquestes entitats no hagin de ser rentables, ni que no puguin obtenir beneficis, sinó que aquests han de quedar-se en el si de la pròpia entitat, sense possibilitats de ser distribuïts als individus que efectuen les funcions de direcció i control”<sup>697</sup>.

Tanmateix, l'argument de distinció no ha de ser radical o excloent, de manera que ha de ser possible que les societats mercantils, malgrat tenir com a finalitat

---

<sup>694</sup> Ja s'ha analitzat els problemes de qualificació respecte les finalitats d'interès particular. *Vid.* part I, cap. III, apartat 2.2.

<sup>695</sup> La doctrina francesa no va reeixir en els intents de definir l'acte de comerç, LOUSSOUARN i BREDIN exposaven les teories subjectivistes i objectivistes, la primera centrada en la figura del comerciant; la segona fixant el criteri en la naturalesa de les activitats comercials. La tendència va ser acceptar l'objectivista, per tant, fixant-se en l'objecte i no el subjecte. Ara bé, s'inclouïa una llarga enumeració dels actes de comerç. Y. LOUSSOUARN; J.D. BREDIN, *Droit du Commerce International*, Paris, 1969, pàg. 125-129; des del punt de vista de l'ordenament espanyol, vegeu: J. PEDREIRA MENÉNDEZ, *Las actividades empresariales de las fundaciones y su tributación*, Valladolid, 1999, pàg. 232 i ss.

<sup>696</sup> J.L. LACRUZ BERDEJO et al., *Elementos de derecho civil I. Parte General de Derecho civil. Personas*, vol. II, 1990, pàg. 332.

<sup>697</sup> A. SAJARDO MORENO, *Análisis económico del sector no lucrativo*, Ed. Tirant lo Blanc, València, 1996, pàg. 27.

principal l'obtenció de guanys i el consegüent repartiment de beneficis, puguin també destinar part del benefici al mecenatge de fundacions o crear-ne (fundació d'empresa), per tant, destinar uns recursos a l'interès general, o bé, a través de diferents actuacions de Responsabilitat Socials de l'Empresa<sup>698</sup>.

En principi no hi hauria problemes de qualificació si s'entén la manca de lucre de les fundacions en el sentit expressat que els guanys no es reparteixen. Així, una fundació de l'Estat X que desenvolupa activitats econòmiques en l'Estat B, serà reconeguda com a fundació i per tant, se li aplicarà la norma de DIPr dedicada a les fundacions en comptes de la normativa dedicada a les societats. Això no obsta que a la fundació se li apliquin les normes societàries o mercantils respecte les activitats comercials que executi en el territori, així com la normativa de dret laboral, essent obvi que la normativa laboral serà l'aplicable a les fundacions que tot i no tenir afany de lucre, se'ls aplicarà la mateixa regulació que a les empreses lucratives. En el cas de delegacions de fundacions sorgeix el dubte de qualificar-les, per les activitats que duren a terme, no com una fundació sinó com una sucursal mercantil, o bé, les dues possibilitats<sup>699</sup>.

Des de la perspectiva de l'ordenament jurídic espanyol, no cabrien en la concepció de societats les persones jurídiques de caràcter fundacional, ja que estan mancades de socis o membres, per ser un patrimoni adscrit a una finalitat, la qual, no es basa en el lucre de l'ens. No podria incloure's, doncs, en el concepte de societat o sucursal de l'art. 81 Reglament de Registre Mercantil, les delegacions a Espanya de les persones jurídiques estrangeres del tipus fundació, encara que desenvolupin activitats comercials, tot i que, el Registre mercantil, persegueix la publicitat de les dades referides a qui participa habitualment en el comerç.

---

<sup>698</sup> En aquest sentit, una resolució de la DGRN, davant la qual s'havia plantejat la no inscripció d'una clàusula d'Estatuts d'una SA per la que es preveia que la societat destinaria cada any una part dels seus beneficis (5%) a aportacions a fundacions. El posicionament de la Direcció és clara: "Ciertamente, en la configuración legal del tipo social de la anónima, se reflejan como elementos caracterizadores de la misma el ánimo de obtener una ganancia común y partible mediante el desenvolvimiento de la actividad societaria y su posterior reparto entre los socios que la integran (vid. arts. 1665 del Código Civil, 116 del Código de Comercio, 48 a) y 213 de la Ley de Sociedades Anónimas). Ahora bien, estas notas definidoras no contradicen la posibilidad de que la Sociedad Anónima -Entidad dotada de capacidad general para realizar cualquier acto de la vida compatible con su específica naturaleza (vid. art. 7 de la Ley de Sociedades Anónimas)- cumpliendo deberes no exigibles de solidaridad social, contribuya gratuita y voluntariamente, como cualquier persona física, a la satisfacción de fines de interés general, mediante aportaciones que por su moderación y marginalidad no comprometan la preponderancia de aquel sustancial objetivo lucrativo. (FJ3). Resolució DGRN 8637/1991, de 22 de novembre. En el mateix sentit, J. PEDREIRA MENÉNDEZ, *Las actividades empresariales de las fundaciones y su tributación*, Valladolid, 1999, pàg. 236.

<sup>699</sup> M. GARDEÑES exposa que tal situació és factible, donat que una fundació espanyola que desenvolupa activitats econòmiques està sotmesa tant a la normativa pròpiament fundacional com a la mercantil. M. GARDEÑES SANTIAGO, *Las fundaciones en derecho internacional privado español*, Madrid, Eurolex, 2003, pàg. 116.

S'exclou la possibilitat de registrar fundacions nacionals, ja que hi ha un *numerus clausus* en relació als subjectes inscriptibles (art. 81 RRM) que, en el pla internacional, es repetiria, ja que només són inscriptibles les sucursals de societats estrangeres i d'altres entitats estrangeres “amb personalitat jurídica i fi lucratiu”<sup>700</sup>. Ara bé, part de la doctrina mercantilista i també internacionalprivatista, si que considera que haurien d'inscriure's en el Registre Mercantil les sucursals de les fundacions estrangeres que tenen com objecte la realització de les activitats econòmiques. Per F. VICENT CHULIÀ les fundacions entrarien en el “concepte amplíssim de societat”, entesa aquesta com a entitat jurídica privada, amb o sense personalitat jurídica, malgrat que el Reglament del Registre Mercantil no les cita. Les fundacions serien una “forma d'organització d'empresa” pel desenvolupament d'activitats econòmiques relacionades amb els fins d'interès general propis de la fundació, i com a forma “d'entitats sense afany de lucre”. Malgrat que la regulació substantiva de la fundació com a empresa no constitueix legislació mercantil (la DF1<sup>a</sup> de la LF 50/2002 reconeix que és legislació civil), l'autor considera que és matèria de Dret mercantil en sentit ampli com a Dret d'organització corporativa i financera<sup>701</sup>. En dret italià es planteja la possibilitat d'aplicar l'estatut de l'empresari (*imprenditore*) a les fundacions<sup>702</sup>. En principi, les fundacions i les associacions que exerceixen activitats secundàries o instrumentals de comerç estan exemptes d'inscripció en el registre mercantil. Per això, caldrà

---

<sup>700</sup> Resulta lògica tal conseqüència, segons R. ARENAS, ja que es considera que la sucursal ha de tenir per objecte la realització de les activitats que constitueixen el tot o part de l'objecte de la societat, i a més, el concepte de sucursal es vincula a la realització d'activitats econòmiques. R. ARENAS GARCÍA, *Registro mercantil y Derecho del comercio interancional*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000, pàg. 128 i ss. “El que desempeñen actividades industriales o mercantiles no les convierte, *per se*, en comerciantes y puede, perfectamente reoncérsele la facultad de realizar éstas sin importarle que sean comerciantes” de J.M. DE PRADA GONZÁLEZ, “Actividades mercantiles de las fundaciones”, *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. I, Madrid, 2002, pàg. 81-84. El redactat del RRM va modificar-se l'any 1996 per tal d'aclarir quines entitats podien ser considerades societats, vegeu la Resolució DGRN de 29 de febrer de 1992.

<sup>701</sup> F. VICENT CHULIÀ, *Introducción al Derecho mercantil*, València, 2007, pàg. 261; 684-686. En aquest sentit, respecte la fundació-empresa, se li aplicaria les regles fonamentals de l'estatut d'empresari. J.M. EMBID IRUJO, “Fundaciones y actividades empresariales en el Derecho español”, *Derecho de los Negocios*, n. 106, 2004, pàg. 8. Per R. ARENAS, l'afany de lucre s'ha d'interpretar en sentit ampli, és a dir, que tingui com a finalitat la intervenció en l'activitat econòmica, sense que sigui necessari que pretengui aconseguir un lucre partible entre els socis. Per això considera que si la fundació estrangera té com a objecte la realització d'activitats econòmiques, la seva sucursal a Espanya ha de publicitar-se a través del Registre Mercantil i no del Registre de Fundacions. ARENAS GARCÍA, “Capítulo 3: Sociedades”, FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.; ARENAS GARCÍA, R.; MIGUEL ASENSIO, DE P.A., *Derecho de los negocios internacionales*, Madrid, 2007, pàg. 190.

<sup>702</sup> Vegeu: I. LENZI; C. RAFFAELLI, “Le origini e la natura delle fondazioni di impresa in Italia: verso la rendicontazione di responsabilità sociale”, *Rapporti sullo sviluppo sostenibile della Fondazione Eni Enrico Mattei*, 2005, n.4, <[www.feem.it](http://www.feem.it)>; G. MARASÀ, “Disciplina degli enti ‘non profit’: profili commercialistici”, *La riforma di società, cooperative, associazioni e fondazioni. Scritti*, Cedam, 2005, pàg. 201-217; G. PIEPOLI, “Gli enti non profit”, N. LIPARI (dir.), *Diritto privato europeo*, vol I, Cedam, 1997, pàg. 347-352; R. COSTI, “Fondazione e impresa”, *Rivista di Diritto Civile*, 1968, I, pàg. 1-49;

avaluar concretament si l'activitat desenvolupada és essencialment empresarial, o si, per contra, és només funcional per a perseguir la finalitat. La doctrina italiana, com es demostra a la pràctica, accepta que les fundacions exerceixin directament activitats de comerç<sup>703</sup>. En els països del nord d'Europa, com Dinamarca, Suècia i Alemanya, com assenyala J. PEDREIRA MENÉNDEZ, és habitual que les fundacions exerceixin activitats empresarials, en concret, assenyala que en dret danès, les fundacions es registren en l'agència de comerç, per tant, se'ls concedeix la condició d'empresari. El panorama europeu és doncs complex i variat<sup>704</sup>. L'estudi comparatiu del Centre Europeu de Fundacions (2007) constata, també, la dificultat que ha suposat qüestionar sobre l'*economic activity*, ja que no coincideix la definició entre els 27 Estats de la Unió Europea. En la majoria d'Estats es poden dur a terme activitats econòmiques amb certes limitacions respecte la naturalesa de les activitats, la limitació més comuna és la necessitat de realitzar activitats relacionades, com per exemple, que facilitin els objectius fundacionals a través d'activitats accessòries<sup>705</sup>.

Com s'exposarà en la tercera part, un dels problemes que sorgeixen en el si de la UE en relació a les fundacions, és la possibilitat d'incloure-les en la qualificació de societat, per tant, que duen a terme explotacions econòmiques. La normativa

---

<sup>703</sup> Aplicar la disciplina de l'empresari comercial té com efecte macroeconòmic el d'afavorir l'accés a les condicions més favorables al capital de risc. "In conclusione, l'applicazione dello statuto dell'imprenditore commerciale anche alla fondazione (o all'associazione) che svolga in via secondaria un'attività commerciale appare sistematicamente giustificato e assiologicamente apprezzabile. Sistematicamente perché l'argomentazione contraria di affida ad una norma che disciplina l'(esenzione dall') iscrizione – come attesta a contrario l'art. 2221 c.civ. – prevista a favore delle sole imprese pubbliche e, quindi, insuscettibile d'estensione analogica agli enti senza scopo di lucro neanche limitatamente al regime della stessa iscrizione, che è pubblicità "necessaria quand'anche l'impresa commerciale non sia prevista neppure programmaticamente e che necessariamente accompagna la forma di esercizio. Assiologicamente perché appare un regime coerente con il ruolo degli enti senza scopo di lucro, che ben lungi da sollecitare un regime privilegiato – che in definitiva dell'ideologia sottesa al controllo tutorio costituisce l'altra faccia della medaglia – si atteggiano a interpreti della vicenda produttiva al pari (e, talvolta, in concorrenza) con le forme lucrative. E si tratta al contempo d'applicare una disciplina che – come si è tentato di dimostrare – sul piano macroeconomico favorisce la capitalizzazione e consente, seppure indirettamente, una verifica dell'efficienza gestionale di tali enti". A. ZOPPINI, *Le Fondazioni*, Napoli, 1995, pàg. 182-183.

<sup>704</sup> J. PEDREIRA MENÉNDEZ, *Las actividades empresariales de las fundaciones y su tributación*, Valladolid, 1999, pàg. 251. "(...) puesto que la regulación jurídica existente se encuentra prácticamente entre dos extremos. Por una parte están aquellos países que autorizan a las fundaciones a llevar a cabo cualquier actividad mercantil y, por otra, los que restringen al máximo cualquier atisbo de función empresarial, ya que se considera que estas instituciones están constituidas para prestar servicios de interés general, careciendo de todo ánimo de lucro, por lo que deben limitar sus beneficios económicos al máximo. Esta circunstancia creemos que es otro obstáculo añadido a la posible aprobación de una normativa armonizadora en materia de fundaciones a nivel europeo".

<sup>705</sup> La distància en la regulació i les limitacions en l'activitat econòmica de les fundacions és abismal si es contraposa la regulació alemanya, amb llarga tradició en aquest sector, i la normativa de la República Txeca que només permetria determinades activitats previstes expressament a la llei. EUROPEAN FOUNDATION CENTRE, *Foundations' Legal and Fiscal Environments, Mapping the European Union of 27*, EFC, 2007.

europea utilitza sovint el terme “empresa”, en concret, en els tractats constitutius de la CECA, CEEA i la CEE hi apareix, però amb diferents connotacions segons el tractat. Els dos primers utilitzaven principalment el terme empresa, en canvi en el darrer s'emprava de forma més generalitzada el terme societat, i s'introduí l'espinesca qüestió de la seva nacionalitat dins la Comunitat Econòmica Europea. La manca de definició d'empresa en els textos constitutius va comportar interessants discussions doctrinals, per a uns, les empreses eren les agrupacions capaces de concloure contractes, és a dir, subjectes de drets i obligacions, mentre que per a altres, no era necessari que estigués dotada de personalitat jurídica<sup>706</sup>. Aital debat, es trasllada a la qualificació que es mereix la fundació en el context comunitari europeu, ja que malgrat ser considerada com a persona jurídica privada, per tant, que gaudeix de capacitat per actuar en el món jurídic i també comercial, segons la majoria d'ordenaments europeus<sup>707</sup>, no gaudeix de les llibertats comunitàries en el mercat interior, perquè està exclosa de la qualificació de societat/empresa, donat que no persegueix fins lucratius. No hi ha una línia clara i única de qualificació de les activitats econòmiques fundacionals en els textos legals i documents europeus, els quals varien segons l'entitat, el tipus de document i el moment d'emissió. Així, segons l'art. 48 TCE estarien excloses les fundacions de l'aplicació de les llibertats comunitàries, per no perseguir fins lucratius, per tant, no serien considerades empresa; per contra, en la Comunicació de la Comissió a les Comunitats Europees sobre el foment de les associacions i fundacions a Europa<sup>708</sup>, es palesa que moltes fundacions realitzen activitats econòmiques, ja que venen productes, proporcionen serveis remunerats i generen superàvit que posteriorment reinverteixen. Posteriorment, s'exclou l'aplicació de la recent Directiva de prestació de serveis, mentre que paral·lelament, el Tribunal de Justícia dicta sentència en què reconeix l'aplicació de llibertat de circulació de capitals de fundacions. Aquest panorama complex de contradiccions comunitàries, lluny de ser descoratjador, constata que efectivament l'engranatge de la construcció d'un mercat interior europeu necessita de reajustaments legals i jurisprudencials, que a mesura que sorgeixen els plantejaments o necessitats, es van adaptant o cobrint a través de l'incessant evolució del dret europeu. Per això, la necessària, o no, qualificació de la fundació com a empresa pot contribuir a demostrar que el redactat del Tractat de la Comunitat Europea ha quedat obsolet

---

<sup>706</sup> Y. LOUSSOUARN; J.D. BREDIN, *Droit du Commerce International*, Paris, 1969, pàg. 232-234.

<sup>707</sup> “En leur qualité de sujet de droit, les personnes morales doivent pouvoir être identifiées dans le commerce juridique”: V. SIMONART, *La personnalité moral en droit privé comparé*, Brussel·les, 1995, pàg. 129.

<sup>708</sup> Comunicació de la Comissió sobre el foment del paper de las asociaciones y fundaciones en Europa, COM (97) 241 final, Brussel·les, 6.6.1997.

ja que no permet a les fundacions, gaudir de les llibertats comunitàries, les quals els haurien de poder ser aplicades, no com a empresa, sinó com un actor o entitat més, amb capacitat jurídica, que desenvolupa activitats en el mercat interior que repercuteix en l'economia i sobretot en la ciutadania europea, element aquest últim, que ha esdevingut essencial per a la consecució dels objectius de l'Europa social del segle XXI.



**PART II**

**LES FUNDACIONES EN DRET  
INTERNACIONAL PRIVAT**





# CAPÍTOL I

## LES NORMES DE DRET INTERNACIONAL PRIVAT I LA 'NACIONALITAT' DE LES FUNDACIONS

### 1. L'ACTUACIÓ EXTRATERRITORIAL DE LES FUNDACIONS I LES QÜESTIONS DE DRET INTERNACIONAL PRIVAT

La fundació es caracteritza, com s'ha exposat llargament, per ser una afectació de béns a una finalitat. És doncs, un acte jurídic pel qual es realitza una afectació, però també duu aparellat la constitució d'una entitat, que en nombrosos ordenaments, vesteix la forma de persona jurídica i, en d'altres casos, com a *trusts*. En els capítols que segueixen, s'analitzarà, des de la vessant del Dret internacional privat, les qüestions que susciten quan una fundació actua transnacionalment, en concret, el seu reconeixement, la llei aplicable i la competència judicial internacional.

Deixarem apartades altres qüestions concretes de Dret internacional privat, com seria respecte l'acte jurídic de fundar, per tant, el negoci unilateral de destinació i la capacitat jurídica per a dur-lo a terme, respecte les donacions transnacionals a aquestes<sup>709</sup>.

No ens abstindrem de reflexionar, però, sobre la situació que sorgeix en la vessant interna dels Estats plurilegislatius, i quins són els mecanismes jurídics per resoldre els conflictes de lleis interns en matèria de fundacions. Per això, s'utilitzarà l'exemple més conegut per qui realitza aquest estudi, i que es pot considerar, en part, paral·lel a la situació de la Comunitat Europea, ens referim a l'Estat de les autonomies espanyoles i el complex sistema de distribució de competències. Així mateix, es presentarà succintament una altra situació jurídica que podria ajudar a establir comparacions amb la Unió Europea, és l'Estat federal canadenc on conviuen, no sempre pacíficament, dues famílies jurídiques distintes. Aquestes aproximacions comparatives serviran per introduir en la darrera part de l'estudi, el plantejament dels mateixos o similars problemes indicats en àmbit interregional respecte la situació intracomunitària.

---

<sup>709</sup> S'exposarà en la tercera part de l'estudi: la problemàtica existent respecte la tributació de les donacions transnacionals a favor de fundacions en el marc comunitari europeu; la demanda per part dels sectors implicats per a què s'apliqui la llibertat de circulació de capitals; i les solucions aportades per institucions privades europees.

## 1.1 L'actuació extraterritorial de les fundacions

D'entre la pluralitat de finalitats que persegueixen les fundacions, augmenten en nombre aquelles que es basen en projectes que transcendeixen més enllà de l'àmbit local o estatal d'actuació<sup>710</sup>. Les fundacions no estan exemptes doncs, d'actuar en el món globalitzat, per això, a l'igual que la resta d'organitzacions, siguin privades o públiques, han d'adaptar permanentment la seva concepció, prioritats i objectius, així com la seva organització interna a la realitat canviant que comporta la globalització<sup>711</sup>. Cada cop amb més freqüència, els problemes locals esdevenen supranacionals i, sovint, l'adaptació a la vertiginosa globalització es realitza en els sectors privats a marxes forçades, mentre que la normativa que l'ha de regular o complementar s'endarrereix en el temps, superant un cop més, la *praxis al iure*. La globalització econòmica inevitablement afecta l'objecte de Dret internacional privat, la llibertat d'intercanvis, la lliure concurrència i els mercats sense fronteres reobren el plantejament de l'abast de les normes de conflicte com a eina de redistribució de competències estatals en l'àmbit del dret internacional públic, o interfederal<sup>712</sup>.

La internacionalitat de les fundacions respon, essencialment, a dues situacions distintes. Les fundacions poden dedicar-se a reunir capital de diferents orígens (captació de fons/*fundraising*), és a dir, els fundadors, entesos com a donants de capital o patrimoni, poden tenir diferent nacionalitat, parlariem de circulació internacional de capital. Aquest tipus de fundacions gestionen els fons que reben, i es coneixen com les '*grantmaking foundations*' o fundacions promotores que tenen com a objectiu, en general, invertir en recerca i investigació o finançar projectes

---

<sup>710</sup> "In the course of time, the territorial and functional scope of foundations have gradually expanded. The *pie causae* were restricted to narrowly defined groups of beneficiaries such as local parishes and scholarship funds. Today most foundations have a nationwide scope and many go beyond that circle and operate on international basis. This has led to the establishment of a 'network of foundations'". F.W. HONDIUS; T.J. VAN DER PLOEG, "Foundations", *IECL*, vol. XIII, cap. 9, 2000, pàg. 6. Posen per exemple l'*Aga Khan Foundation*, la qual té l'establiment a Ginebra des de 1967, constituïda com a fundació privada regida per la llei suïssa, amb oficines independents en més de quinze Estats: <[www.akdn.org](http://www.akdn.org)>.

<sup>711</sup> La globalització és fruit d'un procés que inicia als anys seixanta, la base era l'economia internacional (canvi de serveis i béns entre les economies dels Estat-Nació; la industrialització dels països del Nord); s'inicia l'economia multinacional (creix la inversió directa, la mobilitat dels centres d'activitat productiva i les firmes multinacionals; es caracteritza per la implantació a l'estranger de filials de producció; deslocalitzacions). Durant els anys vuitanta entrariem en la 'economia global' (recerca de la rendibilitat en les inversions financeres; liberalització dels intercanvis; desenvolupament de les tecnologies de la comunicació; implicació de companyies d'assegurances, d'inversió i de fons de pensions; predomini de la gestió financera enfront la gestió industrial). Idea resumida del procés de 'mondalització' de C.A. MICHALET, citat en J.BÉGUIN; M. MENJUCQ (dirs.), *Droit du commerce international*, Paris, 2005, pàg. 11-13.

<sup>712</sup> Vegeu: H. MUIR WATT, "Aspects économiques du droit international privé. Réflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions", *RCADI*, vol. 307, 2004, pàg. 25-384.

que realitzen altres organitzacions no lucratives. L'altre possibilitat, es basa en l'actuació de les fundacions en diferents països, per tant, la prestació de serveis travessarien les fronteres jurídiques, ja sigui a través de delegacions o bé, participant puntualment en un projecte que aglutini fundacions (o d'altres entitats) de diferent 'nacionalitat'. Aquestes serien les fundacions operatives o '*operational foundations*', que responen, en general, a organitzacions de caire humanitari o de solidaritat internacional<sup>713</sup>.

Aquestes situacions transnacionals comporten elements d'estrangeria en les relacions jurídiques que fonamenten l'aplicació de les normes de Dret internacional privat. Quan les fundacions actuen transnacionalment entren en joc un seguit de normes, les pròpies per les quals s'ha constituït la fundació (Estat d'origen), que entrarien en conflicte amb les normes del país de recepció que suposa una amalgama de possibles normes aplicables.

L'actuació internacional de les fundacions pot suscitar dubtes sobre la possible instrumentalització fraudulenta d'entitats filantròpiques per part dels poders públics o d'organitzacions mercantils, o actuacions que no respecta la naturalesa pròpia de la fundació<sup>714</sup>. Aital risc d'instrumentalització, podria comportar l'elaboració d'estrictes normes d'estrangeria aplicables a les fundacions, dificultant o impedit l'activitat extraterritorial. Adverteix M.A. CABRA DE LUNA, que és un perill inevitable, posa per exemple, que un Estat pot 'utilitzar' una fundació per penetrar en altres països en procés de desenvolupament o en conflicte, obtenint millors resultats que no pas actuant a través de la diplomàcia oficial. També, les grans corporacions empresarials poden utilitzar les fundacions creades per elles mateixes, com un mecanisme per expandir els seus negocis obrint mercats, obtenint informació i contactes previs privilegiats. Efectivament, és un risc, però es considera que cal córrer i que només es veu atenuat per límits ètics "que condicionaran la subordinació dels interessos de les fundacions que són a mig i llarg termini, els de curt termini perseguits des d'una perspectiva política o estrictament econòmica. La creació del teixit social, la promoció dels drets

---

<sup>713</sup> *Vid.* part I, cap. III, apartat 2.2.1.

<sup>714</sup> Les fundacions poden topar amb "trampes per als qui es llancen a l'acció social sota la bona voluntat i una certa ingenuïtat", segons, L.M. DE SEBASTIÁN, "Efectes de la globalització en el món de les fundacions", *Societat civil i globalització. Revista de la Coordinadora Catalana de Fundacions*, núm. 30, 2003, pàg. 30-32. Certament, cabria admetre l'existència de fundacions ingènues, no és menys cert però, que hi ha fundacions que actuen fraudulentament o, si més no, s'extralimiten en les seves actuacions. En aquest context, s'adverteix la inexistència de normes de control internacionals que estableixin pautes de comportament lícites, legals o acords amb el Dret. En la primera part s'assenyalava que la inquietud de la Comissió europea, el G-8 o l'ONU, respecte les fonts de finançament internacionals d'activitats criminals i el blanqueig de capital, ha propiciat un seguit d'iniciatives per part d'institucions supranacionals així com d'institucions privades. *Vid.* part I, cap. II, apartat 1.2.3.

humans, l'altruisme, la solidaritat, la responsabilitat social, l'educació i la cooperació per a un desenvolupament socioeconòmic sostenible han de tenir unes fites més altes que les merament acomodaticies dels interessos d'Estat o particulars"<sup>715</sup>. Per això, advocaríem per promocionar legislacions flexibles que permetin l'expansió filantròpica, assumint el risc implícit de frau, sense renunciar el avantatges socials que comporta l'actuació fundacional internacional.

Al conflicte de lleis, s'hi afegeixen elements jurídics que dificulten tal escomesa. Per una banda, es contraposen les famílies jurídiques que han de coexistir quan una fundació actua més enllà de les seves fronteres jurídiques, enfrontant-se a definicions legals distintes, requisits legals i administratius dispars segons la tradició històrico-jurídica que hagi condicionat la pròpia regulació de les fundacions i que, en moltes ocasions, actua amb excés de recel sobre les institucions estrangeres. Per altra banda, hi ha la normativa tributària, que en la majoria d'ordenaments contempla un tracte fiscalment beneficiós per a les fundacions, justificat per les activitats d'interès general que realitzen en el propi territori. Són normes, en general, d'un alt grau de discrecionalitat encaminades a evitar el frau, fet que comporta una legislació complexa, en la que intervenen diferents administracions. Quan a aquesta regulació fiscal s'hi uneix un element d'estrangeria, el règim fiscal esdevé impermeable als beneficis fiscals. Mereix afegir, que per a determinats sistemes jurídics, com és el cas dels EUA i de Canadà, les disposicions fiscals són la base normativa respecte la regulació de les fundacions<sup>716</sup>.

Paral·lelament a aquesta normativa que podríem qualificar de bàsica, també podran ser aplicades a les fundacions la normativa prevista per als subjectes de tràfic civil o mercantil de l'Estat de recepció. Per exemple, la normativa sobre arrendaments, la comptabilitat mercantil, el dret laboral respecte als treballadors

---

<sup>715</sup> M.A. CABRA DE LUNA, *El tercer sector y las fundaciones de España hacia el nuevo milenio*, Madrid, 1998, pàg. 178.

<sup>716</sup> Als EUA hi ha un sol cos de Dret que està unificat, és la llei fiscal federal, que és considerada com la "bíblia" jurídica que regula les *nonprofit organizations*, en particular en la secció 501.c.3 *Tax Code*. La forta interrelació, i la importància de la normativa fiscal per sobre de la regulació de la forma de les persones jurídiques es descrita per H. HANSMANN: "Perhaps one reason that nonprofit corporation law has to date been largely ineffective in controlling the managers of nonprofit organizations is that tax law has long been the principal tool employed for that purpose. Or perhaps causation runs the other way: we have long relied on tax law to police the conduct of nonprofit managers because nonprofit corporation law has defaulted in this role. (...) The tax law has long been used to do the work of corporate law, and more recently the reverse has been true as well. Consequently, we cannot reform corporate law without reforming tax law, and vice-versa." H. HANSMANN, "A Reform Agenda for the Law of Nonprofit Organizations", K.J. HOPT; D. REUTER (eds.), *Stiftungstrecht in Europa*, Carl Heymanns Verlag KG Köln, 2001, pàg. 263 i 271; J. MUNS I ACOSTA, *Les fundacions a Espanya, Regne Unit, Estats Units, França i Alemanya. Anàlisi comparativa, problemes i recomanacions*, Barcelona, 1998, pàg. 62 i ss.

assalariats i, donat el cas, el dret de successions. Per això, caldrà determinar la llei aplicable a les relacions jurídiques que desenvolupi una fundació estrangera. En principi, no s'estudiaran aquestes normes de Dret internacional privat perquè varien en cada ordenament i extralimita aquest estudi, això no obstant, en l'exposició d'alguna situació concreta se'n farà l'oportuna referència.

## 1.2 Les normes de Dret internacional privat sobre fundacions

En les normes de Dret internacional privat (en endavant DIPr) autònomes en matèria de fundacions, al igual que en qualsevol altre sector del dret, ens enfrontem a la dispersió normativa que alguns ordenaments jurídics pateixen. No en poques ocasions, s'han de cercar en diferents cossos legals i, de vegades en distints rangs de llei, les respostes a la llei aplicable o a la competència judicial internacional. Aquest model respon a l'ordenament jurídic espanyol, no seria així, a Itàlia o a Bèlgica, que disposen d'una llei de dret internacional privat<sup>717</sup>. La utilitat d'emprar una llei especial de DIPr, rau en la sistematització i coherència en el conjunt de les normes, i els avantatges que els aplicadors i operadors jurídics li atribueixen, per això, l'anhel d'elaborar una norma de DIPr per part d'alguns ordenaments jurídics<sup>718</sup>. Un altre element a tenir en compte, és la tendència a l'especialització del Dret, que també ha afectat a les regulacions de les persones jurídiques. D'entre aquestes, en sobresurt una, que per la seva importància en l'economia liberal de mercat ha estat pionera en rebre un tracte jurídic diferenciat

---

<sup>717</sup> *Legge 31 maggio 1995, n° 218, riforma del sistema italiano di Diritto internazionale privato (GU n° 128, suppl. Ord., del 3 giugno 1995); Loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé de Belgique.*

<sup>718</sup> És el cas de la doctrina espanyola, per exemple, A. MIAJA DE LA MUELA i L. GARCÍA ARIAS, ja predicaven la necessitat d'una Llei especial de Dret internacional privat espanyola. Mereix posar de relleu que en els darrers temps, J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, entre altres iusinternacionalprivatistes, han propiciat un grup de treball per elaborar una proposta de Llei especial de DIPr (de moment es considera que els conflictes interns s'haurien de regular en una llei de dret interregional). Per conèixer com transcorre la "Reforma del Derecho español de derecho internacional privado" es pot consultar la *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*: <www.reei.org>. Es preveu un capítol 2 sobre 'Determinación de la nacionalidad el domicilio y la residencia habitual a los fines de la presente ley', dos apartats dedicats a determinar el domicili i l'establiment de persones jurídiques; i un Títol X dedicat a persones jurídiques. Vegeu també: J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, "La reforma del sistema español de Derecho internacional privado. Algunas propuestas para un debate", *REDI*, 2000, pàg. 351-370; G. PALAO MORENO, "Hacia una ley española de Derecho internacional privado", *AEDIPr*, t. V, 2005, pàg. 1249-1251. Així mateix, als Països Baixos s'està elaborant una proposta de codificació del Dret internacional privat holandès, ja actualment es troba diversificat en moltes lleis. La Comissió neerlandesa de Dret internacional privat pretenia reunir en un llibre del Codi civil holandès les normes sobre llei aplicable i les disposicions generals d'aplicació. Malgrat que es comptava amb un esborrany i un informe, sembla que la proposta es troba aturada. Vegeu la nota explicativa: S.J. SCHAAFSMA, "Informe se la Comisión de Estado neerlandesa de Derecho internacional privado sobre la propuesta de disposiciones generales de derecho internacional privado", *REDI*, 2004, 2, pàg. 1069-1074. TH.M. DE BOER, "The Hague Conference and dutch choice of law: some criticism and a suggestion", *Netherlands International Law Review*, XL, 1993, pàg. 1-13; TH.M. DE BOER; R. KOTTING, "Chapter 15: Private International Law", HONDIUS, E.H. et al. (ed.), *Introduction to Dutch Law*, The Hague, 1999, pàg. 265-288; Ambdues iniciatives són susceptibles de ser aturades per considerar innecessària la seva elaboració com a conseqüència de la comunitarització del Dret internacional privat.

de les altres, ens referim com resulta obvi, a les societats mercantils. Ara però, ha arribat el torn al règim jurídic de les fundacions i, actualment, ja són moltes les lleis que regulen en exclusiva la figura de les fundacions. Tradicionalment podien estar regulades en un Codi civil en el qual s'inclouïen uns pocs articles referits a la seva constitució, funcionament i liquidació. Progressivament, però, i a mesura que ha augmentat la seva importància econòmica i social, el règim jurídic sobre fundacions ha evolucionant paral·lelament. És així, com en els darrers cinquanta anys, s'han modificat les normes que regulen les fundacions, o bé, s'han redactat lleis *ex novo* ampliant amb detall tot el referent a aquesta figura<sup>719</sup>. En aquestes normes específiques en ocasions s'hi troben disposicions concretes sobre fundacions estrangeres, o bé, normes sobre les fundacions nacionals que actuen en territori estranger. Per tant, per al present estudi, en ocasions caldrà acudir a les lleis i reglaments sobre fundacions per conèixer les normes de Dret internacional privat aplicables.

A aquesta font normativa interna de normes de DIPr se li uneixen les convencions internacionals que passen a formar part de l'ordenament intern. Però a més, en els Estats membres de la Unió Europea, en virtut de la competència que té atribuït el legislador europeu per dictar normes de DIPr, s'accentua la diversificació de les fonts de les regles de Dret internacional privat, de manera que l'Estat disposa de tres fonts legislatives: autònoma; convencional i institucional<sup>720</sup>. Com assenyala A. BORRÁS, aquesta diversificació de les regles de Dret internacional privat ha introduït, sens dubte, una més gran complexitat i una certa dificultat en relació a la seva aplicació per part dels operadors jurídics. De les dificultats, destaca la jerarquia que en l'àmbit de la Unió Europea cal tenir en compte, que es fonamenta en la primacia del dret comunitari respecte els ordenaments jurídics estatals i, que d'aquest fet, en resulta el desplaçament d'altres regles del sistema per la norma comunitària<sup>721</sup>. De moment, aquesta no és

---

<sup>719</sup> *Vid.* part I, cap. I, apartat 1.2.

<sup>720</sup> Vegeu de J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, "El desarrollo del Derecho internacional privado: sus tendencias actuales y la reforma del sistema español", J.L. IRIARTE ÁNGEL (coord.), *Propiedad y derecho internacional*, 2007, pàg. 11-30; "Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé. Cours général", *RCADI*, vol. 287, 2000, pàg. 9-426; "Efforts concertés d'unification et coexistence des règles de droit international privé dans le système étatique", A. BORRÁS et al. (eds.), *Liber Amicorum Georges A.L. Droz. On the Progressive Unification of Private International Law*, 1996, pàg. 105-120.

<sup>721</sup> "Mais cet ensemble de règles n'implique néanmoins pas qu'il existe un vrai système communautaire, bien qu'on puisse déjà parler d'un changement du système étatique, dans le sens que le droit international privé des Etats membres ou bien est substitué par des règles de droit international privé communautaire ou bien il est modifié par l'incidence directe de certains principes communautaires (tels que la non-discrimination et la libre circulation des personnes) et, par rapport à ce dernier principe, par les effets attachés à la citoyenneté européenne", A. BORRÁS, "Le droit international privé communautaire: réalités, problèmes et perspectives d'avenir", *RCADI*, vol. 317, 2005, pàg. 327 i 523. A. BORRÁS, "Incidencia de la

la situació de les fundacions en el Dret comunitari europeu, perquè no hi ha normes de dret material uniforme, o harmonitzadores a través de directives, ni tampoc, es disposa de normes de Dret internacional privat europees en matèria de fundacions. En la tercera part d'aquest estudi s'estudiarà la situació jurídica actual en el si de la Unió Europea, les demandes existents d'alguns sectors privats per a què el legislador europeu disposi una regulació sobre fundacions, i la possible aplicació de la normativa comunitària a les fundacions a través dels principis comunitaris.

Per això, la present part es centrarà en les normes de Dret internacional privat previstes en els ordenaments jurídics d'alguns Estats europeus, ja que només disposem de normes de producció interna, és a dir, el dret internacional privat autònom de cada Estat, donat que tampoc existeix normativa convencional multilateral malgrat els diversos intents. Els ordenaments que s'estudiaran seran els mateixos respecte els quals s'ha presentat la legislació material del dret de fundacions.

### **1.3 Què haurà de resoldre el Dret internacional privat?**

En l'esfera internacional, les fundacions topen amb problemes diferents o inexistents en el marc estrictament estatal. En general, en un Estat jurídicament unitari, una fundació es constitueix segons la normativa d'aquell país, on hi tindrà el domicili i en el qual dissenyarà i desenvoluparà els seus projectes, etc. Indubtablement, a aquesta fundació se li aplica la llei d'aquest país en tots els aspectes. En canvi, una fundació que hagi d'actuar fora de les seves fronteres s'enfrontarà a diverses qüestions, com són: la determinació de la seva pertinença a un ordenament o un altre, normalment, però cada cop menys, a través de la seva 'nacionalitat'. En el cas de ser una fundació estrangera que desitja actuar en el territori d'un altre Estat, es precisarà per la normativa de l'Estat de recepció el reconeixement de la seva personalitat jurídica per tal de poder actuar legalment en l'Estat de recepció; posteriorment, es precisarà determinar la llei aplicable a aquesta fundació estrangera i, en cas de controvèrsia, es suscitaria un conflicte de jurisdiccions.

Segons Y. LOUSSOUARN:

“L'activitat d'una persona jurídica estrangera, per si sola, ja comporta les dificultats relatives al reconeixement internacional de la personalitat jurídica així com al gaudiment i exercici dels seus drets. Quan la persona jurídica desitja exercir una activitat permanent fora de les fronteres del seu país on

---

Conferencia de La Haya y del derecho de la Unión europea en el sistema español de derecho internacional privado”, J.L. IRIARTE ÁNGEL (coord.), *Propiedad y derecho internacional*, 2007, pàg. 129-132.



té la seva seu social, sorgeixen nous problemes, ja que la gamma de tècniques que li són ofertes per tal d'exercir l'activitat són prou conegudes (constituïció d'una sucursal o d'una filial, fusió de societats, creació de societats internacionals o europees).<sup>722</sup>

En el DIPr més tradicional, s'englobava la fundació en la seva categoria més àmplia de persona jurídica, per tant, se li aplicava el règim previst per a qualsevol ens que fos una persona jurídica. Estudiar les fundacions en el marc del DIPr, comporta doncs, un seguit de conseqüències i, una d'elles, és la d'emmarcar-la com a persona jurídica en la seva actuació de tràfic extern.

La matèria comporta una certa complexitat que F.J. ZAMORA CABOT il·lustrava amb la següent descripció:

“En primer lloc, el cúmul d'interessos contraposats i el caràcter central de la matèria aquí tractada (*personas jurídicas*), vinculada amb, pràcticament, tots els sectors del Dret; després, la insuficient regulació pels diversos legisladors estatals de varis dels seus aspectes més importants – fins i tot en el pla purament intern, domèstic – i, també, l'estat de la crisi originat per figures concretes, vgr., la societat anònima d'un sol accionista '*one man company*'; i, finalment, i emfatitzant la perspectiva pedagògica, les confusions del tríptic bàsic, constituït per nacionalitat, reconeixement i règim jurídic, a part dels errors purament terminològics – especialment insidiosos si pensem que no és infreqüent que bons especialistes utilitzin les mateixes nocions, vgr., la de 'control' per designar realitats distintes, o els hi donen un abast i fonamentació en absolut coincident com, per exemple, el criteri 'd'incorporació', arquetip de plasmació d'autonomia de la voluntat pels continentals i molt més rígid i formalista per als britànics del que es pugui creure -. Aquesta petita bestreta ens ha de dur, doncs, a la convicció que estem davant un dels temes més compromesos – i, per tant, interessants – del Dret Civil Internacional (...).<sup>723</sup>

Amb aquestes premisses, es comprova que una de les qüestions a resoldre és la pertinença de tals ens a un determinat territori i, en concret, la utilització de la 'nacionalitat' com a vinculació que l'adscriu a un país i no a un altre, qualificant-la de nacional o estrangera. Determinada l'estrangeria d'una persona jurídica o d'una fundació, quan aquesta pretén actuar en un territori distint del seu origen, això és l'actuació extraterritorial, caldrà que sigui reconeguda en el fur d'acollida. Es presentaran diferents normes internes de reconeixement de la institució 'fundació', i com aquest reconeixement de la seva existència legal no basta en

---

<sup>722</sup> Y. LOUSSOUARN, “La condition des personnes morales en droit international privé”, *RCADI*, 1959-I, pàg. 508.

<sup>723</sup> F.J. ZAMORA CABOT, “Personas jurídicas”, M. AGUILAR NAVARRO, *Lecciones de Derecho Civil Internacional Español*, Madrid, 1983, pàg. 83-84.

molts ordenaments per estar capacitada per actuar de forma permanent en un altre territori. Així doncs, existeixen normes d'estrangeria de fundacions, en què es descriuen les condicions per actuar com a fundacions en un pla d'igualtat amb les fundacions nacionals, per tal d'aplicar-los-hi el mateix règim jurídic. Establert, doncs, l'origen d'una fundació, i reconeguda i habilitada en un país estranger quan hi vol actuar de forma permanent, sorgeix una tercera qüestió que resulta apassionant, és la llei aplicable a aquesta fundació, la *Lex foundationis*<sup>724</sup>. La qüestió no és fútil, ans al contrari, un cop s'ha aconseguit validar la fundació estrangera es pot topar amb un conflicte de lleis, de manera que calgui determinar quina llei o lleis s'aplica a la fundació estrangera i en quines matèries. Aquesta és una problemàtica àmpliament desenvolupada en el camp de les societats mercantils, experiència que serà utilitzada per intentar esbrinar quina és la tendència actual en el DIPr general i especialment en el si de la Comunitat Europea.

Aquestes idees apuntades, com a problemes principals a resoldre en matèria de fundacions mitjançant el DIPr, ja eren assenyalades a inicis del segle XX, per part de grans juristes com K. NEUMAYER, A. PILLET i posteriorment, E. RABEL. L'interès suscitat pel cas de la '*Fundació Niederfüllbach*'<sup>725</sup> proporcionà estudis que servirien per determinar els problemes que plantejaven les fundacions en el pla internacional, que es podien reduir a dos: la determinació de la llei rectora i el reconeixement de les fundacions estrangeres<sup>726</sup>.

---

<sup>724</sup> Utilitzem aquesta expressió extreta de l'estudi de M. GARDEÑES SANTIAGO, per considerar-la més específica que la tradicional *Lex societatis*.

<sup>725</sup> Vegeu l'estudi detallat que en fa M. GARDEÑES del cas de la *Fundació Niederfüllbach* (Tribunal de Brussel·les: 14 novembre 1911 i 2 abril 1913). Es planteja el dubte de la llei aplicable a la fundació, en què concorrien dues possibilitats, la llei alemanya, per la qual s'havia constituït la fundació i on hi havia la seu real, o per la llei belga on la fundació realitzava les principals activitats. Es reconeixia la fundació en ambdós Estats, per tant, es diferenciava entre el reconeixement de la persona jurídica, del sotmetiment als límits que les disposicions del fur podien establir a les activitats que la fundació estrangera podia exercir en el seu territori. La sentència reconeix, finalment, que és una fundació alemanya vàlidament constituïda, tot i això, no deixa clars els límits que la llei del fur podia imposar a l'actuació de la fundació, i admet un reconeixement *de plano* sense exposar-ne els motius. M. GARDEÑES SANTIAGO, *Las fundaciones en derecho internacional privado español*, Madrid, Eurolex, 2003, pàg. 159-163. A. PILLET en relació al cas, està d'acord amb la resolució del tribunal, ja que no seria correcte atribuir a una fundació la nacionalitat d'un país únicament perquè la seva activitat s'hi manifesta "alors que cette activité peut très bien se concentrer sur plusieurs pays à la fois, cas où il faudrait alors lui donner plusieurs nationalités, ce que la logique voudrait, mais ce qui est évidemment impossible." Es precisa aplicar la teoria de la constitució juntament amb la seu social, prevalent l'element de direcció sobre l'element d'activitat. A. PILLET, *Personnes morales en droit international privé*, Paris, 1914, pàg. 415-416.

<sup>726</sup> A. PILLET, *Personnes morales en droit international privé*, Paris, 1914, pàg. 407-421. Divideix el seu estudi en aquestes fases: a) reconeixement internacional de les persones jurídiques civils; b) drets que les persones jurídiques poden exercir; c) conflicte de lleis: les lleis aplicables a les persones jurídiques en les relacions internacionals. E. RABELS, opta per distingir entre els conflictes de lleis i les normes domèstiques aplicables a les activitats de les entitats estrangeres (refusa la teoria de PILLET), insisteix en tres aspectes, la llei personal, el reconeixement i el permís per dur a terme les activitats. Les dues primeres qüestions incidirien el conflicte de lleis, i la darrera es reservaria a la legislació administrativa, malgrat utilitzessin el

En matèria societària, es comprova que la doctrina actual coincideix amb la del segle anterior, així doncs, quan les societats mercantils desenvolupen activitats fora del seu Estat d'origen, segons M. MENJUCQ provoca tres qüestions a resoldre:

- a) L'admissió de la personalitat jurídica en el nou Estat, essent titular de drets i obligacions. És la qüestió del reconeixement de les societats estrangeres.
- b) El benefici dels mateixos drets i per tant, d'obligacions, de què gaudeixen les societats nacionals per part de les societats estrangeres. És la qüestió de la condició de societat estrangera.
- c) Finalment, quina és la llei aplicable a les societats estrangeres en l'exercici dels seus drets. És la qüestió de l'exercici dels drets de les societats estrangeres<sup>727</sup>.

En els següents apartats es presentaran les qüestions a resoldre per part de les normes de Dret internacional privat, que s'inicia amb l'inesgotable debat de la possible nacionalitat de les persones jurídiques com a criteri per determinar la seva estrangeria i com a punt de connexió per determinar la llei aplicable al seu estatut personal. L'estudi comparatiu de diferents sistemes legislatius europeus i en concret respecte les connexions que preveuen en matèria de persones jurídiques, conduirà inevitablement a la remissió al Dret de societats, per ser aquesta la matèria més legislada i que ha captat l'atenció de la doctrina internacionalprivatista. Es presentaran les connexions més comunes per determinar la 'nacionalitat' de les fundacions, o d'altres criteris directament aplicables sense fer ús d'aquest pas intermedi que suposa atorgar nacionalitat a les fundacions. Determinada l'estrangeria de la persona jurídica fundació, es mostraran diferents sistemes jurídics interns de reconeixement de la personalitat jurídica de la fundació estrangera, tot comprovant com les distintes propostes de convencions multilaterals que preveien el reconeixement automàtic van fracassar. A manca de sistema convencional, es precisa de l'aplicació de les normes de DIPr domèstiques que preveuen el reconeixement de la persona jurídica estrangera i les prerrogatives i limitacions previstes per a la seva actuació en el territori del fur. Si l'actuació extraterritorial pretén ser permanent, generalment s'exigeix a les

---

mateix criteri. E. RABEL, *The Conflict of Laws. A Comparative Study*, University of Michigan Law School, Vol. II, 2ª ed., 1960, pàg. 3-19.

<sup>727</sup> M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, Montchrestien, 2001, pàg. 57. En les següents pàgines resol aquestes qüestions centrant-se en el dret francès. En el mateix sentit: A.L. CALVO CARAVACA, "Art. 9.11 CC", *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, t. I, vol. 2, Madrid, 1995, pàg. 481; M. GÓMEZ JENE, "Tema XVI, Las personas jurídicas", ABARCA JUNCO, A.P. (dir.), *Derecho internacional privado*, vol. II, UNED, 2004, pàg. 45-62.

fundacions estrangeres el compliment d'uns requisits com podria ser la necessitat de constituir un establiment permanent. En aquest punt, mereix determinar quina llei serà l'aplicable a aquesta delegació estrangera i, per això, s'acudirà de nou a les normes de DIPr que resolen el conflicte de lleis. Usant la tècnica de Dret comparat, presentarem algunes normes de DIPr domèstiques europees que determinen la llei aplicable a les fundacions: *lex foundationis*. Es procurarà realitzar l'estudi, com recomana F.J. ZAMORA CABOT sense 'dramatismes', identificant els obstacles per provar de resoldre'ls, evitant, en la mesura del possible, les confusions que sorgeixen respecte els termes bàsics<sup>728</sup>.

## 2. L'ESTATUT PERSONAL DE LES FUNDACIONS I LA SEVA 'NACIONALITAT'

S'ha optat, en general, per una aplicació translativa de la nacionalitat i de l'estatut personal originàriament concebut per a les persones físiques respecte a les persones jurídiques. L'atribució d'estatut personal ha resultat útil en el tracte a les persones físiques, però en els subjectes jurídics "introdueix gran confusió en el tractament dels problemes de dret aplicable a les persones jurídiques"<sup>729</sup>. Actualment, la doctrina internacionalprivatista entén que l'estatut personal "es refereix als problemes de la llei aplicable a la constitució, funcionament i extinció de les persones jurídiques", i considera important no fragmentar la normativa aplicable al que es podria resumir com el naixement, vida i mort de la persona jurídica. La llei personal regeix tant l'existència i capacitat de les persones jurídiques com la seva extinció, i aspectes referents al seu funcionament com són, les relacions entre la persona jurídica i els seus membres i les qüestions de disciplina interna. La llei personal determina la *lex societatis*, i aquesta resol la pràctica totalitat dels problemes que suscita la vida internacional de les societats, qüestions variades com per exemple: la denominació, l'objecte social, la seu, la

---

<sup>728</sup> F.J. ZAMORA CABOT, "Personas jurídicas", M. AGUILAR NAVARRO, *Lecciones de Derecho Civil Internacional Español*, Madrid, 1983, pàg. 83-84.

<sup>729</sup> Es considera l'estatut personal com una noció que serveix més aviat com a instrument que no pas com un autèntic concepte. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS; S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 4<sup>a</sup> ed., Civitas, 2007. Per la doctrina francesa parlar d'estatut personal d'una persona jurídica és abusiu, consideren que seria més adient estatut intern, entès aquest com l'organització interna, les relacions respecte tercers. La concepció d'estatut personal ha evolucionat des dels estatutaris fins a les teories de SAVIGNY. En l'estatutària medieval el debat es centrava en l'abast personal o territorial de les lleis, de manera que les lleis que regulaven els drets vinculats a la persona gaudien d'eficàcia extraterritorial, acompanyant a la persona allà on anés. Amb Savigny, s'alterà l'enfocament de l'estatut personal, però no el seu abast real. L'estatut personal passa per configurar-se per un conjunt d'institucions o situacions jurídiques vinculades a la persona i que, per raó de naturalesa, són regulades per la "lleí personal" de l'individu. Per aprofundir en la història del DIPr, A. MIAJA DE LA MUELA, *Derecho internacional privado*, vol. I, 9<sup>a</sup> ed., Madrid, 1985, pàg. 99 i ss.

durada, la forma jurídica, la composició social, la responsabilitat dels administradors o la dissolució<sup>730</sup>.

Per a determinar aquest estatut personal de les persones jurídiques el nexa més usat tradicionalment ha estat el de la nacionalitat, i aquesta és atorgada quan es compleixen uns requisits preestablerts legalment<sup>731</sup>. La determinació doncs, de la qualitat de nacional o estranger respecte la persona jurídica serveix per individualitzar el seu estatut personal (la llei aplicable a la seva constitució, organització i funcionament) i també per conèixer si es troba compresa o no en el règim jurídic d'estrangeria, és a dir, si se li apliquen algunes normes de l'Estat on actua la persona jurídica estrangera. T. BALLARINO diferencia la nacionalitat de l'estatut personal:

“perquè l'estatut personal expressa la recerca d'una llei reguladora que és anterior a la pròpia qualificació de la nacionalitat, mentre que la nacionalitat constitueix essencialment una dada rellevant per les normatives del fur que distingeixen entre ciutadans (nacionals) i estrangers (per l'admissió a determinades activitats, per adquirir un bé immoble a Itàlia sense haver de provar la reciprocitat, per resoldre problemes de reciprocitat diplomàtica; en el passat també per establir la jurisdicció dels nostres tribunals).”<sup>732</sup>

El debat sobre aquestes qüestions s'ha consagrat en les societats mercantils, d'aquí l'ús generalitzat de l'expressió '*lex societatis*'. Aquests plantejaments s'expandeixen a d'altres tipus d'ens jurídics que també disposen de personalitat jurídica.

### **2.1 La nacionalitat de la persona jurídica fundació: nexa polític o jurídic?**

L'ús de la nacionalitat com a connexió aplicable a les persones jurídiques és una qüestió que no està exempta de controvèrsies, en el passat, suscidades per la teoria de la ficció i, actualment, per la procedència de la seva atribució o el seu significat.

---

<sup>730</sup> A.L. CALVO CARAVACA, “Art. 9.11CC”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, t. I, vol. 2, Madrid, 1995, pàg. 481; 506.

<sup>731</sup> “Le statut personnel de la fondation, comme celui des associations, est gouverné par la loi qui lui confère la personnalité juridique”, A.F. SCHNITZER, “Le trust et la fondation dans les conflits de lois”, *RCrDIPr*, 1965, pàg. 493.

<sup>732</sup> T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, 3<sup>a</sup> ed., 1999, pàg. 352; idea reiterada, T. BALLARINO, *Manuale breve di Diritto internazionale privato*, Cedam, 2002, pàg. 122; 134: “I due concetti di nazionalità e statuto personale delle persone giuridiche hanno dunque una diversa valenza anche se sono difficili da caratterizzare l'uno rispetto all'altro quando- è il caso più comune- società non italiane vengono prese in considerazione dal punto di vista del nostro ordinamento giuridico. Accertarne il carattere straniero significa *soltanto* che non sono regolate dalla legge italiana (e, come conseguenza pratica, che non sono ammesse alle attività riservate ai nazionali). Questo carattere straniero peraltro ha un significato puramente negativo: implica che la società è regolata da una legge straniera, ma non dice quale essa sia.”

La nacionalitat d'una persona jurídica s'empra tradicionalment per determinar la personalitat jurídica i els drets que adquireix, la pertinença a un Estat sobirà on podrà invocar l'aplicació dels drets adquirits així com garantir la seva protecció diplomàtica<sup>733</sup>. El fet que l'expressió nacionalitat estableixi aquestes dues vinculacions d'origen diferent, jurídic i polític, planteja ambigüitat ja que els vincles amb l'Estat no haurien d'utilitzar els mateixos criteris, segons si es vol determinar la llei aplicable a la persona jurídica, o si es pretén establir la vinculació política amb un determinat Estat. La persona jurídica es regeix per la llei de l'Estat al que pertany (*lex societatis*), però la seva nacionalitat és generalment determinada en funció dels seus dirigents (*teoria de control*). Tal ambigüitat convida a refusar la idea de nacionalitat de les persones jurídiques. Segons V. SIMONART, "la *lex societatis* no ha de passar per la recerca d'una nacionalitat"<sup>734</sup>. Per contra, Y. LOUSSOUARN entenia que l'abundant doctrina i jurisprudència respecte la nacionalitat de les persones jurídiques respondria als importants interessos pràctics que suscita. Per això, "és necessari vincular les persones jurídiques a un Estat determinat per diferents raons: és generalment acceptat que en el terreny de conflicte de lleis les persones jurídiques estiguin sotmeses a la seva llei nacional. Per tant, és indispensable determinar la seva nacionalitat per descobrir la llei aplicable al seu estatut jurídic"<sup>735</sup>.

Segons F.J. ZAMORA CABOT, es susciten tres plantejaments respecte la nacionalitat de les persones jurídiques. En primer lloc, si efectivament disposen de nacionalitat les persones jurídiques; en cas afirmatiu, cal saber quina és aquesta nacionalitat, per tant, és important la determinació de la nacionalitat de les persones jurídiques així com els criteris per a la seva atribució; i, finalment, acceptada i determinada la nacionalitat, cal conèixer si és possible el canvi de nacionalitat de les persones jurídiques<sup>736</sup>.

---

<sup>733</sup> Així, dues preocupacions principals: "un problème d'allégeance juridique ou de conflit de lois" i "d'allégeance politique ou de protection des nationaux". V. SIMONART, *La personnalité moral en droit privé comparé*, Brussel·les, 1995, pàg. 148; 149. No entrarem en la qüestió de la nacionalitat com a vincle amb un Estat que pot exercir la protecció diplomàtica respecte a una persona jurídica.

<sup>734</sup> V. SIMONART, *La personnalité moral en droit privé comparé*, Brussel·les, 1995, pàg. 151 i ss.

<sup>735</sup> Y. LOUSSOUARN, "La condition des personnes morales en droit international privé", *RCADI*, 1959-I, pàg. 451. A. PILLET insistia en la necessitat de traçar les línies de Dret internacional general per tal de determinar la protecció individualitzada que aquests subjectes es mereixien deixant enrere l'aplicació paral·lela que se'n fa de les persones físiques, ja que s'han de resoldre qüestions concretes "Tal est, par exemple, la question de l'existence internationale de la personne juridique." A. PILLET, *Personnes morales en droit international privé*, Paris, 1914, pàg. 2 i ss.

<sup>736</sup> F.J. ZAMORA CABOT, "Personas jurídicas", M. AGUILAR NAVARRO, *Lecciones de Derecho Civil Internacional Español*, Madrid, 1983, pàg. 107.

És una qüestió prèvia doncs, saber si el concepte de nacionalitat tradicionalment propi de les persones físiques pot ser transposada a les persones jurídiques<sup>737</sup>. Per raons de tradició jurídica s'estableix l'*absurd* mimetisme entre les persones físiques i jurídiques, quan aquestes són diferents, ja que unes tenen drets de la personalitat inherent al naixement, i les altres precisen d'un acte formal de constitució. Ha estat i continua essent un tema controvertit que ha donat peu a teories contràries, favorables i intermèdies respecte l'atribució de nacionalitat a les persones jurídiques, que s'han desenvolupat paral·lelament amb el debat sobre teories de la personalitat jurídica<sup>738</sup>.

En Dret comparat, existeixen pluralitat de posicions, centrant-se el debat doctrinal en les teories de la ficció i de la realitat, tot desencadenant el dubte de si les persones jurídiques poden o no tenir nacionalitat. Els detractors esgrimeixen l'útil argument que no es pot reconèixer el dret de nacionalitat a una ficció legal, a més, de ser aquest un vincle polític entre un individu i l'Estat. Per J.P. NIBOYET, una societat no és res més que un contracte de dret privat, de manera que és incomprendible com un simple contracte pugui ser dotat de nacionalitat<sup>739</sup>. Refusa doncs, l'atorgament de nacionalitat ja que totes les qüestions que sorgeixen poden ser resoltes sense apel·lar tal concepte. El mateix autor, disposa que només hi ha dos problemes a resoldre: la condició d'estranger (gaudiment de drets) i el conflicte de lleis (lleï aplicable a l'adquisició dels drets i respecte els drets adquirits). Per altra banda, els que combreguen amb l'atribució de nacionalitat a les persones jurídiques al·leguen que la concessió d'una personalitat jurídica implica una titularitat de drets, que són diferents dels individus que la conformen i que, com a tal, mereix gaudir de nacionalitat pròpia.

La solució eclèctica admet la nacionalitat de les persones jurídiques sempre i quan s'entengui aquesta en una concepció pròpia sense que es pugui confondre amb la

---

<sup>737</sup> “La notion classique de nationalité a, en effet, été conçue essentiellement pour les personnes physiques et il est malaisé de la transposer sans adaptation préalable aux personnes morales. Certains des critères fondamentaux de la détermination de la nationalité des individus, tel les ius sanguinis, font ici défaut, et la solution peut être très différente selon que l'on se réfère au système de l'incorporation cher aux anglosaxons, au critère du siège social, ou à celui du contrôle. (...) Enfin, la nature juridique de la personnalité morale demeure elle-même controversée, et la position prise à son égard n'est pas sans incidence sur la nationalité des sociétés.” Y. LOUSSOUARN; J.D. BREDIN, *Droit du Commerce International*, Paris, 1969, pàg. 252.

<sup>738</sup> *Vid.* part I, cap. I, apartat 2.2.1.1.

<sup>739</sup> J.P. NIBOYET, “Existe-t-il vraiment une Nationalité des Sociétés?”, *RCrDIPr*, n. 3, 1927, pàg. 402-417. Per conèixer la perspectiva contractual del fenomen societari: F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho de sociedades y conflictos de leyes: una aproximación conflictual*, Madrid, 2002; R. CARO GÁNDARA, *La competencia judicial internacional en materia de régimen interno de sociedades en el espacio jurídico europeo*, Madrid, 1999, pàg. 40 i ss.

nacionalitat de les persones físiques. Segons Y. LOUSSOUARN, des d'una perspectiva processal, assenyalava que la nacionalitat de les persones físiques constitueix una qüestió prèvia i independent; per contra, en les persones jurídiques està lligada a una situació jurídica i, per tant, indicatiu d'una situació de conflicte de lleis. Consideraria que el terme 'nacionalitat' no és perillós si s'utilitza sabent que no és equiparable amb el de la nacionalitat de les persones físiques. Destaca que és un problema de terminologia, així doncs, seria preferible utilitzar "*l'allégeance de préférence*" al de nacionalitat per tal d'evitar qualsevol equivocació<sup>740</sup>.

Més recentment, també A.L. CALVO CARAVACA estaria d'acord en admetre que la nacionalitat de les societats no significaria en cap cas creure que aquest terme s'utilitzi en el mateix sentit que es refereix a les persones físiques. Per tant, "discutir, si existeix o no en general la nacionalitat de les societats és referir-se a un problema semàntic, d'interès purament acadèmic, avui en dia ja superat"<sup>741</sup>.

Assumim la superació del discurs des del punt de vista teòric, i ens centrem en l'ús de la 'nacionalitat' com a punt de connexió per determinar la llei aplicable a la persona jurídica, que a la pràctica alguns ordenaments continuen utilitzant en les normes de DIPr, com seria per exemple, l'espanyol i el francès<sup>742</sup>. El cert és,

---

<sup>740</sup> "(...) La jurisprudence en a conclu que, comme les individus, les sociétés étaient susceptibles de posséder un statut personnel, et suivant les principes traditionnellement admis en droit international privé français pour l'état et la capacité des personnes physiques elle a soumis le statut personnel à la loi nationale de la société. Pour atteindre de but, il fallait nécessairement leur attribuer une nationalité. L'application par la jurisprudence de la notion de nationalité s'explique en réalité plus par des motifs d'ordre pragmatique que par des motifs rationnels. (...) La jurisprudence ne s'est pas interrogée sur la légitimité de ce concept parce que la controverse lui a semblé plus théorique que pratique et que la question ne s'est guère posée directement devant elle. (...)". Y. LOUSSOUARN, "La condition des personnes morales en droit international privé", *RCADI*, 1959-I, pàg. 457; 459. P. ARMINJON ho resumia de la següent manera: "Lors donc qu'on parle de la nationalité d'une société ou qu'on la qualifie de nationale, d'étrangère, de française, de belge, il importe de bien entendre que cette expression ne doit pas être prise dans son sens littéral, mais seulement métaphoriquement, pour la commodité du langage." S'afanya a precisar que no es pot confondre, "le lien de sujétion qui unit la société à un Etat" que es tindrà en compte per determinar quin Estat protegirà la societat; de "la condition juridique ou le statut personnel", és a dir, la llei aplicable a la constitució de les societats, el seu funcionament, els drets dels seus associats, responsabilitat dels administradors, la seva dissolució, la liquidació, o la determinació del tribunal competent en cas de litigi. P. ARMINJON, *Précis de Droit international privé commercial*, París, 1948, pàg. 56-58.

<sup>741</sup> A.L. CALVO CARAVACA; L. FERNÁNDEZ DE LA GANDARA, *Libertad de establecimiento y derecho de sociedades en la Comunidad Económica Europea*, Tecnos, 1988, pàg. 57.

<sup>742</sup> En les normes de Dret internacional privat espanyoles, trobem unívocament, l'ús de la nacionalitat de les persones jurídiques (art. 9.11 CCEsp). Serà aquesta la que ens permetrà establir la seva llei personal, la qual regirà en tot el referent a "la capacitat, constitució, representació, funcionament, transformació, dissolució o extinció". Tindran nacionalitat espanyola segons disposa l'art. 28 CCEsp, "les corporacions, fundacions i associacions, reconegudes per la llei i domiciliades a Espanya", sempre que "tinguin el concepte de persones jurídiques segons les disposicions del present Codi". En l'ordenament francès, s'atorga la nacionalitat a les persones jurídiques, en concret a les societats, mitjançant criteris jurisprudencials. Es basen en la bilateralització, a través de la jurisprudència, de l'art. 3 del *Code civil*



però, que cal determinar com s'atribueix tal nacionalitat, per això s'empren d'altres criteris com el 'domicili' o la 'lleï de constitució', per tal de precisar efectivament la lleï aplicable a una persona jurídica<sup>743</sup>. En relació a les societats de capital, R. ARENAS, indica que és usual la coincidència entre l'Estat del domicili de la societat i el Dret d'acord amb el qual s'ha constituït aquesta, fet que "ha implicat en ocasions la identificació d'aquest dos conceptes i l'assumpció que tal Dret és el Dret de la 'nacionalitat' de la societat". Aquesta identificació es generalitza en les regulacions de diferents Estats des del segle XIX<sup>744</sup>. La tendència actual és deixar apartat el criteri de la nacionalitat, i fixar-se en els altres dos criteris, el domicili i el dret pel qual s'ha constituït. En l'exemple francès, la doctrina considera mancat de coherència utilitzar la nacionalitat de les societats per determinar la lleï aplicable. Exclourien la nacionalitat com a nexa per determinar la lleï aplicable (si s'admetria com a vincle polític), proposant com a connexió per determina la lleï aplicable la 'seu social'<sup>745</sup>. En concret, en relació a les societats, l'art. 1.837 del *Code civil*, disposa que tota societat amb seu social en territori francès està sotmesa a les disposicions de la lleï francesa. Disposició que es bilateralitza, de manera que les societats han de sotmetre's, en general, a la lleï de la seva seu social. Com a conclusió, seria doncs la lleï de la seva seu social, i no la lleï nacional, la lleï aplicable<sup>746</sup>. Segons B. AUDIT, els tribunals francesos utilitzen habitualment l'expressió de 'nacionalitat' de les persones jurídiques, a l'igual que ho fa el legislador, per una simple raó de comoditat<sup>747</sup>. Així doncs, hi ha ordenaments en què encara persisteixen algunes normes de DIPr que inclouen la 'nacionalitat' com a connexió, però aquesta necessàriament s'ha de complementar amb un altre criteri identificatiu per determinar la lleï aplicable. Per això, la funció principal d'atribuir una nacionalitat a una persona jurídica serà determinar la seva condició d'estrangeria, i comprendre si cal o no, aplicar-li una

---

referent a les persones físiques, de manera que la nacionalitat determina la lleï aplicable a l'estatut intern de les societats. M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, Montchrestien, 2001, pàg. 37.

<sup>743</sup> "En efecto, sea cual fuere el enfoque elegido, la generalidad de los autores están conformes en reconocer que las personas jurídicas han de estar ligadas y regidas por el ordenamiento positivo de un país determinado, con lo cual el alcance de la diferencia se reduce, en gran medida, a determinar si puede denominarse nacionalidad el vínculo jurídico que, de modo, se crea en dicho ordenamiento y la persona jurídica en cuestión". M. GUZMÁN ZAPATER, "Las personas jurídicas", E. PÉREZ VERA (dir.), *Derecho internacional privado*, 1996, pàg. 51.

<sup>744</sup> R. ARENAS GARCÍA, *Registro mercantil y Derecho del comercio internacional*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000, pàg. 217.

<sup>745</sup> Autors francesos com: P. MAYER; L. LÉVY; PH. FRANCESCAKIS; J. BÉGUIN, entre altres. Citats en M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, Montchrestien, 2001, pàg. 39.

<sup>746</sup> P. MAYER, *Droit international privé*, Montchrestien, 6<sup>a</sup> ed., 1998, pàg. 643 i ss.

<sup>747</sup> B. AUDIT, *Droit international privé*, 3<sup>a</sup> ed., París, 2000, pàg. 906-907.

normativa diferent. En aquesta línia, segons J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, la tendència és la supressió del concepte de nacionalitat com a punt de connexió en dret societari, malgrat que alguns ordenaments no hi renunciïn, com seria el cas espanyol i francès, ja que estaria “privat de qualsevol funció localitzadora, restant com una herència del passat, amb un sentit més col·loquial que jurídic”<sup>748</sup>.

Són les normes més modernes de Dret internacional privat les que deixen enrera la ficció de la nacionalitat de les persones jurídiques i empen directament d’altres connexions, en són exemples la llei de reforma del sistema italià de Dret internacional privat de 1995<sup>749</sup>, o la recent llei de DIPr de Bèlgica, la *Loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé de Belgique*, aquesta utilitza com a connexió l’establiment principal<sup>750</sup>. No ens podem estar de comentar que actualment s’està debatent la utilització de la connexió ‘nacionalitat’ respecte les persones físiques com a punt de connexió que determina la llei aplicable, incrementant-se el posicionament cap a la utilització de la connexió ‘domicili’ o ‘residència habitual’<sup>751</sup>.

---

<sup>748</sup> J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Balance y perspectiva de los sistemas de determinación de la *lex societatis*”, *Derecho de sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, Madrid, 2002, vol. I, pàg. 211.

<sup>749</sup> En l’art. 25, que s’estudiarà amb detall posteriorment, no utilitza com a criteri la nacionalitat de les persones jurídiques. No obstant això, el terme es continua usant en l’àmbit jurídic, tot i que la doctrina té clar que “il problema del cumulo di leggi nella disciplina di un ente associativo non può risolversi attraverso il ricorso alla categoria della ‘nazionalità’ dell’ente per ragioni piú radicali (...)” M.V. BENEDETTELLI, “Art. 25”, V.A., *Le nuove leggi civili commentate. Riforma del sistema italiano di Diritto internazionale privato*, Cedam, 1996, pàg. 1128 i ss.

<sup>750</sup> En vigor a partir de l’1 d’octubre de 2004. En el seu capítol X, dedicat a les persones jurídiques, en l’article 110, disposa que la persona jurídica es regirà pel dret de l’Estat d’on es trobi situat l’establiment principal des de la seva constitució. Deixa entrada a un reenviament, de manera que si el dret estranger designa el dret per l’Estat en virtut del qual la persona jurídica ha estat constituïda, serà el dret d’aquest Estat l’aplicable. Seguidament estableix les matèries concretes que quedaran subjectes al dret aplicable a la persona jurídica, que són: l’existència i la naturalesa jurídica de la persona jurídica; el nom o raó social; la constitució, dissolució i la liquidació; la capacitat de la persona jurídica; la composició, els poders i funcionament dels seus òrgans; les relacions internes entre associats o membres així com les relacions entre la persona jurídica i els associats o membres; l’adquisició o la pèrdua de qualitat d’associat o de membre; els drets i obligacions vinculats a les parts o accions del seu exercici; la responsabilitat per violació del dret de societats o dels estatuts; la responsabilitat enfront a tercers dels deutes contractats per als seus òrgans. L’articulat següent regula la transferència de l’establiment principal (art. 112), la fusió (art. 113), dels drets derivats d’una emissió pública (art. 114) i finalment, de l’eficàcia de les decisions judicials estrangers concernents a la validesa, el funcionament, la dissolució o la liquidació de la persona jurídica (art. 115). Dels estudis de la nova llei de DIPr es destaquen: M.M. VERWILGHEN, “Vers un Code belge de droit international privé”, *TCFDIP*, 1998-1999, pàg. 123-168; J.Y. CARLIER, “Le Code belge de droit international privé”, *RCrDIPr*, 2005, n. 94-1, pàg. 11-45; N. WATTÉ, “Le nouveau droit international privé belge. Étude critique des fondements des règles de conflit de lois”, *JDI-Clunet*, 2006, n. 130-2, pàg. 851-927. N. BOUZA; A. QUIÑONES, “Nota sobre el Código de Derecho internacional privado de Bélgica”, *RJC*, 2006-1, pàg. 177-186.

<sup>751</sup> La majoria d’Estats europeus utilitzen la connexió de la ‘nacionalitat’, per contra, el Regne Unit té com a pilar el principi de ‘domicile’, a l’igual que la resta d’Estats de tradició anglosaxona, així com, la Llei de DIPr suïssa. S’adverteix en la segona meitat del segle XX com hi ha una tendència favorable a la connexió ‘domicili’ o ‘residència habitual’, no només aplicable a situacions com els refugiats i els apàtrides, sinó que

## 2.2 La determinació de la llei aplicable a l'estatut personal de les persones jurídiques

Es presenta a continuació, de forma succinta, els dos models principals que s'usen per determinar la *lex societatis* i, per això, ens referirem als models i criteris emprats en relació a les societats mercantils, ja que generalment el seu estudi i fixació en els ordenaments jurídics es refereixen a aquest tipus de persona jurídica<sup>752</sup>. Per altra banda i, abans de continuar, constatem que la doctrina és dispar a l'hora de distingir entre nacionalitat i *lex societatis*, per això, decidim no entrar en aquest debat, i seguim l'exemple del professor F.J. GARCIMARTÍN, que utilitza indistintament els termes, ja que l'un és conseqüència de l'altre, “per nacionalitat d'una societat ha d'entendre's l'ordenament estatal que regeix aquesta societat, això és, la seva *lex societatis*. La nacionalitat ha de veure's com un expedient tècnic del nostre Dret positiu per identificar la *lex societatis* i, conseqüentment, per donar un tractament conflictual a la pluralitat de relacions que naixen d'un contracte de societat”<sup>753</sup>. La determinació de la *lex societatis*, doncs, està en certa mesura condicionada per la concepció contractual o institucional que la persona jurídica adopti<sup>754</sup>.

---

el fenomen de matrimonis mixtes ha propiciat el canvi de connexió, així com, en matèria de protecció dels infants en les Convencions de La Haia que apliquen la connexió de la residència habitual. Per un punt de vista crític a la desús de la nacionalitat com a punt de connexió, vegeu: A. BORRÁS RODRÍGUEZ; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “La loi nationale à l'heure de la réforme du droit international privé espagnol”, *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, pàg. 137-153.

<sup>752</sup> E. RABEL, ja apuntava que per determinar la llei personal, tant a les fundacions com a les associacions *nonprofit*, s'utilitzaven els mateixos criteris que per les *business corporations*. E. RABEL, *The Conflict of Laws. A Comparative Study*, University of Michigan Law School, Vol. II, 2<sup>a</sup> ed., 1960, pàg. 15.

<sup>753</sup> F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El traslado del domicilio social al extranjero. Una visión facilitadora”, *Revista de Derecho de Sociedades*, 2001, n.16, pàg. 108.

<sup>754</sup> Una concepció contractual atorga la mateixa nacionalitat a la persona jurídica que la que ostenten els fundadors, o la que ells escullin lliurement. Una concepció institucional atorga la nacionalitat, segons criteris objectius, el criteri de la constitució i el criteri de la seu real. Segons Y. LOUSSOUARN els diferents criteris per determinar la nacionalitat d'una societat poden ser reagrupats en tres elements: 1) els criteris fonamentats en la noció de contracte, basats en l'autonomia de la voluntat, són: la llibertat d'elecció, el lloc de constitució de la societat, i la versió anglosaxona denominada sistema d'incorporació i el criteri fonamentat en la seu estatutària. 2) els criteris fonamentats en la personalitat dels associats i dels dirigents socials, basat en els aspectes de control. 3) els criteris fonamentats en la personalitat jurídica de la societat, correspon a la concepció institucional, de manera que si bé existeix un contracte que fa nàixer un ens dotat de personalitat jurídica, és la nacionalitat de l'agrupació (de la persona jurídica) qui la determina, mancant l'*ius sanguini*, s'empra l'*ius soli* representat pel domicili, sovint la seu social, però també el centre d'explotació i el centre de decisió. Y. LOUSSOUARN; J.D. BREDIN, *Droit du Commerce International*, Paris, 1969, pàg. 261- 267. El professor GALVÁN enumerava un llistat per determinar la nacionalitat d'una persona jurídica es podia utilitzar: la nacionalitat del país que crea o autoritza la societat; la nacionalitat dels socis; nacionalitat dels directors o gerents; nacionalitat del lloc on ha estat subscrit el capital social; nacionalitat del lloc de constitució; nacionalitat del lloc d'explotació; nacionalitat determinada pel domicili social, entre d'altres. Citat en A. MIAJA DE LA MUELA, *Derecho internacional privado*, vol. II, 10<sup>a</sup> ed., Madrid, 1987, pàg. 115. R. ARENAS, és precís quan no dubta en determinar com a primera decisió a prendre per tal de constituir una persona jurídica, és determinar el Dret que es pretén utilitzar, ja que aquest afectarà en el

En les línies següents es pretén realitzar una visió senzilla, respecte les dues solucions normatives més generals per a la determinació de la nacionalitat/*lex societatis* d'una societat, després de la consulta de diferents obres, anunciem que seguirem en especial la del ja citat F.J. GARCIMARTÍN<sup>755</sup>. Les dues teories normatives més generalitzades per determinar la nacionalitat/*lex societatis* d'una societat, es basen en dos models: a) el model de seu real i, b) el model de constitució.

a) Conforme el **model de seu real** (o seu social), les societats posseeixen la nacionalitat/*lex societatis* de l'Estat en què es localitza la seva seu real, amb independència que s'hagi constituït o no conforme al Dret d'aquest Estat. Quan la seu real i l'Estat de constitució no coincideixen, la societat no es considerarà vàlidament constituïda, i serà qualificada com a societat nul·la, irregular, etc., però en tot cas, subjecte al Dret de l'Estat on tingui la seva seu real. La determinació de la seu real, generalment s'identifica amb l'establiment principal o amb l'administració central o direcció efectiva de la societat.

S'assenyalen com a avantatges de la utilització d'aquest model, en què es protegeixen els interessos dels tercers, ja que assegura l'aplicació del dret de l'Estat més afectat per l'activitat de la societat, i és més fàcil evitar un possible frau dels socis (valor de justícia)<sup>756</sup>. També s'esgrimeix que defuig del "síndrome de Delaware", de manera que evita que les societats o persones jurídiques es constitueixin conforme a la llei que imposa menys exigències<sup>757</sup>.

---

seu funcionament intern, en totes les seves relacions jurídiques internacionals, i al seu règim fiscal. R. ARENAS GARCÍA, "Capítulo 3: Sociedades", FERNÁNDEZ ROZAS, J.C; ARENAS GARCÍA, R.; MIGUEL ASENSIO, DE P.A, *Derecho de los negocios internacionales*, Madrid, 2007, pàg. 171 i ss.

<sup>755</sup> La literatura és molt àmplia i amb classificacions diferents, d'entre les obres consultades ressaltem: T. VIGNAL, *Droit international privé*, Dalloz, 2005, pàg. 433 i ss; M. GÓMEZ JENE, "Las personas jurídicas", A. PALOMA JUNCO (dir.), *Derecho internacional privado*, vol. II, 2ª ed., UNED, 2004, pàg. 45-62; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, "Balance y perspectiva de los sistemas de determinación de la *lex societatis*", *Derecho de sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, Madrid, 2002, vol. I, pàg. 206 i ss; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho de sociedades y conflictos de leyes: una aproximación conflictual*, Madrid, 2002; S. RAMMELOO, *Corporations in Private international Law. A European Perspective*, Oxford, 2001; B. AUDIT, *Droit international privé*, 3ª ed., París, 2000, pàg. 908 i ss; A.L. CALVO CARAVACA, "Art. 9.11CC", *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, t. I, vol. 2, Madrid, 1995, pàg. 483 i ss; Per una perspectiva històrica comparada, A. PILLET, *Personnes morales en droit international privé*, Paris, 1914, pàg. 19-86; E. RABEL, *The Conflict of Laws. A Comparative Study*, University of Michigan Law School, Vol. II, 2ª ed., 1960, pàg. 31-65.

<sup>756</sup> "Il primo, (*principio della sede*), prevalente nel continente europeo, è giustificato in base ad argomenti quali l'interesse decisivo che ha lo Stato della sede per le società inserite nel suo sistema economico e nella sua legislazione sulla concorrenza, operanti a contatto con i suoi sindacati etc." T. BALLARINO, *Manuale breve di Diritto internazionale privato*, Cedam, 2002, pàg. 123.

<sup>757</sup> "Una legislación societaria poco exigente en la fase de constitución combinada con el criterio de la incorporación - el efecto Delaware- puede provocar reacciones xenófobas, en este caso probablemente justificadas, en los Estados vecinos. Un remedio a veces utilizado es el denominado *doing business*: la aplicación de la legislación sobre determinadas materias a todas las sociedades, nacionales o extranjeras,

Aquest criteri és, tanmateix, ambigu, de manera que no és fàcil definir ‘seu real’, ni tampoc localitzar-la. Es pot entendre com a tal la ‘seu estatutària’ (la que consta en els estatuts) i, per tant, tornaria a prevaler l’autonomia de la voluntat dels fundadors, comportant, doncs arbitrarietat i inseguretat. Correspon a la teoria de la seu estatutària, segons la qual s’aplica la llei del país on es fixa el domicili social (França, Portugal). Però també es pot entendre que la seu real és aquella en què la persona jurídica té el seu principal establiment, la seva administració central, o el centre d’exploració (Alemanya, Bèlgica, Romania). Si bé, podria evitar el frau, implica però, la dificultat de determinar en quin país es troba la seva administració central o de direcció, ja que en l’actualitat les empreses poden tenir diferents centres de decisió. A més, aquesta teoria implica que es reconeix la personalitat jurídica d’aquelles societats (persones jurídiques) que no han estat creades segons el Dret de l’Estat on tenen la seva seu real, i això pot impedir la constitució de sucursals, de manera que es limita l’activitat internacional de les societats (comprovarem com aquesta teoria xoca amb la llibertat d’establiment de Dret comunitari)<sup>758</sup>.

b) Per altra banda, hi ha el **model de la constitució** (o model de la incorporació): les societats ostenten la nacionalitat/*lex societatis* de l’Estat segons les lleis pel qual s’ha constituït, tant si s’han inscrit en el registre mercantil o de societats d’aquest Estat – en aquest cas, es parla d’incorporació- com si no – en aquest cas es parla simplement de constitució- amb independència de quin sigui l’Estat on es troba la seu<sup>759</sup>. Es considera, que en els models de constitució la

---

que ejercen su actividad en el interior del Estado.” A.L. CARAVACA, “Art. 9.11CC”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, vol. I, vol. 2, Madrid, 1995, pàg. 485; R. ARENAS GARCÍA, “Capítulo 3: Sociedades”, J.C. FERNÁNDEZ ROZAS; R., ARENAS GARCÍA; P.A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho de los negocios internacionales*, Madrid, 2007, pàg. 178. La doctrina també l’anomena, *law shopping*, així una societat optarà per constituir-se en el país on la legislació sigui flexible, que atribueixi important capacitat jurídica, comportant que desenvolupi la seva activitat econòmica en un segon país, que en realitat era aquell on pretenia actuar des d’un inici però que disposa d’una legislació estricta en les formalitats de constitució. B. LE BARS, “L’établissement international des sociétés”, J. BÉGUIN; M. MENJUCQ (dirs.), *Droit du commerce international*, Paris, 2005, pàg. 280. Vegeu l’anàlisi crític respecte la ‘Delawarització’ del sistema europeu en S. SÁNCHEZ LORENZO, “El derecho de establecimiento secundario de las sociedades ficticias en el ámbito comunitario”, *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol.I, Madrid, 2002, pàg. 464 i ss.

<sup>758</sup> J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, titlla la teoria de la seu com a ‘teoria de protecció’ que evita discriminacions entre les societats nacionals i les estrangeres, quan obliga per igual a totes les que desenvolupen les seves activitats en el fur, i garanteix als socis, creditors i treballadors un tractament homogeni. Aclareix, que la teoria de la seu “no es una teoría del no reconocimiento; simplemente exige que la sociedad que desarrolle su actividad efectiva en el foro adopte una de las formas sociales locales, conocidas por todos”. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Balance y perspectiva de los sistemas de determinación de la *lex societatis*”, *Derecho de sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, Madrid, 2002, vol. I, pàg. 209.

<sup>759</sup> La línia divisòria entre la teoria de la constitució i la d’incorporació és subtil i varia segons la interpretació que se li doni, per exemple, per M.V. BENEDETTELLI: “In realtà il terminie ‘incorporazione’ (o costituzione) presenta in questa materia una certa amiguità potendo indicare sia l’insieme di procedure

localització del domicili estatutari en un Estat no és sinó una forma d'expressar la voluntat dels socis de constituir-se i operar sota el Dret d'aquest Estat<sup>760</sup>. Com avantatges, assenyalar que és un criteri simple, segur i estable, que aporta seguretat jurídica, perquè és fàcil de determinar i té vocació de permanència en el temps, per exemple, els creditors no es veurien afectats per un canvi de seu real a un altre Estat. És un model considerat positiu, perquè possibilita l'actuació de l'autonomia de la voluntat dels socis, ja que seran aquests els que determinaran el dret conforme el qual es vol que es constitueixi la societat, i afavoreix el liberalisme comercial o activitat internacional. Com a inconvenients, el criteri de l'autonomia de la voluntat és susceptible de ser usat fraudulentament de manera que una societat podria constituir-se conforme la llei que ofereixi un tracte especialment favorable als seus interessos (efecte o síndrome Delaware)<sup>761</sup>. Aquesta pràctica podria comportar, a més, una cursa vers la desreglamentació i, correlativament, que es desvirtuï la política legislativa dels Estats i es redueixin les garanties als socis i als creditors (*race to the bottom; cours vers le bas*).

La pluralitat de models ha comportat una batalla doctrinal que cada dia dona fruits, especialment en el marc europeu. Es pot concloure, que hi ha tantes teories, no només com ordenaments jurídics existeixen, sinó també en relació al nombre d'estudiosos. En aquest sentit, R. ARENAS assenyala amb encert, les divergències entre els estudis doctrinals en aquesta matèria que semblen impossibles d'unificar<sup>762</sup>. És important però, deixar constància que no es pot

---

formali coinvolgenti organi pubblici necessarie affinché un ente giuridico venga ad esistenza secondo le valutazioni di un certo ordinamento (è questo il senso della teoria dell'incorporazione' poc'anzi richiamata), sia, più in generale, il fenomeno stesso della produzione da parte di un ordinamento di quel valore concreto che è l'ente giuridico, anche quando tale produzione consegua all'operare 'automatico' di norme generali ed astratte, e quali che siano i criteri (dunque, anche la presenza nel territorio dello Stato della sede amministrativa dell'ente) ai quali tali norme condizionano la propria operatività (è in questo senso più lato che nel corso di questo commento si parla di 'ordinamento di costituzione', o 'di creazione', dell'ente". M.V. BENEDETTELLI, "Art. 25", V.A., *Le nuove leggi civili commentate. Riforma del sistema italiano di Diritto internazionale privato*, Cedam, 1996, pàg. 1120, nota 46. Sovint s'utilitza indistintament sense apreciar la diferència.

<sup>760</sup> "Il secondo, caratteristico del mondo anglosassone ed ispirato dal desiderio di conservare sotto il controllo della legge inglese le attività 'oltramare' delle società commerciali, sostiene che lo statuto personale della società è dato dalla legge del luogo in cui è stata costituita (*incorporated*). In questo luogo essa ha il domicilio (*domicile*), che in linea di principio è unico e non può essere modificato per la sola volontà delle parti. È invece modificabile, e può essere duplice o plurima, la residenza (*residence*), che serve prevalentemente per finalità fiscali e s'identifica con la sede delle direzioni." T. BALLARINO, *Manuale breve di Diritto internazionale privato*, Cedam, 2002, pàg. 123.

<sup>761</sup> Escollir el dret aplicable mitjançant el criteri d'incorporació, podria comportar el síndrome Delaware, que consisteix, com s'ha exposat anteriorment, en que societats (i fundacions) es constitueixen segons el dret de l'Estat de Delaware (EUA) malgrat no exercir-hi cap activitat. Sectors de la doctrina considera que aquesta pràctica pot comportar frau, o incorporacions abusives a l'estranger i, per evitar-ho, es proposa la utilització de normes imperatives. B. AUDIT, *Droit international privé*, 3<sup>a</sup> ed., París, 2000, pàg. 911.

<sup>762</sup> No podem estar més d'acord amb la reflexió que R. ARENAS exposa en relació a l'heterogeneïtat i falta d'unió doctrinal en l'obtenció d'una explicació coherent del DIPr de societats, tant en àmbit espanyol com

apreciar en els ordenaments jurídics cap sistema pur que utilitzi algun dels dos models (o els altres), de manera que en la majoria d'ocasions la realitat són sistemes mixtos, per això, la classificació dels ordenaments jurídics que realitzem a continuació no és axiomàtica<sup>763</sup>. En els ordenaments de França, Bèlgica, Alemanya, Portugal, Àustria i Luxemburg, d'entre d'altres, els criteris d'atribució de la nacionalitat es basen en la seu real, tot i que els criteris per determinar la seu real, varien d'una ordenament a un altre. Per altra banda, al Regne Unit, Irlanda, Dinamarca, Països Baixos, i Suïssa, entre altres, empen el criteri de la constitució o incorporació per un determinat ordenament, sense tenir en compte on es troba la seu real, en aquest supòsit s'acostuma a exigir una seu estatutària en el país conforme al qual es constitueix la persona jurídica. Els ordenaments espanyol i italià es podrien considerar mixtos, tot i que es presentaran les controvèrsies existents en la mateixa doctrina per classificar-les en una o altra teoria<sup>764</sup>.

### 2.3 Trasllat de la seu social i canvi de nacionalitat

El canvi de la nacionalitat d'una persona jurídica pot resultar de dues causes diferents, ens uns supòsits, perquè la persona jurídica modifiqui la connexió que l'unia a un Estat concret, per tant, canviaria voluntàriament de nacionalitat i,

---

europèu, de manera que després d'estudis detallats, cada autor conclou amb la seva pròpia elaboració teòrica, sense un acord en les bases del sistema. "Prácticamente cada uno de los especialistas que se han dedicado a estudiar la problemática internacional de las sociedades ha llegado a su propia y particular construcción del sistema. (...) Cada nueva y laboriosa construcción sucumbe ante la mirada escéptica del resto de miembros de la comunidad científica. Se admira el esfuerzo realizado y el trabajo de síntesis; pero finalmente, cada uno prefiere quedarse con su propia elaboración." R. ARENAS GARCÍA, "Reseña: Garcimartín Alférez, F.L., Derecho de sociedades y conflictos de leyes: una aproximación conflictual, Madrid, 2002, 327 pp.", *REDI*, 2002, pàg. 1104-1110.

<sup>763</sup> Per un estudi comparatiu més acurat: S. RAMMELOO, *Corporations in Private international Law. A European Perspective*, Oxford, 2001, espec. pàg. 95-236. Sorgeixen problemes de coordinació quan en una mateixa norma de conflicte es troben els dos criteris (incorporació i seu real), com assenyalava M.V. BENEDETTELLI, "in particolare, dovrebbe ritenersi ispirato al primo (e non al secondo) di tali criteri un ordinamento che, pur indirizzando la propria disciplina sugli enti giuridici ai soli enti che localizzano la propria sede all'interno del territorio dello Stato imponga poi comunque a tali enti di procedere al deposito del proprio atto costitutivo o ad altri atti formali di 'incorporazione', e in mancanza di tali atti escluda l'applicazione di tutte le norme che compongono tal disciplina (anche di quelle in punto di enti 'irregolari' o 'di fatto', o di 'società preliminari', o di responsabilità di quanti hanno agito in nome e per conto dell'ente)." M.V. BENEDETTELLI, "Art. 25", V.A., *Le nuove leggi civili commentate. Riforma del sistema italiano di Diritto internazionale privato*, Cedam, 1996, pàg. 1120, nota 46.

<sup>764</sup> Un recent estudi de la Comissió europea distingeix, "There are two approaches in the Member States' laws with regard to the applicable company law within the Community: a) the principle of "the place of incorporation", according to which the company is governed by the law of the country where it is incorporated (registered) (DK, IE, NL, UK, MT, SE, CZ, SK, FI, HU,CY), and b) the principle of "the real seat" according to which the company is governed by the law of the country where its headquarters or principle place of business (i.e. head office) are located (BE, DE, ES, FR, LU, PT, EL, LT, PL, EE, NO, AT, SL, LV). Some Member States have adopted a mixed system having the characteristics of both of the above mentioned approaches (IT)." Dels països de seu real, afegeix que en algunes ocasions preveuen certes condicions (FR, EL, ES, PT). COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT, "Impact assessment on the Directive on the cross-border transfer of registered office", SEC (2007) 1707, Comissió Europea, Brussel·les, 12.12.2007, pàg. 9.

conseqüentment, de llei aplicable. En d'altres situacions, la causa és sobrevinguda, per exemple, quan la sobirania d'un Estat canvia i conseqüentment es modifica el seu domini territorial, quedant afectada la nacionalitat de la persona jurídica, sense que intervingui la seva voluntat<sup>765</sup>.

Ens centrem, succintament, en la primera possibilitat, en concret, quan la persona jurídica altera voluntàriament el punt de connexió que la vincula a un determinat ordenament jurídic. La connexió que s'altera és la seu o domicili de l'entitat, que es trasllada a un altre territori diferent del de la seva constitució. Ara bé, cal diferenciar dues situacions distintes, si es trasllada la seu social, entesa aquesta com la real, per tant, el centre de direcció o administració o lloc on es desenvolupin principalment les activitats, o bé, si el que es pretén traslladar és la seu estatutària, és a dir, el domicili social que consta en els estatuts i que figura en el registre. Les respostes jurídiques són distintes, ja que intervenen de nou les dues teories d'adscripció a un ordenament jurídic (model de la seu real o de la incorporació), a més, també varia segons si el supòsit de trasllat és intra o extracomunitari.

Plantegem en primer lloc, les conseqüències que comporta el desplaçament de la seu social, en el dret aplicable (i la nacionalitat). En ocasions, els règims jurídics aplicables exigeixen la liquidació de l'entitat (amb totes les implicacions fiscals que comporta) i constituint-se *ex novo* o adaptant-se a la normativa del país de recepció (amb les despeses de constitució que implica). Amb el conseqüent canvi de nacionalitat i de llei aplicable (model de seu real). Per contra, hi ha ordenament jurídics que admeten el desplaçament de seu social, mantenint la personalitat jurídica, sense necessitat de dissolució i transformació, mantenint la nacionalitat i

---

<sup>765</sup> M. REVILLARD, "Fondations en droit international privé", *Juris Classeur - Droit international*, 5, 2001, pàg. 5. En ocasions la finalitat de la fundació és essencial per evitar la seva dissolució i nova constitució, per exemple, *Cass. 1er civ. 3 juin 1969, Fondation Ivo Racid*, Nota de D. HOLLEAUX, *RCrDIPr*, 1971, pàg. 743-755. En aquest supòsit, entre altres qüestions, es planteja el canvi d'estatut d'una fundació privada a estatal, i la competència d'aquesta fundació d'exercir drets (execució d'una sentència iugoslava en territori francès). Finalment, el tribunal comprèn que la fundació de 1947 ha succeït les accions de què era titular l'anterior fundació (1929) perquè la finalitat fundacional és la mateixa, malgrat haver canviat el seu estatut, no havia canviat de personalitat perquè simplement s'havia adaptat a la nova normativa iugoslava. Respecte la titularitat de l'Estat de la fundació, el tribunal francès estima que no hi havia hagut acció fraudulenta per part de l'Estat. Un altra supòsit, el de la *Firme et Fondation Carl Zeiss d'Heidenheim c. Firme et Fondation Carl Zeiss d'iéna. Cour d'appel de Paris (1er ch.), 9 juillet 1975, RCrDIPr*, 1977, pàg. 86-103. Sobre la nacionalització de dues firmes dependents d'una fundació (Carl Zeiss) per l'Alemanya de l'Est, en què no es reconeixia la continuïtat de la firma ni del seu nom comercial, per part dels tribunals francesos per ser contrari a l'ordre públic internacional francès. Sí que es reconeixia en territori francès el dret a utilitzar el nom comercial de la fundació reconstituïda a l'Alemanya de l'oest pels anteriors dirigents de la fundació originària, que per determinades circumstàncies desplacen la seva seu per ordenança governamental. *CA Paris, 9 juillet, 1975, Fondation Zeiss, RCrDIPr*, 1977, 86, Nota T. TRÈVES, i en el *JDI-Clunet*, 1976, 112, Nota de P. KHAN.



el dret rector al seu estatut personal (model de la incorporació). Ambdues solucions no són fàcilment conjuminables.

Per la majoria de la doctrina francesa, la qual es basa en el mateix criteri de la seu real per determinar la nacionalitat de la societat així com per determinar la llei aplicable, el canvi de seu, implicaria necessàriament el canvi de nacionalitat i per tant, de llei aplicable<sup>766</sup>. Un altre sector doctrinal, per contra, admetria la transferència de la seu social, advocant pel manteniment de la personalitat encara que hi hagi desplaçament transfronterer i canvi de nacionalitat, sempre complint unes condicions<sup>767</sup>. La doctrina i la jurisprudència que permet aquesta solució de manteniment de la personalitat jurídica en cas de desplaçament de seu social ho subjecten, sovint, a unes condicions que V. SIMONART resumeix:

- a) El desplaçament de la seu ha hagut de ser decidit conforme la llei del país d'origen.
- b) Només es podrà transferir la seu en un Estat que conegui aquesta forma de persona jurídica.
- c) La persona jurídica haurà de respectar les formalitats imposades pel país de recepció per la constitució i el funcionalment de les persones jurídiques. Implica, la modificació dels seus estatuts o el registre.

---

<sup>766</sup> Els defensors d'aquesta teoria estan encapçalats per la doctrina francesa com són P. LAGARDE i M.M. HAMEL, que estimaven que la personalitat jurídica atorgada a una societat per una llei orgànica no podia ser vàlida en un territori estranger. Ho exemplificaven amb la impossibilitat de la continuïtat de la personalitat jurídica en el cas d'una societat col·lectiva francesa que pretengués transformar-se en una "partnership" anglosaxona que està mancada de personalitat jurídica. "Aussi ce que l'on désigne communément par changement de nationalité c'est en réalité le transfert du siège social d'un pays dans un autre" Y. LOUSSOUARN, "La condition des personnes morales en droit international privé", *RCADI*, 1959-I, pàg. 490-493. Caldria distingir, en dret societari, si el canvi de localització de la seu social es realitza per simple transferència transfronterera de la seu, o bé si la transferència es realitza arrel d'una fusió. Vegeu: B. LE BARS, "L'établissement international des sociétés", J. BÉGUIN; M. MENJUCQ (dirs.), *Droit du commerce international*, Paris, 2005, pàg. 290-294.

<sup>767</sup> V. SIMONART, *La personnalité moral en droit privé comparé*, Brussel·les, 1995, pàg. 396 i ss. Per exemple, l'art. 25.3 Llei de DIPr italiana, fixa les condicions en base a les quals es pot transferir una seu estatutària a un altre Estat i la fusió d'ens amb seu en Estats diversos, caldrà executar tals actes segons les lleis dels Estats interessats i la *lex societatis*. S'entén que la societat perd la nacionalitat italiana i s'extingirà la societat. Comporta problemes respecte la *lex societatis* que s'ha d'aplicar en virtut de l'art. 25.2, i per això, la jurisprudència italiana entén que no es podria transformar en un tipus societari no contemplat en l'ordenament italià. G. CIAN; A. TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice civile, Diritto internazionale privato e Diritto societario prima della riforma*, Cedam, 2004, pàg. 54. Segons T. BALLARINO, el principi d'incorporació al que Itàlia s'ha adherit, comporta que el canvi de seu administrativa no implica el canvi en el seu estatut personal. Indica, però, que sembla improbable que es transfereixi la seu estatutària, tal i com indica l'art. 25.3. Cal diferenciar: a) si el canvi de seu estatutària es fa cap a Itàlia, no cal liquidació i nova constitució, només cal complir les condicions del dret estranger (si cal el control que es preveu per les societats que estableixen a Itàlia la seu administrativa); b) quan la societat italiana canvia la seva seu: cal atendre a les normes dels dos Estats interessats. T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, 3ª ed., 1999, pàg. 366; 370 i ss. Vegeu: M.V. BENEDETTELLI, "Art. 25", V.A., *Le nuove leggi civili commentate. Riforma del sistema italiano di Diritto internazionale privato*, Cedam, 1996, pàg. 1139-1143.

- d) La modificació dels estatuts no podrà ser utilitzada per modificar els caràcters essencials de la societat, com la forma o la responsabilitat dels seus membres.
- e) En cap cas, el desplaçament pot tenir per objecte un frau de llei<sup>768</sup>.

Aquesta darrera tesi és la dominant en el model de constitució o incorporació, que troba la justificació en la vessant econòmica, ja que evitant la dissolució de la persona jurídica, generalment societats, s'eviten perjudicis econòmics<sup>769</sup>.

En concret respecte les fundacions, en general es preveu que per efectuar un canvi d'ubicació de la seu, amb les implicacions que comporta, ha de ser permès pels mateixos estatuts constitutius de la fundació. Així mateix, es prendria la decisió en el si del Patronat o Consell de direcció i, en moltes ocasions, es preveu la supervisió per part de l'Administració pública. Acomplerts aquests requisits, si la fundació ha de dissoldre's o no, dependrà de les normatives implicades, la llei de l'Estat d'origen i la llei de l'Estat de recepció, segons si segueixen la teoria de seu real o de la incorporació<sup>770</sup>

És important la determinació de la llei competent que haurà de regir la transferència de la seu social. No hi ha una solució sistemàtica que ens condueixi a aplicar la llei de l'Estat on es troba la nova seu, o la llei de l'Estat on es trobava la seu originària. Haurà de complir les condicions d'ambdues lleis ja que són les implicades en el trasllat, parlariem de distribució de lleis<sup>771</sup>. La diversitat de

---

<sup>768</sup> V. SIMONART, *La personnalité morale en droit privé comparé*, Brussel·les, 1995, pàg. 392-393.

<sup>769</sup> En la legislació holandesa, en aplicació de la teoria d'incorporació admeten que el canvi de situació de la seu d'una societat o persona jurídica no altera la llei aplicable i per això no es troba expressament previst legalment. Només es regula en la Llei de 13 d'octubre de 1994, el canvi de seu en casos molt particulars, com serien, de guerra, revolució armada, i situacions extraordinàries (art. 1.2).

<sup>770</sup> En l'ordenament jurídic espanyol no es prohibeix en cap llei el canvi de seu, J.L. LACRUZ BERDEJO reflexiona al respecte: "El Cc. no prohibeix que una persona jurídica estrangera canviï de nacionalitat, adquirint l'espanyola, però en exigir que la persona de nacionalitat espanyola es constitueixi a Espanya, fa molt difícil la simple conversió d'una societat estrangera en espanyola sense nova adquisició de personalitat i per tant pèrdua de l'anterior: en les associacions i fundacions això pareix estructuralment inviable" J.L. LACRUZ BERDEJO et al., *Elementos de derecho civil I. Parte General de Derecho civil. Personas*, vol. II, 1990, pàg. 279. En l'ordenament francès malgrat que es preveu que seria l'assemblea general extraordinària per majoria qualificada la que permet el canvi de seu, segons l'art. 225-97 del Codi de comerç francès, el mateix precepte exigeix que hi hagi amb el país d'acollida un conveni internacional que ho prevegi, i la realitat és que no existeix cap conveni en aquest sentit. Per això, per canviar de seu, d'una societat o d'un altre tipus de persona jurídica, s'exigeix l'acord per unanimitat. Per altra banda, una societat estrangera que traslladi la seu a França, es reconeix la seva personalitat, i haurà d'adaptar els seus estatuts a les exigències de la legislació francesa, com seria el seu registre. A. COURET, "Les sociétés en droit international et européen", J. BÉGUIN; M. MENJUCQ (dirs.), *Droit du commerce international*, Paris, 2005, pàg. 181-182.

<sup>771</sup> Es pot parlar de dos passos en l'operació de transferència de seu encara que estiguin units en el temps. Per una banda la pèrdua de la seu social en el país d'origen, per altra banda, l'adquisició de la seu social en el país d'acollida, adquisició que suposa adaptar els seus estatuts a la llei del país. Segons LOUSSOUARN i BREDIN, "no es pot perdre de vista aquesta dualitat, ja que són aquesta doble sèrie de condicions

critèris utilitzats per part dels ordenaments jurídics, poden comportar conflictes positius, de manera que una mateixa persona jurídica podria ser considerada nacional de més d'un Estat, en conseqüència, es pretendria aplicar dues lleis personals.

#### **2.4 L'exclusió de la nacionalitat de les persones jurídiques en el Dret comunitari europeu: llibertat d'establiment i trasllat de seu social**

En el marc de la Comunitat Europea, el canvi de seu de les societats, ha estat una matèria de cabdal importància. Ja en l'article 220 c) del Tractat constitutiu de la Comunitat Econòmica Europea, disposava que els Estats membres havien de fer les negociacions necessàries per al manteniment de la personalitat jurídica de les societats en el cas de transferència de seu d'un país a un altre, basant-se en fonaments econòmics<sup>772</sup>. L'estudi de D. SANCHO VILLA, exposa que la dualitat de models (de la seu real i de la incorporació) amb les seves variants, comporta, en alguns ordenaments el canvi de la nacionalitat de la societat i de llei aplicable (transferència de dret) i en d'altres, la transferència que determina el manteniment de la nacionalitat de la societat, de manera que no suposa un canvi de la llei aplicable (transferència de fet)<sup>773</sup>. La transferència de la seu real, per tant, del centre d'administració o d'explotació, no hauria de topiar amb entrebancs de reconeixement de la personalitat jurídica, mantenint-se el dret aplicable a l'estatut personal, tal i com es desprèn de la jurisprudència del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees.

---

acomplertes les que produiran efecte a la transferència". Y. LOUSSOUARN; J.D. BREDIN, *Droit du Commerce International*, Paris, 1969, pàg. 300. Vegue l'estudi de P. BLANCO-MORALES LIMONES, *La transferencia internacional de sede social*, Pamplona, 1997.

<sup>772</sup> L'opinió per la qual la transformació de la forma jurídica o la transferència de seu social comporta la dissolució de la persona jurídica inicial, i la creació d'una nova persona jurídica, sembla allunyar-se de la realitat econòmica, ja que de fet la mateixa empresa continua. V. SIMONART, *La personnalité moral en droit privé comparé*, Brussel·les, 1995, pàg. 402. Vegeu el llistat de raons que es podrien esgrimir a favor de la llibertat de trasllat de seu estatutària en el mercat interior europeu, d'entre les quals, destaquem la cerca de jurisdiccions eficients, per exemple a Dinamarca un procediment en un litigi contractual es pot allargar a 190 dies, mentre que en d'altres sistemes judicials es podria estendre a tres anys. COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT, "Impact assessment on the Directive on the cross-border transfer of registered office", SEC (2007) 1707, Comissió Europea, Brussel·les, 12.12.2007, pàg. 19.

<sup>773</sup> El trasllat de la seu social (òrgans de direcció o centre d'explotació) d'una societat entre Estats que segueixen el model d'incorporació, no implica el canvi de llei aplicable (ni de la nacionalitat) de la societat (p.ex. societat amb seu social al Regne Unit que es trasllada als Països Baixos), mentre que si aquesta mateixa societat es trasllada a un Estat que contempla el model de seu real, requerirà la seva adaptació legal i registre en l'Estat de recepció (p.ex. del Regne Unit a França). De la mateixa manera, succeeix quan el trasllat és entre dos Estats de seu real, que requerirà la nova constitució de la societat, ja que s'exigeix la localització en el mateix Estat la seu estatutària i també la seu d'administració (p.ex. de França a Bèlgica). I en tots els casos implica un canvi de llei aplicable a la societat, el trasllat de seu estatutària. Vegeu l'estudi acurat, entre d'altres, D. SANCHO VILLA, *La transferencia internacional de la sede social en el espacio europeo*, Madrid, 2001. Així mateix, el quadre explicatiu, COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT, "Impact assessment on the Directive on the cross-border transfer of registered office", SEC (2007) 1707, Comissió Europea, Brussel·les, 12.12.2007, pàg. 9-10.

La matèria ha estat àmpliament estudiada, per això, a títol de resum, apuntem, per una banda, que el legislador comunitari ha enterrat definitivament la connexió de nacionalitat en les persones jurídiques<sup>774</sup>. Y. LOUSSOUARN ja ho plantejava l'any 1959, “en quina mesura esdevé útil dir que una societat té la nacionalitat alemanya, italiana o francesa?”. En aquella Europa dels sis, l'autor distingia segons si la qüestió era un conflicte de lleis, en aquest cas caldria continuar utilitzant la determinació de la nacionalitat de les societats per tal de descobrir si la societat havia d'estar regida per la llei alemanya o la francesa. En aquells moments no era Estat membre Anglaterra, de manera que coincidien els sis Estats membres en la teoria de la seu real, per tant, no cabia el criteri de la incorporació. L'altre qüestió era la del gaudiment dels drets i, en aquest cas, sí que el Tractat de Roma havia estat explícit en desestimar el criteri de nacionalitat de les societats:

“El tractat ha de comportar en les relacions entre els Estats membres la supressió de la societat nacional i la societat estrangera en el sentit habitual del terme. En el terreny del gaudiment de drets, la finalitat buscada pel tractat és que les societats belgues, alemanyes, luxemburgueses gaudeixin dels mateixos drets que els de la societat francesa a França i viceversa especialment pel que fa a la llibertat d'establiment i els seus corol·laris.”<sup>775</sup>

Per tant, ja no caldria preocupar-se més respecte la condició d'estrangeria d'una societat, ja que s'hauria de dispensar el mateix tracte a totes les societats. El problema apareixia pel fet que les normes domèstiques estan legitimades a preveure qualsevol de les tres connexions per determinar la llei personal (seu social, administració central o centre d'activitat principal) situació que va propiciar la intervenció del Tribunal de Justícia Europeu interpretant en reiterades ocasions la llibertat d'establiment de l'art. 48 TCE.

Sense aprofundir en una matèria que ha estat llargament estudiada per la doctrina, ens limitem a un succint recordatori jurisprudencial<sup>776</sup>. L'any 1988 es dicta la

---

<sup>774</sup> En el tractat constitutiu de la Comunitat Europea (TCE), l'art. 43 TCE es refereix als ‘nacionals d'un Estat membre’ en relació a les persones físiques, en canvi, en relació a les societats i persones jurídiques en l'art. 48 TCE, no empra la nacionalitat com a nexa sinó que es refereix a les societats constituïdes de conformitat amb la legislació d'un Estat membre que tingui la seva seu social, administració central o centre d'activitat principal dins de la Comunitat, quedant equiparades a les persones físiques nacionals dels Estats membres. Per tant, el legislador comunitari enterra definitivament la connexió nacionalitat i, a priori, atenent el principi de no discriminació gaudeixen de la llibertat d'establiment les empreses vàlidament constituïdes segons la normativa d'un Estat membre.

<sup>775</sup> Y. LOUSSOUARN, “La condition des personnes morales en droit international privé”, *RCADI*, 1959-I, pàg. 484-489.

<sup>776</sup> Vegeu, entre molts d'altres, els estudis més recents en llengua castellana: S. PRATS JANÉ, *Evolución del derecho societario europeo. Situación actual y análisis jurisprudencial desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado*, Abecedario editorial, 2007; CALVO CARAVACA, A.L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Sociedades

sentència coneguda com *Daily Mail and General Trust*<sup>777</sup> que inicia el debat sobre l'abast de l'art. 48 TCE, i que aposta per l'exclusió del reconeixement de societats automàtic entre Estats membres, de manera que cada Estat tindria competència legislativa per determinar el procediment de reconeixement de la personalitat jurídica de les societats, apostant pel criteri de la seu real o efectiva. Onze anys després, la sentència *Centros*<sup>778</sup>, en relació a l'activitat d'una societat constituïda en un Estat membre a través d'una sucursal establerta en un altre Estat membre, fa un gir copernicà en la seva opinió, i decideix que el model compatible amb l'art. 48 TCE, és el de la teoria de la constitució o incorporació. Es fonamenta en el fet que la llibertat d'establiment comprèn el reconeixement de societats sense que les legislacions domèstiques puguin obstaculitzar tal llibertat amb l'exigència de requisits per al seu reconeixement. Per tant, se li atribuiria a l'art. 48 TCE caràcter conflictual, i la llibertat d'establiment implicaria el reconeixement mutu de les societats que s'haguessin constituït conforme el Dret d'un Estat membre, i que tingués la seva seu real en algun Estat membre, sense que hagin de coincidir ambdós circumstàncies. Poc després, el TJCE en la sentència *Überseering BV*<sup>779</sup>, confirma que una societat constituïda conforme la legislació d'un Estat membre en el territori del qual es troba el seu domicili social estatutari exerceixi la llibertat d'establiment en un altre Estat membre, aquest està obligat a reconèixer la seva capacitat jurídica i, per tant la seva capacitat processal de la societat en conformitat amb el Dret del seu Estat de constitució. En la sentència *Inspire Art*<sup>780</sup>, es considera contrària als principis informadors del TCE la regulació holandesa que obligava a les empreses constituïdes per un ordenament jurídic d'un altre Estat membre, dur el qualificatiu "d'estrangeres". Segons la sentència només s'acceptaria que s'obstaculitzés l'exercici de les llibertats garantides pel Tractat les mesures nacionals que reunissin quatre requisits: que s'apliqués de forma no discriminatòria; estar justificades per raons imperioses d'interès general;

---

mercantiles: libertad de establecimiento y conflicto de leyes en la Unión Europea", *Revista de Derecho de Sociedades*, 2007, n. 28, pàg. 59-100; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "La libertad de establecimiento y el reconocimiento de los tipos societarios extranjeros: una revisión de la jurisprudencia del TJCE", *Noticias de la Unión Europea*, n. 252, 2006, pàg. 131-142; J.A. GARCÍA LÓPEZ, "Libertad de establecimiento y derecho de sociedades en el ordenamiento jurídico comunitario: ¿otra vuelta a la tuerca? El caso Sevic", *La Ley: Unión Europea*, n. 6411, 31 de gener de 2006.

<sup>777</sup> STJCE de 27 de setembre de 1988, *Daily Mail*, assumpte C-81/87. Enfronta el Tresor públic britànic amb la societat *Daily Mail and General Trust PLC*, la qual, pretenia transferir la seva seu de direcció als Països Baixos per evitar tributar a Anglaterra. Per això l'agència tributària anglesa va denegar l'autorització de transferència de la seu fiscal de la societat. El tribunal europeu resol en aquesta ocasió que els art. 43 i 48 TCE (actuals) no confereixen cap dret a una societat a transferir la seva seu a un altre Estat membre.

<sup>778</sup> STJCE de 9 de març de 1999, *Centros*, assumpte C-212/97.

<sup>779</sup> STJCE de 5 de novembre de 2002, *Überseering BV*, assumpte C-208/00.

<sup>780</sup> STJCE de 30 de setembre de 2003, *Inspire Art*, assumpte C-167/01.

ser adequades per a garantir la realització de l'objectiu que persegueixen i no anar més enllà del necessari per aconseguir tal objectiu. En el cas, la norma holandesa no reunia aquests requisits. Per últim, la sentència *Sevic*<sup>781</sup>, sobre la denegació d'una inscripció en el Registre mercantil per part d'un tribunal alemany d'una fusió entre societats amb seu social a Alemanya i a Luxemburg; el TJCE s'oposa en virtut dels articles 43 i 48 TCE, "a què en un Estat membre, la inscripció en el Registre mercantil nacional de la fusió per dissolució sense liquidació d'una societat i per transmissió universal del seu patrimoni a una a una altra societat es denegui de manera general quan una de les dues societats tingui el seu domicili social en un altre Estat membre, mentre que una inscripció d'aquest tipus és possible, respectant certs requisits, quan les dues societats que participen en la fusió tenen el seu domicili social en el territori del primer estat membre".

No són poques les veus que s'han posicionat en contra de la jurisprudència del TJCE, bàsicament part de la doctrina dels països seguidors de la teoria de la seu real. Qualifiquen la solució exposada per la jurisprudència europea com d'excessivament lliberal o de *laissez faire*, en la mesura que aquesta permet a les persones constituïdes en societat a escollir lliurement la seva llei aplicable, sense l'exigència de cap vinculació real<sup>782</sup>. La possibilitat d'escollir el dret aplicable, '*law shopping*' no es considera com activitat fraudulenta per part del TJCE i, per tant, cal concebre una definició pròpiament comunitari, però resulta difícil determinar un abús de dret si no és relacionant-ho amb un dret nacional<sup>783</sup>. No obstant les

---

<sup>781</sup> STJCE de 13 de desembre de 2005, *Sevic Systems*, assumpte C-411/03.

<sup>782</sup> T. VIGNAL, *Droit international privé*, Dalloz, 2005, pàg. 437; 440. Afageix l'avertència: "Elle est susceptible en outre d'avoir un grave effet pervers, qui serait une harmonisation des règles européennes en matière de constitution de sociétés dans le sens le plus laxiste, car on voit mal comment les États membres pourraient maintenir des dispositions contraignantes pour les sociétés qui les respectent et ne se livrent pas à des fraudes; ces dernières pourraient à bon droit se plaindre d'une discrimination à l'envers, contraire a droit communautaire. (...) En outre, la question de l'éventuelle application des lois de police montre à nouveau le redoutable effet pervers que risque d'avoir cette jurisprudence. Nul ne conteste en effet qu'une société régulièrement constituée dans un pays et y exerçant ses activités est tenue de respecter les règles impératives de la loi en cause. À bien lire les arrêts de la Cour de justice, il semble qu'il suffit de constituer une société dans un autre État, même si elle n'y exerce aucune activité réelle, pour échapper à l'application de ces règles. Partant, deux sociétés exerçant la même activité dans le même État peuvent se trouver soumises à des règles différentes suivant leur lieu de constitution. Cela constitue une discrimination à rebours tout à fait choquante, et il serait souhaitable que la Cour de justice permette aux États au moins de prévenir plus efficacement ce type de comportement."

<sup>783</sup> Sentència *Inspire Art*, apartat 138: "el hecho de que un nacional de un Estado miembro que quiere crear una sociedad elija constituir la en otro Estado miembro cuyas normas de Derecho de sociedades le parezcan las menos rigurosas y abra posteriormente sucursales en otros Estados miembros es inherente al ejercicio, dentro de un mercado único, de la libertad de establecimiento garantizada por el Tratado." De nou cal determinar quina llei seria l'aplicable per decidir si hi ha frau, la llei de la seu real, o la lex societatis? Per tant, segons la teoria usada, s'aplicarà un dret nacional o un altre per determinar el frau. B. LE BARS, "L'établissement international des sociétés", J. BÉGUIN; M. MENJUCQ (dirs.), *Droit du commerce international*, Paris, 2005, pàg. 286 i ss.

veus crítiques que esgrimeixen abús de dret generat per la interpretació del Tribunal de Justícia, l'Advocat General, Sr. M. POIARES MADURO, considera que no sempre és possible basar-se amb èxit en el dret d'establiment per establir una companyia nominalment en un altre Estat membre amb l'únic objectiu d'eludir el seu propi Dret nacional de societats. Cita per reforçar l'argumentació, la Sentència *Cadbury Schweppes*, en què el Tribunal de Justícia reitera que “la circumstància que (una) societat s'hagi constituït en un Estat membre amb la finalitat de beneficiar-se d'una legislació més favorable no és, per si sola, suficient per arribar a la conclusió que existeix un ús abusiu de (la llibertat d'establiment)”, ja que els Estats membres poden adoptar mesures per a prevenir “els muntatges purament artificials, mancats de realitat econòmica”, l'objecte del qual sigui eludir l'aplicació de la legislació nacional. Conclou l'Advocat General: “En particular, el dret d'establiment no impedeix als Estats membres que es protegeixin enfront de societats ‘fantasma’ o ‘pantalla’. Al meu parer, això representa una matisació significativa de les sentències *Centros* i *Inspire Art*, així com una reafirmació de la jurisprudència constant sobre el principi d'abús del Dret comunitari, encara que el Tribunal de Justícia continua utilitzant el concepte d'abús amb considerable moderació –i obra correctament”<sup>784</sup>.

En tots aquests casos, com assenyala A. BORRÁS, la qüestió era saber si la llibertat d'establiment dels articles 43 i 48 TCE s'oposaven o no, a l'aplicació de les normes de conflicte en vigor en un Estat membre en matèria de transferència de seu social o bé, a l'activitat d'una societat en un altre Estat membre<sup>785</sup>. Efectivament, aquesta no és una qüestió pacífica, i que es reobre en el cas *Cartesio*<sup>786</sup>, en què es planteja una qüestió prejudicial en relació a la sol·licitud de trasllat d'una societat constituïda a Hongria per Dret hongarès i inscrita en el seu Registre Mercantil, que desitja traslladar el seu domicili social a un altre Estat membre de la Unió Europea (Itàlia) continuant, però, estant registrada a Hongria, de forma que el seu estatut legal continuï regulat pel Dret hongarès. En les conclusions de l'Advocat General, Sr. M. POIARES MADURO, engloba la llibertat

---

<sup>784</sup> Conclusions de l'Advocat General, Sr. M. POIARES MADURO, de 22 de maig de 2008, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, assumpte C-210/06, apartat 29. Vegeu: Sentència TJCE de 12 de setembre de 2006, *Cadbury Schweppes*, assumpte C-196/04, apartats 37, 51 a 55, 68; Conclusions de l'Advocat General, sr. M. POIARES MADURO, de la Sentència de 21 de febrer de 2006, *Halifax i altres*, assumpte C-255/02.

<sup>785</sup> A. BORRÁS, “Le droit international privé communautaire: réalités, problèmes et perspectives d'avenir”, *RCADI*, vol. 317, 2005, pàg. 379 i ss. Vegeu també les consideracions de T. BALLARINO, “Les règles de conflit sur les sociétés commerciales à l'épreuve du droit communautaire d'établissement. Remarques sur deux arrêts récents de la Cour de justice des Communautés européennes”, *RCADI*, 2003-3, pàg. 373-402.

<sup>786</sup> Conclusions de l'Advocat General, Sr. M. POIARES MADURO, de 22 de maig de 2008, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, assumpte C-210/06. *Vid.* nota posterior en el mateix apartat.

d'establiment, tant en la prohibició de restriccions de les lleis nacionals en "l'entrada" en el seu territori de societats estrangeres (comunitàries) resolt per la trilogia *Centros-Überseering-Inspire Art*, de les restriccions "de sortida" de les societats 'nacionals' imposades per la pròpia legislació estatal, reprenent el cas *Daily Mail and General Trust*.

Les darreres sentències consoliden una única interpretació, i aquesta seria que les societats constituïdes correctament sota un ordenament jurídic d'un Estat membre poden establir-se i actuar en un altre Estat membre diferent, amb condició d'igualtat de tracte que les societats nacionals, sense necessitat d'un procediment de reconeixement, ja que aquest ha de ser automàtic, i sense exigències administratives o legals diferents de les que s'apliquen a les societats nacionals<sup>787</sup>. Per tant, actualment, es reconeix la llibertat de mobilitat de les societats, sense que se'ls puguin aplicar criteris discriminatoris en el seu reconeixement que les diferenciï com a estrangeres. No és agosarat doncs, advertir, que si bé en algunes regulacions domèstiques persisteix la connexió de 'nacionalitat' per a les persones jurídiques, en àmbit europeu, aquests qualificatiu és contrari a la llibertat d'establiment i al principi de no discriminació, consegüentment, inaplicable com a criteri per determinar la llei aplicable<sup>788</sup>. Per tant, en àmbit comunitari europeu, les societats constituïdes segons l'ordenament d'un Estat membre, no tindrien nacionalitat, ni haurien de ser-li d'aplicació normatives d'estrangeria societària, sinó que se li mantindria la llei aplicable (la de la seva constitució) en les qüestions del seu estatut personal.

En relació a la transferència de la seu estatutària, aquesta no és possible sense que es modifiqui la llei rectora de l'entitat, implicant l'aplicació de les normatives de

---

<sup>787</sup> Conclou GARCIMARTÍN ALFÉREZ, que la darrera jurisprudència del TJCE implicaria la incompatibilitat del criteri de seu real que fa coincidir llei de constitució (per tant, dret aplicable) d'un Estat amb la situació de la seu efectiva, amb l'art. 48 TCE. F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "La libertad de establecimiento y el reconocimiento de los tipos societarios extranjeros: una revisión de la jurisprudencia del TJCE", *Noticias de la Unión Europea*, n. 252, 2006, pàg. 131-142.

<sup>788</sup> Ens assembla interessant l'explicació de B. LECOURT (2000): "il est permis de considérer que les groupements constitués dans l'Union européenne ont une identité hybride. Les groupements à identité nationale se verraient conférer, par l'effet de la coordination des règles constitutives, une identité européenne. Quant aux groupements à identité européenne, ils auraient également une identité nationale en raison de leur nécessaire rattachement à la législation d'un État membre. Chacun des groupements aurait par conséquent une double identité, l'une apparente, l'autre implicite", citat per B. LE BARS, "L'établissement international des sociétés", J. BÉGUIN; M. MENJUCQ (dirs.), *Droit du commerce international*, Paris, 2005, pàg. 281. R. ARENAS, refusa "l'artificial distinció entre normativa relativa al reconeixement de les societats estrangeres i normativa d'estrangeria societària". El problema del reconeixement societari hauria sorgit com una limitació a l'activitat de les societats estrangeres en el territori del fur, essent la teoria de la seu una construcció relacionada amb el fenomen del reconeixement i, per tant, amb el de les normes d'estrangeria societària. R. ARENAS GARCÍA, *Registro mercantil y Derecho del comercio internacional*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000, pàg. 147.



l'Estat d'origen i de l'Estat de destinació de la societat<sup>789</sup>. En aquest context, el Grup d'Experts en Dret societari va recomanar a la Comissió l'adopció d'una Directiva sobre trasllat de seu estatutària (2002), proposta que s'introduïa en el Pla d'acció per modernitzar el dret de societats de la Unió Europea (2003). Finalment, la catorzena Directiva era inclosa en l'Agenda de Lisboa (2005) moment en què es va dur a terme una consulta general respecte la viabilitat de la Directiva. El resultat del conegut estudi sobre l'impacte que suposaria l'aplicació, o no, d'una Directiva sobre transferència de seu estatutària (2007)<sup>790</sup>, ha fet optar a la Comissió europea per la seva no regulació, aturant doncs els treballs que duia a terme en aquest sentit la DG de Mercat interior i serveis.

Per tant, mentre no s'estableixi una regulació comunitària sobre les operacions de transferència de domicili social, continuaran subsint els obstacles legals i fiscals, de manera que la societat que pretengui desplaçar la seva seu estatutària d'un Estat membre a un altre, haurà de respectar les condicions establertes en els diferents ordenaments implicats, la de l'Estat de sortida i les de l'Estat de recepció, i les normes fiscals corresponents. Davant d'aquest panorama, sembla ser un avantatge evident, utilitzar la possibilitat que ofereixen els Reglaments sobre Societat Anònima Europea i el de la Societat Cooperativa Europea, els quals possibiliten el canvi de seu, sense menester dissolució i nova constitució, tot i que a la pràctica, no s'ha utilitzat en gaires ocasions<sup>791</sup>. Així mateix, l'opció que s'afegirà en aplicació de la Directiva sobre fusió transfronterera de societats de

---

<sup>789</sup> Vegeu l'aclaridor estudi, R. ARENAS GARCÍA, "Capítulo 3: Sociedades", J.C. FERNÁNDEZ ROZAS; R. ARENAS GARCÍA; P.A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho de los negocios internacionales*, Madrid, 2007, pàg. 211-217.

<sup>790</sup> L'estudi és complet, descriu cronològicament els passos que s'han dut a terme en aquesta matèria, la importància de la jurisprudència del TJCE, i emet valoracions de les conseqüències que tindria l'aprovació de la directiva de trasllat de seu, així com d'un Estatut de societat privada, i analitza la situació vigent. COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT, "Impact assessment on the Directive on the cross-border transfer of registered office", SEC (2007) 1707, Comissió Europea, Brussel·les, 12.12.2007.

<sup>791</sup> Les dades disponibles al 2007, mostren que només set Societat Europees han traslladat la seva seu estatutària d'una seixantena de SE. El Reglament de Societat Europea (núm. 2157/2001), tal i com assenyala G. PALAO MORENO, té com a un dels seus actius principals la possibilitat que el trasllat de seu s'efectuï amb el manteniment de la seva personalitat jurídica, tot i que es modificaria la seva llei personal, sense ser necessària la seva dissolució. G. PALAO MORENO, *El Traslado del domicilio social de la Sociedad Anónima Europea*, Thomson Aranzadi, 2006. La Comissió europea és coneixedora del fet que les societats ja constituïdes, no poden transferir la seva seu estatutària; "This results from the lack of recognition in the EU of the right to move a registered office between the Member States for all companies." Per això, proposen l'ús de la SE o de la SCE, tot i que aquesta possibilitat es limita a un nombre determinat de societats, ja que en relació a les SE es precisa d'un capital mínim de 120.000 euros. En definitiva: "Concluding, it appears from the above considerations that currently the only realistic possibility for existing companies to carry out the transfer of the registered office is to wind up the company in the home Member State and create a new company in the host Member State. Such operation involves substantial costs, including administrative burden, time, financial, social and tax costs. (...)" COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT, "Impact assessment on the Directive on the cross-border transfer of registered office", SEC (2007) 1707, Comissió Europea, Brussel·les, 12.12.2007, pàg. 12.

capital<sup>792</sup>, i el possible Reglament sobre la Societat Privada Europea<sup>793</sup>, semblen haver estat els arguments de més pes per deixar apartada, de moment, una possible Directiva en matèria de transferència intracomunitària de domicili<sup>794</sup>.

El discurs presentat en relació a les societats, sobre la llibertat d'establiment i el manteniment de la llei aplicable, hauria de poder ser traslladat a la resta de persones jurídiques constituïdes legalment per un ordenament jurídic d'un Estat membre, essent possible la mobilitat de persones jurídiques en el si de la Unió Europea. Però, com s'exposarà llargament en la tercera part de l'estudi, l'art. 48 TCE delimita el tipus de societats i persones jurídiques a qui són d'aplicació la llibertat d'establiment, delimitació que exclouria, en una primera lectura, a les fundacions. Com a conclusió, no definitiva, diríem que les fundacions constituïdes per un ordenament jurídic europeu, disposen de nacionalitat que servirà per determinar el dret aplicable, havent-se de reconèixer, i restant sotmeses a les normes d'estrangeria que els Estats membres disposin en la seva normativa interna, sense tenir en compte si s'usen o no criteris de discriminació. Davant d'aquesta situació, es concep com una proposta ideal, la regulació de l'Estatut de Fundació europea, que possibilitaria no només el reconeixement automàtic de la fundació (ja que no seria considerada estrangera) possibilitant la seva actuació en tot el territori comunitari sense entrebancs jurídics o administratius, sinó també, per l'opció de traslladar el seu domicili o fusionar-se, sense necessitat de liquidació i nova constitució.

---

<sup>792</sup> Vegeu la Directiva 2005/56/CE del Parlament Europeu i del Consell de 26 d'octubre 2005 relativa a les fusions transfrontereres de societats de capital (DOUE L310, 25.11.2005).

<sup>793</sup> Introduïda com a proposta en el *Company Law Action Plan* (2003), cobriria les petites i mitjanes empreses. Es preveu la proposta de reglament per a mitjans de 2008. Vegeu una inicial proposta, *Report with recommendations to the Comisión on the european private company statute, European Parliament*, (A6-0434/2006) de 29.11.2006.

<sup>794</sup> S'està a l'espera de la resolució de la petició prejudicial plantejada per el Szegedi Ítéltőháza el 5 de mayo de 2006, *Cartesio Oktató és Szolgáltató Bt.*, assumpte C-210/06 (DOUE 15.7.2006). A part de les qüestions de competència per presentar la qüestió prejudicial, es planteja en relació a la sol·licitud de trasllat d'una societat constituïda a Hongria per Dret hongarès i inscrita en el seu Registre Mercantil, que desitja traslladar el seu domicili social a un altre Estat membre de la Unió Europea (Itàlia) continuant, però, estant registrada a Hongria, de forma que el seu estatut legal continuï regulat pel Dret hongarès. La quarta qüestió prejudicial es refereix al dret d'establiment, resumidament: si és matèria de competència del Dret comunitari invocant directament els arts. 43 i 48 TCE; si es pot supeditar el canvi de domicili a algun tipus de requisit o d'autorització per part de l'Estat membre d'origen o del Estat membre d'acollida, o bé, aquestes exigències serien incompatibles amb el Dret comunitari. En les Conclusions de l'Advocat General, Sr. M. POIARES MADURO, de 22 de maig de 2008, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, assumpte C-210/06, que obra la capsa dels trons, quan engloba la llibertat d'establiment, tant en la prohibició de restriccions de les lleis nacionals en "l'entrada" en el seu territori de societats estrangeres (comunitàries) result per la trilogia *Centros-Überseering-Inspire Art*, de les restriccions "de sortida" de les societats "nacionals" imposades per la pròpia legislació estatal, representen el cas *Daily Mail and General Trust*. Conclou: "Los artículos 43 CE y 48 CE se oponen a una normativa nacional que imposibilita que una sociedad constituida con arreglo a su Derecho nacional traslade su domicilio a otro Estado miembro".

## 2.5 Tenen nacionalitat els *charitable trusts*?

El *trust* no té personalitat jurídica perquè no és una persona jurídica, conseqüentment no es realitza la *fiction iuris* d'atorgar-li nacionalitat<sup>795</sup>. Tanmateix, en els processos de qualificació realitzat per ordenaments de Dret civil, respecte els *purpose trusts*, es generalitza l'analogia amb entitats amb personalitat jurídica, com és en el cas de la fundació, i s'aplica la norma de conflicte reservada a les persones jurídiques. Així, és possible que s'apliqui una norma de conflicte adreçada a determinar la llei aplicable a una persona jurídica-fundació en un ordenament civil en el supòsit d'un *charitable trust*. En aquests casos, la norma de conflicte pot usar com a punt de connexió la nacionalitat o bé, el domicili. Si s'usa la connexió 'nacionalitat' seran les normes internes de l'ordenament del fur les que s'empraran per determinar la nacionalitat d'una persona jurídica i, per extensió, a un *charitable trust*. En general, en aquest cas, la resposta serà aplicar la llei del lloc de l'administració del *charitable trust* (sovint el domicili del *trustee*) o la llei segons la qual s'ha constituït vàlidament el *trust* (teoria de la incorporació o constitució). Malgrat que sorprèn aquesta utilització d'una norma de conflicte destinada a persones jurídiques a una figura jurídica que no en té, cal apuntar que és l'única solució possible mentre no hi hagi una norma *ad hoc* que expressament estableixi una norma de conflicte en matèria de *trust* en els ordenaments que no disposen d'una regulació específica del *trust*<sup>796</sup>.

Per altra banda, si atenem als sistemes del *common law*, que si disposen de normes de conflicte aplicables al *trust*, comprovem que efectivament no fan la *fiction iuris* de què el *trust* disposa de nacionalitat. Tanmateix, les connexions que utilitzen són, en essència, les mateixes, que en els sistemes de Dret civil s'utilitzen per determinar la nacionalitat a les persones jurídiques. Així, un *charitable trust* generalment es confirma la seva validesa segons la llei de l'Estat on es troba la seva administració, la llei de l'Estat del domicili del testador o del *settlor*, o la llei de l'Estat en el qual el *trust* hi té situats el seus béns reals<sup>797</sup>. Aquests criteris

---

<sup>795</sup> De fet, la utilització de la nacionalitat com a punt de connexió és molt poc usual en dret anglosaxó. Per determinar la llei aplicable, la connexió més utilitzada és 'domicile', tant en matèria de família com de *property law*.

<sup>796</sup> *Vid.* part I, cap. I, apartats 2.2.2.1 i 2.2.2.2.

<sup>797</sup> G.T. BOGERT, "Trusts and conflict of laws problems", *Trusts*, (6<sup>a</sup> ed.), 1987, pàg. 733 i 671 i ss. Quan un *trust* està en contacte amb altres Estats, se l'anomena com 'multistate' *trust*. "These contacts may include the domicile of the settlor or testator at the time of creation of the trust or execution of the will, the testator's domicile at death, the trustee's domicile, the respective domiciles of the beneficiaries (...). It will usually be relevant to consider any intention expressed by the settlor or testator as to the law to govern the validity, construction or administration of the trust." Es determina la 'jurisdiction', generalment "court has jurisdiction to adjudicate by reason of its relationship to the trust (...) requires a state's minimum contact with the parties or their property in order to possess local power to exercise authority through its

establerts per la jurisprudència nord-americana, no difereixen en massa dels que contempla el *Conveni de La Haia de 1985 d'1 de juliol de 1985, sobre la llei aplicable al trust i el seu reconeixement*, i que actualment es considera la norma on es troba regulat el dret internacional privat sobre *trusts* dels Estats del *common law* següents: Austràlia, Canadà, Regne Unit i Irlanda del Nord<sup>798</sup>. Sens perjudici de les explicacions que es realitzaran sobre aquest Conveni posteriorment, avancem que disposa com a llei aplicable, aquella que hagi estat escollida pel *settlor* (autonomia de la voluntat) i en absència d'aquesta, estableix una connexió flexible 'la llei més estretament vinculada'. A continuació preveu els criteris que serviran a l'operador jurídic per determinar la llei més estretament vinculada, i que serà la llei: a) el lloc de l'administració del *trust* designat pel constituent; b) el lloc on es trobin situats els béns del *trust*; c) el lloc on resideixi o exerceixi les seves activitats el *trustee*; d) els objectius del *trust* i els llocs on hagin de complir-se.

La llei que resultaria aplicable regula les següents qüestions: constitució, efectes i administració del *trust*. En consonància amb l'explicació realitzada en línies precedents, coincidiria, més o menys, amb el que s'ha definit com 'estatut personal' de la persona jurídica. Comprovem doncs, que no difereix substancialment la determinació de la llei aplicable i les qüestions que aquesta regula d'un *trust*, respecte la d'una persona jurídica de dret civil. En aquest darrer cas es realitza la *fiction iuris* que la persona jurídica disposa de nacionalitat, i els criteris per determinar aquesta coincideixen amb els que directament són utilitzables per determinar la llei aplicable a una relació jurídica sense personalitat com és el *trust* i, més concretament, un *charitable trust*, sempre i quan no l'hagi escollit prèviament el constituent.

---

court". Ser competent jurisdiccionalment implica l'aplicació de la 'full faith and credit to recognition and enforcement in sister states'. S'analitza la 'characterization', i per això, s'examina les previsions del *trust* i les intencions del *settlor* o testador, normalment el tribunal exerceix aquesta interpretació segons les seves pròpies normes, "probably the single most important type of characterization in the choice of law process is the court's classification of the basic issue presented to it in terms of the 'validity', 'construction' or 'administration' of the trust". Arrel de la qualificació es determina la llei aplicable 'choice of law', per això, hi ha un *Restatement of Conflict of Laws, Second* (1971) que dedica el capítol 10, als principis relacionats amb el *trust* i en normes dels estats federals (statutes). En algunes de les regulacions estatals, s'estableix que si la *charity* és una *corporation* la llei aplicable serà la llei de l'Estat de la seva incorporació.

<sup>798</sup> P. BIRKS (ed.), *English private law*, vol. II, Oxford, 2000, pàg. 793 i ss.

## CAPÍTOL II

### LA COMPETÈNCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN MATÈRIA DE FUNDACIONS

#### 1. COMPETÈNCIA JUDICIAL INTERNACIONAL: DRET AUTÒNOM I DRET CONVENCIONAL

Les operacions contractuals, la prestació de serveis o actuacions econòmiques internacionals protagonitzades per fundacions, o simplement en el procediment de constitució d'una entitat d'aquest tipus amb element d'estrangeria, comporta, inevitablement, que sorgeixin controvèrsies que s'han de resoldre davant d'una jurisdicció judicial, o bé, mitjançant un conveni arbitral o sistemes alternatius de resolució de conflictes. Només estudiarem la primera possibilitat, per tant, la qüestió a resoldre seria la determinació del tribunal internacionalment competent.

Coexisteixen diferents motius pels quals una fundació pot acudir a un tribunal, que es poden dividir en dues categories: en primer lloc, les causes relacionades amb la pròpia entitat, ens referim als problemes jurídics que poden sorgir respecte la seva constitució, validesa, nul·litat, funcionament intern de presa de decisions dels òrgans de direcció; i un segon grup, de qüestions intrínseques a les seves relacions amb tercers, que en resum seria la matèria contractual en totes les vessants possibles i, per tant, les qüestions de responsabilitat contractual i, en el seu cas, les obligacions extracontractuals. Ens ocuparem de la primera categoria, és a dir, les controvèrsies relacionades amb l'existència i funcionament de la fundació i, no entrarem en el segon grup, ja que per això, seria necessari atendre a les normes en general aplicables per determinar la competència judicial internacional en cada matèria concreta.

Es presentaran a continuació, succintament, algunes normes autònomes europees de DIPr, després es comprovarà que no existeix un conveni internacional multilateral dedicat en exclusiva a la determinació del fur competent en matèria de dret societari o de persones jurídiques en general. Finalment, centrarem la nostra atenció en les normes emanades de les institucions comunitàries les quals desplacen les normes de producció interna estatal.

##### **1.1 Normes domèstiques per determinar la competència judicial internacional en relació a les fundacions: la importància del domicili**

La transcendència del domicili en relació a les persones jurídiques explica que les normes que les regulen continguin precisions entorn a la seva determinació a

través de varietat de criteris. Tal i com assenyala LL. PUIG I FERRIOL, és important la funció identificadora del domicili, ja que si no fos per aquest resultaria impossible localitzar materialment la persona. Cal, però, segons el mateix autor, que les persones jurídiques tinguin un únic domicili atesa la finalitat identificadora, però sense que això impliqui la impossibilitat de crear, a més d'un domicili, altres locals, establiments o delegacions que es considerin adients per a la consecució de les finalitats que persegueix la persona jurídica<sup>799</sup>. Pel que fa a les fundacions, el domicili és en realitat un domicili legal, per F. CAPILLA RONCERO, “partint del substrat de la personificació és el conjunt d'elements patrimonials destinats a un fi d'interès general, el domicili d'aquesta implica la creació legal d'una ubicació física necessària com a punt de referència espacial de les relacions jurídiques imputades a la fundació”<sup>800</sup>. El domicili és usat en les normes de Dret internacional privat per atribuir la competència judicial internacional, com veurem a continuació a través d'alguns exemples normatius.

En **Dret internacional privat espanyol**, el criteri bàsic per determinar la competència dels tribunals espanyols en matèria de fundacions, rauria, precisament, en el domicili. La norma és general per a les persones jurídiques, prevista com a competència exclusiva dels jutjats i tribunals espanyols, en l'art. 22.2 *Ley Orgánica del Poder Judicial* (LOPJ). Segons la seva lletra, seran competents els tribunals o jutjats espanyols en matèria de constitució, validesa, nul·litat o dissolució de les societats o persones jurídiques que tinguin el seu domicili en territori espanyol, així també, respecte els assumptes que tinguin per objecte els acords i decisions dels seus òrgans. No seria d'aplicació però, en les causes que es plantegin entre la societat i els seus socis, o entre la persona jurídica i tercers, ni demandes de responsabilitat civil enfront als administradors o liquidadors de l'entitat.

Aquest precepte, tot i que al·ludeix al domicili, no el defineix i, per això, podríem acudir a la norma general prevista en l'art. 41 CCEsp<sup>801</sup>. Però en l'ordenament

---

<sup>799</sup> LL. PUIG I FERRIOL “Persones jurídiques”, LL. PUIG I FERRIOL; E. ROCA I TRIAS, *Institucions del dret civil de Catalunya. Dret de la persona i dret de família*, vol. II, Tirant lo Blanch, València, 1998, pàg. 243 i ss.

<sup>800</sup> F. CAPILLA RONCERO, *La persona jurídica. Funciones y disfunciones*, Tecnos, 1984, pàg. 80.

<sup>801</sup> Recordem que l'art. 41 CCEsp disposa que el domicili d'una persona jurídica serà el previst en els seus estatuts i, en el seu defecte, s'entendrà que és el del lloc en què es trobi establerta la seva representació legal o bé, on exerceixi les seves principals funcions. Puntualitza PUIG I FERRIOL, que “(...) aquesta llibertat avui en dia no és absoluta, sinó que normalment s'exigeix una vinculació de la persona jurídica amb el lloc on vol establir el seu domicili”. LL. PUIG I FERRIOL “Persones jurídiques”, LL. PUIG I FERRIOL; E. ROCA I TRIAS, *Institucions del dret civil de Catalunya. Dret de la persona i dret de família*, vol. II, Tirant lo Blanch, València, 1998, pàg. 243. En el projecte de *Código civil español de 19 de mayo de 1869*, en el seu article 47 indicava: “El domicilio de las corporaciones, establecimientos y asociaciones reconocidas por la ley es el lugar donde está situada su dirección o administración, salvo lo que dispusieren sus

jurídic espanyol, es disposa d'una norma específica sobre el domicili de les fundacions (art. 6 LF 50/2002). Segons aquest article, el domicili de la fundació es trobarà necessàriament situat a Espanya, quan la fundació desenvolupi principalment les seves activitat en territori espanyol i, el domicili que constarà en els estatuts, haurà de coincidir en el del lloc on es trobi la seu del Patronat, o bé, en el lloc on es desenvolupin principalment les seves activitats. En relació a la competència territorial, seran competents els Tribunals de Primera Instància del domicili de la fundació per conèixer de qualsevol assumpte d'ordre civil (43.3 LF 50/2002).

Són conegudes les regles exorbitants de competència del **Dret internacional privat francès**, previstes en els arts. 14 i 15 CCFr. Aquestes institueixen un privilegi de jurisdicció en benefici del francès demandant o demandat, sigui persona física o jurídica, establint com a criteri atributiu de competència que tingui el seu domicili, o la seva seu social a França. Ambdós articles són mostra de 'nacionalisme judicial' i desconfiança envers als tribunals estrangers, que recordem, la normativa europea ha exclòs expressament<sup>802</sup>. En matèria societària, la doctrina considera que s'aplica la '*jurisprudence des gares principales*' que permet atribuir la competència als tribunals francesos quan la societat demandada tingui un establiment a França amb la condició que el litigi estigui vinculat amb l'establiment<sup>803</sup>.

La **Llei de DIPr italiana** de 1995 s'ocupa en el títol II de la '*Giurisdizione italiana*'<sup>804</sup>. En concret, en l'art. 3 primer apartat, hi ha la norma general que preveu com a competent la jurisdicció italiana quan el demandat estigui domiciliat

---

estatutos o leyes especiales". C. MALUQUER DE MOTES, *La fundación como persona jurídica en la codificación civil: de vinculación a persona (Estudio de un proceso)*, Barcelona, 1983, pàg. 206.

<sup>802</sup> P. MAYER, *Droit international privé*, Montchrestien, 6<sup>a</sup> ed., 1998, pàg. 189-194; B. AUDIT, *Droit international privé*, 3<sup>a</sup> ed., París, 2000, pàg. 315 i ss. T. VIGNAL, *Droit international privé*, Dalloz, 2005, pàg. 295; 300. Puntualitza però, que la regulació europea substitueix el privilegi de la nacionalitat francesa, no per un privilegi de nacionalitat europea, sinó per un veritable privilegi de domicili. Veurem però, com si és possible aplicar els furs exorbitants en combinació amb la normativa europea, ens remetem a l'explicació del cas: "*Fundació Solomon R. Guggenheim v. Consorts Helion-Rumney*". *Vid.* part II, cap. II, apartat 2.2.

<sup>803</sup> Per contra, aquesta regla no s'aplica en favor del demandant. Així, una societat demandant no pot atribuir la competència a un tribunal on es situa una sucursal que no tingui ni el domicili ni la residència coneguda, aquesta s'hauria de dirigir davant del tribunal de la seva pròpia seu social. Per una aproximació completa a la regulació de la competència judicial francesa: M. MENJUCQ, "Le droit judiciaire des litiges du commerce international", J. BÉGUIN; M. MENJUCQ (dirs.), *Droit du commerce international*, París, 2005, pàg. 701-740, espec. 709.

<sup>804</sup> Anterior a la reforma del 1995, prevalia com a criteri la nacionalitat del demandat "se questo era straniero occorreva ricercare gli elementi che giustificavano la sua sottoposizione al potere dei giudici italiani. Ora l'attenzione si è portata sugli *elementi della controversia* che possono determinare, quando questa ha carattere di internazionalità (...)". Vegeu la regulació anterior: T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, 3<sup>a</sup> ed., 1999, pàg. 104 i ss.

o sigui resident a Itàlia o hi hagi un representant que estigui autoritzat a estar en judici<sup>805</sup>. El fur del domicili o de la residència han de ser determinats en base a la norma italiana, ja que és una norma de dret processal, la qual s'ha d'interpretar segons la *lex fori*. En l'anterior normativa no s'inclouïa la definició de domicili de les persones jurídiques, per això, era comunament acceptat interpretar els articles de manera extensiva o anàloga, al domicili de les persones físiques que en les persones jurídiques, correspondria a la seu principal<sup>806</sup>. Per a les persones jurídiques, l'art. 46 CCIIt, el domicili es considera que és el lloc on es troba la seva seu. Pel cas que no coincideixi la seu estatutària (art. 16 CCIIt) o la seu registral i la seu real, els tercers poden considerar com a seu també la seu real. Clarament, i tal i com preveu el redactat de la norma, és una mesura per no deixar sense protecció al tercer.

També és essencial el domicili per determinar la jurisdicció competent en el **Dret internacional privat holandès**. Acudim al Codi de procediment civil (*Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*), que disposa com a norma general d'atribució de competència als tribunals holandesos, el domicili o residència del demandat. Concorren de forma alternativa altres furs, en concret, en matèria de persones jurídiques, l'art. 105 del Codi de procediment civil, preveu que en els assumptes relatius a la dissolució de persones jurídiques, la validesa o invalidesa de les deliberacions de les persones jurídiques, i els drets i obligacions dels socis, també és competent el jutge del lloc de residència o del lloc d'establiment de la persona jurídica o societat. La determinació del domicili es troba en el Codi civil, llibre primer, en concret respecte les persones jurídiques s'entén que el domicili es troba en la seu de la incorporació (art. 10 BW).

En l'**ordenament anglès**, la *Charities Act 1993* establí un principi de territorialitat segons el qual sotmet les *charities* al control de la *High Court*, així mateix es reproduïx en l'actual *Charities Act 2006*<sup>807</sup>. Segons la jurisprudència la

---

<sup>805</sup> Aquest criteri general, concorre amb els criteris o furs especials resultants del reenviament que preveu el mateix art. 3 en el segon apartat al Conveni de Brussel·les de 1968, i les successives modificacions en vigor per Itàlia. G. CIAN; A. TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice civile, Diritto internazionale privato e Diritto societario prima della riforma*, Cedam, 2004, pàg. 10-15.

<sup>806</sup> El demandat tindrà el domicili a Itàlia si es tracta d'una persona que hi tingui establert la seu principal dels propis negocis o interessos (art. 43.1 CCIIt.), i la residència si es tracta d'una persona que té a Itàlia el propi domicili (art. 43.2 CCIIt.). Segons T. Ballarino, no es justifica l'exclusió de la definició en el fet que la competència judicial en matèria patrimonial es regiria pel Conveni de Brussel·les de 1968. T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, 3<sup>a</sup> ed., 1999, pàg. 107 i ss.

<sup>807</sup> Part. 1 *Charities Act 2006* "For the purposes of the law of England and Wales, "charity" means an institution which (a) is established for charitable purposes only, and (b) falls to be subject to the control of the High Court in the exercise of its jurisdiction with respect to charities". L. COLLINS (ed.), *Dacey and Morris on The Conflict of Laws*, vol. II, 13<sup>a</sup> ed., London, 2000, pàg. 1094-1095. "The English courts will not



*High Court*, no tindria jurisdicció respecte les institucions constituïdes fora d'Anglaterra i el País de Gal·les, malgrat que aquestes duguin a terme activitats en aquests territoris i hi tinguin els seus actius o patrimonis. Aquesta exclusió es realitza sense tenir en compte l'estructura legal de la *charity*. Si la institució és un *trust* que és *charitable*, la *High Court* podria teòricament tenir jurisdicció sobre els *trustees* si aquests es troben a Anglaterra i Gal·les, encara que el patrimoni es trobi fora, però, en qualsevol cas, la jurisdicció es troba limitada ja que no podria preveure el marc estatutari o règim respecte *trusts* estrangers<sup>808</sup>. En canvi, sí que disposa de jurisdicció respecte les *charities* establertes a Anglaterra i Gal·les (*English charity*) i que desenvolupen els seus *purposes* a l'exterior. Si en un testament el causant disposa la donació de patrimoni a *trustees* a l'estranger per a *charitable purposes*, la *High Court* tindria competència per investigar si els *trustees* accepten o no el *trust*, però no disposaria de la capacitat per establir el seu règim<sup>809</sup>.

Malgrat la quasi unanimitat en determinar el tribunal competent a través del domicili de la fundació, sorgeixen inevitablement diferències respecte les regles que atribueixen la qualificació de domicili. Així doncs, els ordenaments defineixen el domicili en base a criteris diferents: lloc de la incorporació; lloc d'explotació; lloc de situació dels òrgans de direcció, etc. Conseqüentment, és fàcil que sorgeixin conflictes positius de competència quan s'utilitza el domicili de la fundació per determinar el tribunal competent. Menys habituals són els casos de competència negativa, ja que per la pròpia naturalesa dels actes de constitució d'una fundació, és gairebé impossible que no es pugui determinar un tribunal vinculat a la fundació.

---

administer a foreign charity under the supervision of the court, nor will they settle a scheme for such a charity. It is clear that the court cannot effectively control trustees who will probably have to hold property outside England, and, if it appointed trustees for a charity both without England, the English trustees would have difficulty in controlling their co-trustees. In these circumstances the court, in the case of a charitable bequest for foreign beneficiaries, will consider whether the purpose is one which can legally be carried out in the foreign country concerned and, if so, will order payment to the trustees appointed. It will not normally settle a scheme for the administration of such a charity, though it may authorise application to a suitable foreign court to frame such a scheme. On the other hand, if the foreign objects of an English charitable trust fail, the court may direct an application of the trust funds *cy-près*."

<sup>808</sup> En la *Civil Jurisdiction and Judgements Act 1982*, la connexió utilitzada per determinar el tribunal competent en matèria de *trust* seria, en principi, el 'domicile' del *trustee*. "Under the Act, a trustee may be sued not only in the country of his own domicile but also in courts of the United Kingdom or a part thereof if the system of law of a part of the United Kingdom is the system of law with which the trust has its closest and most real connection (s.45). For these purposes it is immaterial what is the proper law of the trust or what is the location of the trust assets; if the trust property is in England, the transfer of these assets to a new set of trustees can be effected by order *in rem*, but if they are abroad the court can make an *in personam* order requiring existing trustees to resign and to vest the trust assets in new trustees." Respecte les persones jurídiques, en dret anglès, "the domicile of a corporation is in the country under whose law it is incorporated". L. COLLINS (ed.), *Dicey and Morris on The Conflict of Laws*, vol. II, 13<sup>a</sup> ed., London, 2000, pàg. 1095; 1101.

<sup>809</sup> P. LUXTON, *The law of charities*, Oxford, 2001, pàg. 484.

## 1.2 Dret convencional: la introducció de l'autonomia de la voluntat per escollir el fur competent

En dret convencional, existeixen distints convenis bilaterals en matèria de competència judicial internacional, i alguns de multilaterals, d'aquests darrers destacaríem el Conveni de Brussel·les de 1968 i el de Lugano de 1988<sup>810</sup>. El primer, ja no és d'aplicació perquè s'ha substituït pel Reglament 44/2001, mentre que el Conveni de Lugano ha estat recentment modificat<sup>811</sup>. No els analitzarem, centrant-nos, posteriorment, en el Reglament 44/2001, el qual s'inspira en el pioner Conveni de Brussel·les de 1968.

Per altra banda, no existeix cap Conveni multilateral que prevegi expressament la competència judicial internacional respecte les persones jurídiques, ni tan sols, cap intent fallit com sí que existeixen en matèria de reconeixement o de llei aplicable a persones jurídiques. Mereix però, la nostra atenció, un dels convenis més recents elaborat per la Conferència de La Haia, ens referim al Conveni de La Haia de 30 de juny de 2005 sobre acords d'elecció de fur. S'aplica, únicament en relació als litigis referents a activitats econòmiques que, segons el preàmbul del Conveni, “proporcioni seguretat i assegurí l'eficàcia dels acords exclusius d'elecció de fur entre les parts en operacions comercials i que reguli el

---

<sup>810</sup> Conveni relatiu a la competència judicial i a l'execució de resolucions judicials en matèria civil i mercantil, fet a Brussel·les el 27 de setembre de 1968 (a partir d'ara, Conveni de Brussel·les de 1968) (DOCE, C 27, 26.1.1998) va entrar en vigor l'1 de febrer de 1973. Informe explicatiu JENARD (DOCE C 189, 28.7.1990). Paral·lel a aquest Conveni es va aprovar el Conveni relatiu a la competència judicial i a l'execució de resolucions judicials en matèria civil i mercantil, fet a Lugano el 16 de setembre de 1988 (a partir d'ara, Conveni de Lugano 1988). Aquest reproduceix en gran mesura el contingut del Conveni de Brussel·les de 1968, i s'aplica entre els 15 Estats de la UE abans de l'ampliació i els Estats de l'Associació Europea de Lliure Canvi (AELC).

<sup>811</sup> Després dels treballs de revisió del Conveni de Lugano duts a termes durant els darrers anys, finalment es va firmar el 30 d'octubre de 2007. El text es troba disponible a l'Oficina Federal Suïssa de Justícia i al portal del TJCE <[www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu)>. Vegeu: G.A.L. DROZ, “La convention de Lugano parallèle à la convention de Bruxelles concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale”, *RCrDIPr*, 1989, pàg. 1-51. El projecte del programa de revisió del Conveni de Lugano va ser aprovat pel novembre de 1997 (també la revisió del Conveni de Brussel·les). A. BORRÁS (ed.), *La revisión de los convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales: una reflexión preliminar española*, Tarragona, 30-31 de mayo de 1997, Marcial Pons, 1998. Diferents factors, com són: el Tractat d'Amsterdam, la transformació del Conveni de Brussel·les en Reglament, la condició de ‘Conveni paral·lel’ del Conveni de Lugano, i la competència de la comunitat europea en matèria de DIPr, per tant, la comunitarització del DIPr, ha generat diferents controvèrsies que han aturat en diferents ocasions la revisió del Conveni de Lugano, per exemple: “qui d'entre la Communauté ou les Etats membres devait conclure la convention avec les Etats parties à la Convention de Lugano?”. La conclusió del Dictamen del TJCE 1/03, de 7 de febrer de 2006, era clara: el nou Conveni de Lugano és exclusivament competència de la Comunitat europea. Vegeu les crítiques que suscita tal decisió: A. BORRÁS, “Le droit international privé communautaire: réalités, problèmes et perspectives d'avenir”, *RCADI*, vol. 317, 2005, pàg. 481-490. Vegeu: Nota d'A. BORRÁS, *REDI*, 2006-2, pàg. 1107-1110; F. POCAR, (ed), *The external competence of the European Union and private international law: the EC court's opinion on the Lugano Convention : proceedings of the round table held at Milan University on 16 September 2006*, Padova, CEDAM, 2007.

reconeixement i l'execució de resolucions dictades en els procediments basats en aquests acords”<sup>812</sup>. Malgrat que el Conveni disposa que s'aplica a situacions internacionals en matèria civil i comercial, el llistat d'exclusions de l'àmbit d'aplicació és extens, per exemple: el dret de família, successions, procediments d'insolvència, etc. (art. 2), per tant, l'àmbit material d'aplicació del Conveni és contractual. Ens interessa destacar en relació al nostre estudi, que tampoc es podrà realitzar un acord exclusiu d'elecció de fur, respecte la validesa, la nul·litat o la dissolució de persones morals i la validesa de les decisions dels seus òrgans (art. 2.2.m); ni tampoc, respecte la validesa de les inscripcions en els registres públics (art. 2.2.p). Ambdues matèries són les que en general es preveuen com a exclusives en les normatives autònomes, així mateix en el Reglament 44/2001, com veurem en el proper apartat.

Per tant, quan entri en vigor aquest Conveni de La Haia, serà d'aplicació entre els Estats part contractants, respecte les matèries no excloses en què una fundació pugui veure's afectada. Així, una fundació resident<sup>813</sup> en un Estat contractant, podria establir en la redacció del contracte un acord exclusiu d'elecció de fur, determinant com a competent el tribunal d'un Estat contractant o varis tribunals d'Estats contractants, i aquest serà considerat com a exclusiu per a conèixer el

---

<sup>812</sup> Disponible al web de la Conferència de La Haia de DIPr: <www.hcch>, així com el *Rapport explicatif* de TREVOR HARTLEY & MASATO DOGAUCHI, *Édité par le Bureau Permanent de la Conférence*, i la bibliografia citada al respecte. En l'estudi crític de C. KESSEJIAN, considera que el Conveni lluny de ser plenament satisfactori, ja que a part de les llacunes existents, de la seva utilitat pràctica, que seria el més destacable, dependrà en gran mesura “du bon vouloir et de la hauteur de vue des juges appelés à l'appliquer que seul l'avenir pourra dire si le pari est réussi.” C. KESSEJIAN, “La Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur l'élection de for”, *JDI-Clunet*, 2006, pàg. 813-850. A. BORRÁS, “Una nueva etapa en la Conferencia de La Haya de Derecho privado internacional: la elaboración de un convenio sobre competencia judicial y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil”, *Responsa Jurisperitorum Digesta*, Salamanca, 2002, pàg. 45-81; de la mateixa autora: “The 1999 Preliminary Draft Hague Convention on jurisdiction, Recognition and Enforcement of Judgments: Agreements and Disagreements”, *RDIPP*, 2004, n.1, pàg. 5-30; amb el mateix títol, en l'obra col·lectiva de F. POCAR; C. HONORATI, (eds.), *The Hague Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Judgments*, Padova, 2005, pàg. 41-71; ídem, “La XX Sesión de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado”, *REDI*, 2005-1, pàg. 513-520.

<sup>813</sup> Considerem interessant destacar que el Conveni desplaça la utilització de domicili pel de residència, a més, afegeix els criteris per determinar la residència d'una persona jurídica o entitat, possibilitant quatre furs alternatius: la seu estatutària; la de l'Estat segons la llei del qual s'hagi constituït; la de la seva administració central; o del seu establiment principal. Incloent totes les possibilitats exclou possibles confrontacions entre les diferents teories de la determinació de la seu o domicili (art. 4.2 del Conveni). *Rapport explicatif* de TREVOR HARTLEY & MASATO DOGAUCHI, *Édité par le Bureau Permanent de la Conférence*, pàg. 43: “(...) Afin de couvrir tous les points de vue, il a donc été nécessaire d'inclure le siège statutaire, traduit en anglais par « statutory seat ». Cependant, ce terme ne fait pas référence au siège de la personne morale qui résulterait d'une disposition législative (« statute »), mais tel qu'il résulte des statuts, le document comportant la constitution de la société – par exemple, les articles of association (statuts d'une société). En common law, le plus proche équivalent est « registered office ». En pratique, l'État où la personne morale a son siège statutaire sera presque toujours l'État selon la loi duquel elle a été constituée ou formée, alors que l'État où elle a son administration centrale sera généralement celui où elle a son principal établissement.”

litigi sorgit (art. 3)<sup>814</sup>. De moment però, en els Estats de la Unió Europea és d'aplicació el Reglament (CE) 44/2001 del Consell de 22 de desembre de 2000, relatiu a la competència judicial i a l'execució de resolucions judicials en matèria civil i mercantil<sup>815</sup>.

## 2. COMPETÈNCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN DRET COMUNITARI EUROPEU

Conseqüència del Tractat d'Amsterdam de 1997 i de la subsegüent comunitarització del DIPr, s'està construint un veritable Espai Judicial Europeu<sup>816</sup>. Per al seu èxit, és element essencial la cooperació judicial tant en matèria civil com penal, i sobresurt com a pilar bàsic, el principi de reconeixement mutu establert en el Consell de Tampere (1999) reforçat posteriorment en el programa de La Haia (2004). En aquest context, es va transformar el Conveni de Brussel·les de 1968, mitjançant l'art. 65 TCE<sup>817</sup>, en el Reglament (CE) 44/2001 del Consell de 22 de desembre de 2000, relatiu a la

---

<sup>814</sup> Cal complir els requisits de l'àmbit d'aplicació, (art. 1.2), el requisit formal (art. 3.c), l'aplicació temporal (art. 16), i no incórrer en una causa de nul·litat segons el dret de l'Estat designat (art. 5.1).

<sup>815</sup> Si la Comunitat Europea, com a Organització Regional d'Integració Econòmica, que ja és membre de la Conferència de La Haia des del 3 d'abril de 2007, decideix ratificar el Conveni, "elle va empêcher l'application du droit européen dans un grand nombre de cas, alors même que le tribunal élu sera situé sur le territoire de l'Union et que le droit européen est beaucoup plus libéral et favorable à l'autonomie de la volonté". C. KESSEJIAN, "La Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur l'élection de for", *JDI-Clunet*, 2006, pàg. 850. Sorgeix la preocupació, com indica A. BORRÁS, respecte la 'clàusula de desconnexió' o clàusula de compatibilitat amb d'altres convencions internacionals sobre la mateixa matèria (art. 26.6 Conveni). A. BORRÁS, "Le droit international privé communautaire: réalités, problèmes et perspectives d'avenir", *RCADI*, vol. 317, 2005, pàg. 490-494; A. BORRÁS, "Integración regional y ordenamientos plurilegislativos", *El Derecho internacional: normas, hechos y valores. Liber amicorum José Antonio Pastor Ridruejo*, Madrid, 2005, pàg. 661-674. El GEDIP, manifesten la necessitat de preservar la compatibilitat de les regles de dret comunitari sobre competència judicial internacional amb els tractats internacionals i en particular amb els Convenis de la Conferència de La Haia de dret internacional privat. Nota de la Reunió d'Hamburg, del GEDIP, 16.9.2007. Vegeu les reflexions de A. BORRÁS "La Comunidad Europea como miembro de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado", *AEDIPr*, t. VI, 2006, pàg. 1179-1189; ídem, Nota en la *REDI*, 2007,1, pàg. 427-428. En concret, en relació a l'aplicabilitat i compatibilitat del Conveni amb el Reglament en matèria de persones jurídiques, "(...) il pourrait être utile de résumer leur application à l'égard du Règlement de Bruxelles. En cas de conflit de règles en matière de compétence, le Règlement de Bruxelles prévaudra sur la Convention lorsqu'aucune des parties ne réside dans un État contractant qui n'est pas un État membre de la Communauté européenne. Lorsqu'une ou plusieurs des parties sont résidentes d'un État contractant qui n'est pas membre de la Communauté européenne, la Convention prévaudra (...) Il s'ensuit qu'en théorie, une société pourrait être résidente de quatre États. Si l'un d'entre eux est Partie à la Convention de Haye mais n'est pas un État membre de la Communauté européenne, la Convention de La Haye prévaudra sur le Règlement de Bruxelles en ce qui concerne la compétence." *Rapport explicatif* de TREVOR HARTLEY & MASATO DOGAUCHI, *Édité par le Bureau Permanent de la Conférence*, pàg. 26, nota 51.

<sup>816</sup> *Vid.* part I, cap. I, apartat 2.1.

<sup>817</sup> G.A.L. DROZ; H. GAUDEMET-TALLON, "La transformation de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale", *RCrDIPr*, 2001, pàg. 601-652; F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (CE) N. 44/2001. La revisione della Convenzione di Bruxelles de 1968*, Padova, 2003.

competència judicial i a l'execució de resolucions judicials en matèria civil i mercantil (a partir d'ara, Reglament 44/2001 o Reglament Brussel·les I; R. 44/2001 o RBI)<sup>818</sup>. Aquest Reglament, essencialment, reproduïx el que disposava el Conveni de Brussel·les de 1968, el qual ja no és aplicable<sup>819</sup>. Per aquest motiu, basarem el nostre estudi en el Reglament 44/2001, tot i que en ocasions ens referirem al Conveni de Brussel·les i la doctrina i jurisprudència que ha suscitat<sup>820</sup>.

Respecte l'àmbit material d'aplicació del Reglament, aquest comprèn dret civil i mercantil, excloent-se les matèries fiscals, duaneres o administratives, entre d'altres (art. 1). El domicili del demandat és el principal criteri per determinar l'aplicació del Reglament Brussel·les I (art. 3.1), de manera que, les persones domiciliades en un Estat membre només podran ser demandades davant dels tribunals d'un altre Estat membre en virtut de les regles establertes en el mateix Reglament. Així doncs, quan el domicili del demandat es trobi en un Estat membre seria d'aplicació del Reglament 44/2001, ja que obliga al tribunal a examinar d'ofici la seva competència judicial que s'ha de fonamentar en les disposicions del Reglament<sup>821</sup>. S'inclou en la regulació europea tant les persones

---

<sup>818</sup> (DOCE L 012, 16.1.2001; modif. DOCE L 225, 22.8.2002; modif. DOUE L 236, 23.9.2003). Alguns estudis generals: H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe. Règlement n°44/2001, conventions de Bruxelles et de Lugano*, 3 ed., LGDJ, 2002; J.P. BERAUDO, "Le règlement (CE) du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale", *JDI-Chunet*, 2001-4, pàg. 1033-1084.

<sup>819</sup> El Reglament 44/2001 era aplicable entre els Estats membres després de l'Acta relativa a les condicions d'adhesió (2003), menys a Dinamarca. A partir de l'1 de juliol de 2007, però, entra en vigor l'Acord entre la Comunitat Europea i el Regne de Dinamarca relatiu a la competència judicial, el reconeixement i l'execució de les resolucions en matèria civil i mercantil, firmat el 19 d'octubre de 2005, (DOUE, L 300, 17.11.2005).

<sup>820</sup> Els estudis concrets i generals sobre el Conveni de Brussel·les de 1968 han estat molt nombrosos, per això, només referim: G.A.L. DROZ, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le marché commun*, París, Dalloz, 1972; H. GAUDEMET-TALLON, *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano. Compétence internationale, reconnaissance et exécution des jugements en Europe*, París, 2<sup>a</sup> ed., 1996; A.L. CALVO CARAVACA (ed.), *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Madrid, 1994; M. VIRGÓS SORIANO; E. RODRÍGUEZ PINEAU, *Espacio judicial europeo en materia civil y mercantil: jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Aranzadi, 2005; S.M. CARBONE, *Lo spazio giudiziario europeo. Le Convenzioni di Bruxelles e di Lugano*, Torino, 2<sup>a</sup> ed., 1997; F. POCAR, *La Convenzione di Bruxelles sulla giurisdizione e l'esecuzione delle sentenze*, Milano, 3<sup>a</sup> ed., 1995.

<sup>821</sup> Està prevista la revisió del Reglament Brussel·les I, s'espera una proposta en el segon semestre de 2008. El GEDIP en la XVII sessió de treball, a Hamburg, 14-16 de setembre de 2007, en què tenien com a principal tema de treball "Dret internacional privat comunitari i tercers Estats", presenten unes conclusions al respecte. Destaquem els possibles punts que es modificarien: el futur de l'art. 4 del RBI, i la possibilitat d'aplicar certes regles de competència del mateix Reglament a litigis en què el demandat no tingui el seu domicili en territori d'un Estat membre, l'admissió del *forum non conveniens*, i els efectes dels articles 22, 23 i 27 en relació a Estats no membres. Nota d'A. BORRÁS, Sesión XVII del Grupo Europeo de Derecho internacional privado (Hamburgo, 14-16 de septiembre de 2007), *REDI*, 2007, 2, (en premsa). Per altra banda, per al processalista J.A. CUEVILLAS, només seria d'aplicació el R. 44/2001 per atribuir competència jurisdiccional als tribunals d'un Estat membre quan el demandat tingui el seu domicili en un

físiques com les jurídiques. En aquest segon grup, cabrien no només les societats, sinó també les associacions i les fundacions. Primer el Conveni de Brussel·les i després el Reglament 44/2001, no exigeix la finalitat de lucre de la persona jurídica per l'aplicació del Reglament, al contrari del disposat en l'art. 48 TCE<sup>822</sup>.

## 2.1 Fur exclusiu respecte les persones jurídiques i el domicili de la fundació

L'art. 22 del Reglament 44/2001, estableix les competències exclusives que són d'aplicació amb independència del domicili del demandat, donat que la causa s'adscriu a la Comunitat per la pròpia naturalesa del supòsit. Són competències imperatives que impliquen que el jutge designat per aquestes normes sigui l'únic competent<sup>823</sup>. El segon apartat de l'art. 22, preveu que “en matèria de validesa, nul·litat o dissolució de societats i persones jurídiques, així com en matèria de validesa de les decisions dels seus òrgans”, seran competents exclusivament, “els tribunals de l'Estat membre on la societat o persona jurídica estigues domiciliada”<sup>824</sup>. Per tant, quan el litigi versí sobre una qüestió relativa al procés constitutiu

---

Estat membre diferent al del tribunal que coneix l'assumpte. J.A. CUEVILLAS SAYROL, *La competencia jurisdiccional internacional de los tribunales españoles del orden civil*, València, 2006, pàg. 207-208.

<sup>822</sup> R. CARO GÁNDARA, *La competencia judicial internacional en materia de régimen interno de sociedades en el espacio jurídico europeo*, Madrid, 1999, pàg. 85 i ss. A favor de l'aplicació del Conveni de Brussel·les a les fundacions, cita, entre d'altres: G.A.L. Droz; H. Gaudement-Tallon; Informe Jernard. Així mateix, la STJCE de 22 de novembre de 1978, cas *Somafer*.

<sup>823</sup> En l'obra de M. GARDEÑES, considera que les regles de competència que disposa l'art. 22.2 Reglament 44/2001 regulen només la competència per conèixer la qüestió principal del litigi, mentre que la competència per conèixer una qüestió incidental hauria de resoldre's pel Dret processal del fur. Així, seria la llei del fur, i no el Reglament, la que determinaria si la competència per conèixer la qüestió principal englobaria la qüestió incidental o accessòria. M. GARDEÑES SANTIAGO, *Las fundaciones en derecho internacional privado español*, Madrid, Eurolex, 2003, pàg. 125-127. En el mateix sentit, entre d'altres: R. ARENAS GARCÍA, *El control de oficio de la competencia judicial internacional*, Madrid, 1996. En sentit oposat: F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “La competencia judicial internacional en los litigios societarios en aplicación del Convenio de Bruselas. A propósito del ‘caso Torras’ ante los tribunales españoles”, *GJUE*, n. 203, 1999, pàg. 19-30.

<sup>824</sup> L'exclusivitat d'aquest fur és qüestionat per Calvo i Carrascosa, ja que l'art. 22.2 R 44/2001 segueix el criteri alemany de considerar les persones jurídiques com a ens creats per l'Estat, fet que justificaria que només els tribunals d'aquest Estat poden jutjar les qüestions que li afectin. Aquesta tesi seria criticable, perquè les persones jurídiques són realment contractes que comporten la creació d'un ens amb personalitat jurídica. A.L. CALVO CARAVACA; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, v. II, 7a ed., Granada, 2006, pàg. 296. Justifica F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, l'exclusivitat del fur amb tres arguments: interès de la seguretat jurídica prevenint la contradicció de decisions; la vinculació del tribunal competent amb les formalitats associades al contracte de societat (persona jurídica) com és la inscripció registral, publicitat en butlletins, etc., de manera que redueix les despeses d'administració de justícia i garanteix l'efectivitat de les resolucions judicials; garanteix la coincidència *forum-ius*, també reduint les despeses d'administració de justícia i la comissió d'errors en les resolucions, ja que normalment, cada Estat aplica el seu propi Dret a les societats domiciliades en el seu territori. F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “La competencia judicial internacional en los litigios societarios en aplicación del Convenio de Bruselas. A propósito del ‘caso Torras’ ante los tribunales españoles”, *GJUE*, n. 203, 1999, pàg. 21-22. Apuntar que en aquest fur exclusiu el vincle personal per aplicar el Reglament és el domicili de la persona jurídica, amb independència de que la societat o persona jurídica sigui la part demandada en el procés, o no. J.A.

d'una fundació, la validesa de les decisions de l'òrgan de govern de la fundació (patronat) i dels seus administradors (inclouríem la modificació dels estatuts)<sup>825</sup>, així com la seva extinció i liquidació (s'exclouen els procediments d'insolvència), serà competent el tribunal del lloc on estigui domiciliada la fundació. S'inclouria la fusió i la modificació de la persona jurídica, per tant, també en matèria de fundacions com a competència exclusiva, ja que la fusió pot comportar extinció d'una o de les dues fundacions que es fusionen i crear-ne una de nova<sup>826</sup>. Així doncs, un mateix tribunal coneix de totes les qüestions relacionades en el règim intern de la fundació. Estaríem d'acord amb M. GARDEÑES en el fet que la centralització de la competència judicial en un fur únic o exclusiu conduirà a que concorrin *forum* i *ius*, ja que els tribunals de l'Estat exclusivament competent normalment coincidirà amb la llei de l'Estat segons la qual s'ha constituït la fundació. Considera que és un resultat 'desitjable', perquè aquesta jurisdicció serà la més familiaritzada amb la seva pròpia legislació sobre persones jurídiques i conseqüentment la que es trobi en millors condicions per apreciar la regularitat en la seva constitució. A més, s'afegeix com a argument, que serà l'Estat en el qual s'han de complir les formalitats registrals i de publicitat<sup>827</sup>.

El mateix precepte (art. 22.2 R. 44/2001), estableix que per determinar el domicili de la persona jurídica o societat, "el tribunal aplicarà les seves regles de DIPr". Per tant, no disposa d'una definició unitària de domicili, sinó que es remet al DIPr autònom de cada Estat membre (tal i com preveu respecte el domicili de les persones físiques). El principal fonament de tal remissió, seria procurar que el tribunal que coneix la causa, apliqui la llei del fur, les seves normes de DIPr, per

---

CUEVILLAS SAYROL, *La competencia jurisdiccional internacional de los tribunales españoles del orden civil*, València, 2006, pàg. 249.

<sup>825</sup> El redactat de l'article 16.2 del Conveni de Brussel·les no especifica que s'entenia per "decisiones dels òrgans de la societat", la doctrina i la jurisprudència interpretava majoritàriament que es referia a la seva validesa o nul·litat. F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "La competencia judicial internacional en los litigios societarios en aplicación del Convenio de Bruselas. A propósito del 'caso Torras' ante los tribunales españoles", *GJUE*, n. 203, 1999, pàg. 23. Així és com es plasma posteriorment en el nou redactat del Reglament 44/2001. Coincidiríem amb M. GARDEÑES, en el fet que la modificació estatutària d'una fundació, resulta necessàriament d'una decisió d'un òrgan de govern de l'entitat, modificació que incideix directament en la viabilitat de la fundació, per exemple, quan es canvia la finalitat perseguida perquè l'originària esdevé inviable. M. GARDEÑES SANTIAGO, *Las fundaciones en derecho internacional privado español*, Madrid, Eurolex, 2003, pàg. 125.

<sup>826</sup> M. GARDEÑES SANTIAGO, *Las fundaciones en derecho internacional privado español*, Madrid, Eurolex, 2003, pàg. 125. No seria d'aplicació la normativa resultant de la Directiva 2005/56/CE de 26 d'octubre 2005 sobre fusions transfrontereres de societats de capital.

<sup>827</sup> M. GARDEÑES SANTIAGO, *Las fundaciones en derecho internacional privado español*, Madrid, Eurolex, 2003, pàg. 124; 128. En el mateix sentit, Informe explicatiu JENARD (DOCE C 189, 28.7.1990, p. 154); i altres autors, M. VIRGÓS; F.J. GARCIMARTÍN; R. CARO GÁNDARA, entre d'altres.

determinar el domicili<sup>828</sup>. Sorgeix el dubte de si es pot aplicar l'art. 60 de les Disposicions Generals del Reglament 44/2001, el qual disposa, en el primer apartat, una regla material sobre la determinació del domicili de les persones jurídiques. Com indica M. MENJUCQ, aquesta 'definició' de domicili del Reglament 44/2001, no es pot aplicar a l'art. 22.2, ja que en matèria de competència exclusiva, només un tribunal en concret pot ser competent, de manera que si atenguéssim a les possibilitats que ofereix l'art. 60, podria comportar que els tribunals de més d'un Estat es declaressin competents (conflicte positiu). Per això, s'opta per què cada Estat membre pugui definir una seu única segons la teoria aplicable de les normes de DIPr pròpies, això és, la seu estatutària o la seu real<sup>829</sup>. Però, encertadament M. GARDEÑES, constata que aquest criteri de remissió tampoc "permet aconseguir l'objectiu que els tribunals d'un únic Estat siguin competents: al ser dispersos els criteris emprats pels diferents Estats (sistemes de 'seu estatutària' o i de 'seu real', i les seves distintes variants)"<sup>830</sup>. En el procés de revisió del Conveni de Brussel·les de 1968 es va proposar unificar el criteri per determinar el fur exclusiu a favor de la seu estatutària, coincidint el fur de la seu estatutària amb l'Estat segons el dret del qual es constituïa la persona jurídica. La proposta no va reeixir i en la transformació a Reglament, es va mantenir la duplictat de criteris, malgrat que hagués estat desitjable la coincidència entre *forum* i *ius*<sup>831</sup>.

---

<sup>828</sup> El fur societari procura garantir el respecte de la disciplina imperativa derivada de la *lex societatis* i evitar que es dictin sentències contradictòries, concentrant la competència envers a un mateix jutge fent coincidir *forum* i *ius*. M.V. BENEDETTELLI, "Criteri di giurisdizione in materia societaria e diritto comunitario", *RDIPP*, 2002, pàg. 911 i ss.

<sup>829</sup> M. MENJUCQ, "Le droit judiciaire des litiges du commerce international", J. BÉGUIN; M. MENJUCQ (dirs.), *Droit du commerce international*, Paris, 2005, pàg. 749. En el mateix sentit, H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe. Règlement n°44/2001, conventions de Bruxelles et de Lugano*, 3 ed., LGDJ, 2002, pàg. 80.

<sup>830</sup> M. GARDEÑES SANTIAGO, *Las fundaciones en derecho internacional privado español*, Madrid, Eurolex, 2003, pàg. 129. L'autor exposa un exemple extret de la premsa britànica, pel qual la duplictat de criteris d'atribució de seu comporta conflictes positius: "supongamos una *charity*, constituïda y registrada bajo forma corporativa en Inglaterra, cuyo objeto fuera impedir que en determinadas fiestas populares celebradas en España se cometieran actos de crueldad con los animales, y que la citada *charity* tuviera un establecimiento en nuestro país para llevar a cabo tan nobles propósitos. Desde el punto de vista del juez inglés, la sede se encontraría en Inglaterra; en cambio, el juez español, aplicando el art. 4 de la Ley 30/1994 (*actual art. 6 LF 50/2002*), debiera llegar a la conclusión de que al desarrollarse las principales – o incluso únicas- actividades en España, la entidad estaría obligada a constituirse con arreglo al Derecho español y a fijar su domicilio en España".

<sup>831</sup> Proposta d'Acte del Consell de 22 de desembre de 1997 (DOCE C 33, 31.1.1998). R. CARO GANDARA, era partidària d'una definició autònoma de seu, i en concret advocava per la seu estatutària, ja que en relació a les societats considera que és l'opció més acord amb el model contractual tot respectant l'autonomia de la voluntat en aquest sector. R. CARO GÁNDARA, *La competencia judicial internacional en materia de régimen interno de sociedades en el espacio jurídico europeo*, Madrid, 1999, pàg. 266 i ss; R. CARO GÁNDARA, "La eficacia del foro de la sede social en el art. 16.2 del Convenio de Bruselas", A. BORRÁS (ed.), *La revisión de los convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de*



De la solució prevista en l'art. 22 del Reglament 44/2001 de remissió als ordenaments interns per determinar el domicili de la persona jurídica, poden sorgir doncs, problemes de competència positiva, ja que dos tribunals poden usar criteris diferents per determinar el domicili i, conseqüentment, atribuir-se la competència. Aquesta situació, pot comportar que en relació a la mateixa persona jurídica es perfilin diferents vincles domiciliaris i, en conseqüència, la 'multiplicació' de jutges competents per conèixer de la mateixa causa en base a la norma general de competència. La solució proposada a una efectiva concurrència de procediments, seria aplicar la norma sobre la litispendència prevista en l'art. 27 R 44/2001<sup>832</sup>.

També és possible que es donin situacions de competència negativa, de manera que cap tribunal dels Estats membres no resulti competent ja que cap dret estatal consideri domiciliada la societat o persona jurídica en el seu país. Estaríem davant la denegació de justícia en què caldrà establir un '*forum necessitatis*', proposant com a solució aplicar la norma o tècnica del '*doing business*' pel qual es considera que la societat (o persona jurídica) es troba domiciliada en el país comunitari on realitza les activitats que li són pròpies<sup>833</sup>.

---

*resoluciones judiciales: una reflexión preliminar española, Tarragona, 30-31 de mayo de 1997*, Marcial Pons, 1998, pàg. 371-382; M. GARDEÑES SANTIAGO, *Las fundaciones en derecho internacional privado español*, Madrid, Eurolex, 2003, pàg. 131. Crític es mostra M.V. BENEDETTELLI, primer amb el Conveni, i després amb el Reglament, per l'excessiva generalització en l'atribució de seu social o altres criteris de localització de les persones jurídiques, sense donar cap relleu a la *lex societatis*, o simplement, per no haver aclarit com les nocions utilitzades en els ordenaments del fur o autònomament pel legislador comunitari s'haurien de coordinar amb la *lex societatis*. "È invece impossibile, o comunque irragionevole, che uno Stato proceda alla localizzazione di una società o persona giuridica prescindendo completamente dalle valutazioni della *lex societatis* a questa applicabile: è impossibile, perché la localizzazione dell'ente in vista dell'esercizio di poteri giurisdizionali presuppone ovviamente che l'ente esista, e tale fatto non può che essere accertato in base alla *lex societatis*; è irragionevole, perché la fictio iuris comunque necessaria per collegare allo spazio un ente privo di fisicità impone che si ricorra a nozioni giuridiche, e tali nozioni sono spesso parte integrante del suo statuto sociale e vanno quindi definite conformemente a quanto tale statuto prevede." M.V. BENEDETTELLI, "Criteri di giurisdizione in materia societaria e diritto comunitario", *RDIPP*, 2002, pàg. 887-888.

<sup>832</sup> Quan el tribunal davant del qual s'interposà la primera demanda es declari competent, el tribunal davant el que s'interposà la segona s'inhibirà a favor d'aquest. F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (CE) N. 44/2001. La revisione della Convenzione di Bruxelles de 1968*, Padova, 2003, pàg. 73. R. CARO GÁNDARA, *La competencia judicial internacional en materia de régimen interno de sociedades en el espacio jurídico europeo*, Madrid, 1999, pàg. 239 i ss. Vegeu, en relació al Conveni de Brussel·les de 1968: R. ARENAS GARCÍA, *El control de oficio de la competencia judicial internacional*, Madrid, 1996, espec. pàg. 109-115; 164-167; J.J. FORNER DELAYGUA, "Interpretación del Convenio de Bruselas por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", A. BORRÁS (dir.), *Cooperación jurídica internacional en materia civil. El Convenio de Bruselas*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 2001-IV, pàg. 419; 431.

<sup>833</sup> A.L. CALVO CARAVACA; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, v. II, 7a ed., Granada, 2006, pàg. 298, (edició 2007, pàg. 340).

## 2.2 Altres furs: el fur general del domicili del demandat, els furs exorbitants, i el fur especial derivat de l'explotació d'establiments secundaris

En totes aquelles qüestions que no es determini el tribunal competent a través d'un fur exclusiu de l'art. 22.2 R 44/2001, que recordem, s'ocupen, del règim intern de la persona jurídica<sup>834</sup>, seria d'aplicació el **fur general del domicili del demandat** (*actor sequitur forum rei*). El domicili de la persona jurídica, serviria, no només per determinar l'aplicabilitat del Reglament, sinó també com a fur general per determinar la competència judicial internacional. Per tant, resulta essencial, conèixer si una persona jurídica es troba domiciliada en un Estat membre per saber si seria d'aplicació el fur general del domicili del demandat contingut en el R. 44/2001. Topem de nou amb la determinació del domicili. Mentre que en el fur exclusiu, s'ha d'atendre a les normes de DIPr del fur per determinar-lo, en relació al fur general, sí que atendríem a l'art. 60.1 R. 44/2001 per determinar el domicili de la persona jurídica: “A efectes del present Reglament, s'entendrà que una societat o una altra persona jurídica està domiciliada en el lloc on es trobi: a) la seva seu estatutària; b) la seva administració central; c) el seu centre d'activitat principal”<sup>835</sup>. Aquesta definició autònoma però, no estableix una única opció, ans al contrari, ens trobem davant de solucions alternatives, possibilitant de nou que sorgeixin conflictes positius de competència judicial<sup>836</sup>.

---

<sup>834</sup> S'han resumit en l'apartat anterior, i es comprova que no té perquè cobrir tots els possibles litigis de règim intern. Com indica R. CARO GÁNDARA, s'exclourien les accions de responsabilitat de l'entitat respecte els seus socis o dels administradors, siguin administratives, fiscals o penals, així com la dissolució de l'entitat quan aquesta fos el resultat d'un procediment d'insolència. R. CARO GÁNDARA, *La competencia judicial internacional en materia de régimen interno de sociedades en el espacio jurídico europeo*, Madrid, 1999, pàg. 104; 174 i ss; 142 i ss.

<sup>835</sup> En el segon apartat, art. 60, afegeix que per al Regne Unit i per Irlanda, l'expressió 'seu estatutària' s'equipararà al *registered office*, i en el cas que no existeixi, s'entendrà que serà el *place of incorporation* (lloc d'adquisició de la personalitat jurídica), i si manca aquest, serà el lloc conforme la legislació per la qual s'hagués constituït o creat la persona jurídica (*place of formation*). S'ha d'interpretar que aquesta disposició s'aplicaria també a d'altres ordenaments, en cas contrari, es produiria una disparitat o discriminació en l'aplicació del dret comunitari. M.V. BENEDETTELLI, “Criteri di giurisdizione in materia societaria e diritto comunitario”, *RDIPP*, 2002, pàg. 905-906.

<sup>836</sup> Tanmateix, tot i la millora que va suposar l'art. 60 del Reglament 44/2001, respecte l'art. 53 del Conveni de Brussel·les, es palesa la manca d'harmonització europea en aquest àmbit. El manteniment del panorama idiosincràtic respecte els sistemes de determinació de la seu existents entre els Estats membres de la Unió Europea, posa en dubte l'eficiència de l'art. 60. S. SÁNCHEZ LORENZO, “Competencia judicial y reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil: del Convenio de Bruselas al Reglamento ‘Bruselas I’”, A. BORRÁS (dir.), *Cooperación jurídica internacional en materia civil. El Convenio de Bruselas*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 2001-IV, pàg. 198. No sembla haver acomplert amb l'objectiu fixat en el considerant número 11 del R. 44/2001, segons el qual, la definició autònoma del domicili de la persona jurídica serviria per “incrementar la transparència de les regles comunes i evitar els conflictes de jurisdiccions”. Vegeu: M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO; A. RODRÍGUEZ BENOT, “La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y de Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil: una primera lectura”, *REDI*, 1998, 2, pàg. 35-68; R.

El legislador europeu ha optat per oferir al demandant segons la seva voluntat, la possibilitat d'assignar el domicili a la persona jurídica, determinant conseqüentment el tribunal competent, en base a un dels tres criteris: seu estatutària; centre de direcció o lloc on es desenvolupa l'activitat principal. Traslladat a l'àmbit fundacional, M. GARDEÑES considera que no és insatisfactòria tal solució, ja que possibilita al demandant de la fundació, vàries opcions segons es localitzi algun dels tres elements assenyalats en l'art. 60 R. 44/2001<sup>837</sup>.

Concorren amb el fur general, la submissió expressa i la tàcita (art. 23 i 24 R. 44/2001), i alternativament amb els furs especials, en concret, respecte les relacions contractuals (art. 5.1 R. 44/2001)<sup>838</sup>; i, respecte els litigis relatius a explotació de delegacions (art. 5.4 R. 44/2001).

Mereix una especial reflexió l'art. 5.4 R. 44/2001, tot comprovant que el reglament disposa la competència especial en base a criteris de proximitat, i ofereix al demandant la possibilitat d'escollir entre el tribunal de l'Estat del domicili del demandat, com a fur general, o bé, optar pel tribunal d'un altre Estat membre vinculat al litigi<sup>839</sup>. Aquesta possibilitat es dona respecte els litigis derivats de **l'explotació d'establiments secundaris**, atribuint la competència al tribunal en el qual es trobi situat l'establiment secundari, d'una societat o persona jurídica domiciliada en un Estat membre, sempre que el litigi es vinculi a l'activitat d'aquest establiment secundari<sup>840</sup>. S'aproxima l'objecte del litigi al

---

CARO GÁNDARA, "El desacuerdo europeo sobre el foro de la competencia judicial internacional en materia de sociedades", *La Ley*, 2000-2, D-28, pàg. 1818-1826.

<sup>837</sup> M. GARDEÑES SANTIAGO, *Las fundaciones en derecho internacional privado español*, Madrid, Eurolex, 2003, pàg. 136 i ss. Estem d'acord amb que aquesta solució no suposa una càrrega excessiva al demandat, donat que si una fundació decideix convenient establir diferents domicilis, o que no coincideixi la seu estatutària amb la real, ha de córrer amb els riscos inherents a tal decisió. Val a dir, que la determinació del domicili de les fundacions és més fàcil si es compara amb d'altres figures, donat que en molts ordenaments es precisa d'autorització administrativa, de registre o d'acta notarial, així com s'expressa sovint el domicili en els estatuts. No obstant això, podria sorgir conflicte positiu de competència, entre tribunals que apliquessin la teoria de la seu real quan la fundació tingués en territoris diferents la seu administrativa i el principal lloc d'activitats.

<sup>838</sup> Vegeu: H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe. Règlement n°44/2001, conventions de Bruxelles et de Lugano*, 3 ed., LGDJ, 2002, pàg. 127-163; M. VIRGÓS SORIANO; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Madrid, 2000, pàg. 102-126.

<sup>839</sup> Com seria el fur de la sucursal, també qualificat de fur 'quasi-general'. M. VIRGÓS SORIANO; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Madrid, 2000, pàg. 96.

<sup>840</sup> La consideració de sucursal, agència o establiment, que es coneix com a establiment secundari, ha d'interpretar-se en clau comunitària i als sols efectes d'aplicació del Reglament 44/2001, definit per la jurisprudència del TJCE. La noció comprendria, a títol de resum segons CALVO i CARRASCOSA, a tot tipus d'establiment secundari o accessori que depengui i siguin controlats per l'empresa matriu (el demandat); així s'exclourien els agents independents com serien les filials amb direcció pròpia. A més, s'exigeix que l'establiment secundari tingui presència física estable en l'Estat membre, per tant, que disposi d'una

tribunal, fet que beneficia a l'actor, que pot litigar en el país on la societat o persona jurídica ha desenvolupat la seva activitat normalment a través d'un establiment secundari, sempre hi quan, l'establiment principal també estigui domiciliat en un Estat membre (teoria de 'gares principales')<sup>841</sup>. Seria d'aplicació aquest article en relació a les fundacions i les seves delegacions o establiments secundaris, quan sorgeixi un litigi derivat de l'explotació de l'establiment secundari<sup>842</sup>.

Per altra banda, el Reglament 44/2001, exclou de forma expressa l'ús de **furs exorbitants**, no obstant això, deixa oberta la possibilitat que s'apliquin en circumstàncies concretes. Il·lustratiu en matèria de fundacions és el cas conegut de la "*Fundació Solomon R. Guggenheim v. Consorts Helion-Rumney*"<sup>843</sup>. En el supòsit, la senyora Peggy Guggenheim va realitzar una donació en vida a favor de la Fundació Guggenheim, amb seu a Nova York, d'un palau situat a Venècia i la col·lecció d'obres d'art que ella hi havia reunit. Va morir l'any 1979, deixant expressada la seva voluntat, segons la qual la col·lecció havia de romandre intacte a Venècia. Aquesta voluntat però, no va ser acomplerta per la fundació, la qual va traslladar algunes obres d'art i va modificar el palau. Per això, tres néts de la donant, domiciliats a Paris (dos francesos i un britànic) van demandar davant el

---

organització comercial, i no una mera presència esporàdica. A.L. CALVO CARAVACA; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, v. II, 7a ed., Granada, 2006, pàg. 300, citen la jurisprudència següent: STJCE 6 octubre 1976, *De Bloss*, STJCE 18 març 1981, *Blanckaert*, STJCE 9 de desembre 1987, *Schote*. Per un estudi més detallat: H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe. Règlement n°44/2001, conventions de Bruxelles et de Lugano*, 3 ed., LGDJ, 2002, pàg. 185-189. Per a la interpretació d'establiment secundari en relació a la llibertat d'establiment, vegeu l'anàlisi crític: S. SÁNCHEZ LORENZO, "El derecho de establecimiento secundario de las sociedades ficticias en el ámbito comunitario", *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol.I, Madrid, 2002, pàg. 451-480.

<sup>841</sup> M. MENJUCQ, "Le droit judiciaire des litiges du commerce international", J. BÉGUIN; M. MENJUCQ (dirs.), *Droit du commerce international*, Paris, 2005, pàg. 761. Per al cas que el domicili de l'establiment principal estigui fora de la Comunitat, l'art. 4 es remet al Dret autònom de cada fur per determinar el tribunal competent. Com a exemple, el cas de la Fundació *Guggenheim*. *Vid.* a continuació.

<sup>842</sup> Els litigis regulats per l'art. 5.5 R. 44/2001 són amplis: litigis relatius als drets i obligacions, contractuals i no contractuals, derivats de la gestió pròpiament dita de l'establiment secundari; litigis derivats de l'activitat exterior de l'establiment secundari com serien contractes, obligacions que assumeixin, etc. S'exclouen els litigis que enfrontarien l'establiment principal amb el secundari, ja que aquest es considera un litigi contractual. A.L. CALVO CARAVACA; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, v. II, 7a ed., Granada, 2006, pàg. 299; H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe. Règlement n°44/2001, conventions de Bruxelles et de Lugano*, 3 ed., LGDJ, 2002, pàg. 190-192. Com indica M. Gardeñes, el fur avarca tots els litigis que es deriven de l'activitat d'una delegació, i per tant, no es limitarien a les activitats que aquesta duqués a terme en el territori on es situa tal delegació. M. GARDEÑES SANTIAGO, *Las fundaciones en derecho internacional privado español*, Madrid, Eurolex, 2003, pàg. 139.

<sup>843</sup> Cour d'Appel de Paris (1er Ch.) 17 novembre 1993, *Fondation Guggenheim*. Nota de H. GAUDEMET TALLON, *RCrDIPr*, 1994 (1), pàg. 115-120. Cour de cassation (1er Ch. Civ.) 3 juillet 1996, *Fondation Guggenheim*. Nota de H. GAUDEMET TALLON, *RCrDIPr*, 1997 (1), pàg. 97-100. I.M. WEINBERG, *Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, 2ª ed., 2002, pàg. 197.

tribunal de París a la fundació per danys i perjudicis, ja que no s'havia respectat la voluntat de la donant a causa de la reubicació de les obres d'art.

En primer lloc, s'elimina qualsevol dubte sobre que no es tractava d'una qüestió successòria, ja que la donació havia estat feta en vida. La Fundació al·legava posseir una seu secundària a Venècia, ja que hi estava registrada, considerant que hi tenien un domicili, raó per la qual havien de ser competents els tribunals italians, en base a l'art. 2 i 3 del Conveni de Brussel·les de 27 de setembre de 1968<sup>844</sup>. En relació a l'existència de la seu secundària de la fundació a Venècia, per tal de determinar si era d'aplicació l'art. 5.5 del Conveni de Brussel·les, el tribunal va resoldre que el registre a Venècia era una formalitat fiscal que no podia ser assimilada a un establiment, ja que la seu de la Fundació es trobava a Nova York. A més, no havia estat expressament domiciliada a Venècia, raó per la qual no era d'aplicació l'art. 5.5, i afegia, que en el cas de ser un establiment secundari, tampoc s'admetria la seva aplicació ja que la seu central mare o d'origen estava domiciliada en un Estat no contractant, per tant, la seu es troba en un tercer Estat, Nova York.

Exclosa aquesta possibilitat, es determinaven com a competents els tribunals francesos, aplicant l'art. 3 i 4.2 del Conveni de Brussel·les de 27 de setembre de 1968 combinat amb l'art. 14 Codi civil francès<sup>845</sup>. S'aplicava doncs, un fur exorbitant. Per H. GAUDEMET TALLON, la sentència del tribunal de París és irreprotxable en l'aplicació de dret, una aplicació perfecte del Conveni de Brussel·les combinat amb l'art. 14 Codi civil francès. Malgrat la bona actuació del tribunal, no s'està de criticar el resultat des d'una vessant pràctica, ja que fer jutjar per un tribunal francès una acció dirigida contra una fundació amb la seva seu als Estats Units respecte unes obres d'art situades en un palau venecià, no resulta satisfactori. Conclou la reflexió criticant la tolerància dels furs exorbitants per

---

<sup>844</sup> També al·lega l'art. 16.1 com a competència exclusiva en matèria de drets reals immobiliaris als tribunals de l'Estat contractant on l'immoble es situa, en el cas, a Venècia. Aquest darrer argument es podia excloure, ja que no era matèria de drets reals immobiliaris, perquè la causa tenia per objecte el reagrupament d'obres d'art i subsidiàriament danys i perjudicis.

<sup>845</sup> L'article 4 permetia en el cas que el demandat no estigués domiciliat en un Estat contractant, que la competència judicial es determinés segons la llei de cada Estat contractant, sens perjudici de l'aplicació de l'art. 16 (competències exclusives). Continuava l'art. 4: "Tota persona, sigui quina sigui la seva nacionalitat, domiciliada en un territori d'un Estat contractant podrà invocar contra aquest demandat, de la mateixa manera que els nacionals d'aquest Estat, les regles de competència judicial vigents en el mateix i, en particular, les previstes en el paràgraf segon de l'art. 3." En concret, l'art. 3.2 disposava que no es podien aplicar furs exorbitants, en l'ordenament francès, els articles 14 i 15 del *Code civil*. (actualment, annex I del R. 44/2001).

part del Conveni de Brussel·les, sense amagar però que el “*veritable coupable est l'article 14 du code civile française!*”<sup>846</sup>.

Per tal de concloure, a títol de resum, els supòsits d'aplicació del Reglament 44/2001 per determinar el tribunal competent en les situacions jurídiques en què intervingui una fundació domiciliada a la Comunitat Europea distingiríem diferents possibilitats. En aquelles qüestions que no són atribuïbles per competència exclusiva al tribunal del domicili de la fundació en matèria de constitució, validesa, nul·litat de la fundació i la validesa o nul·litat dels acords presos pel seu òrgan de direcció (art. 22.2), el Reglament disposaria de diferents alternatives: a) el fur general del domicili del demandat (art. 2); b) el fur especial del lloc on s'ha de complir l'obligació contractual (art. 5.1.a); c) el fur especial, si és una qüestió referent a l'explotació d'un establiment secundari, davant del tribunal on es trobi l'establiment (art. 5.5); d) el fur especial sobre procediment penal, quan coneix l'acció civil (art. 5.4); e) fur especial, si són varis demandats, davant del tribunal del domicili de qualsevol d'ells, sempre que les demandes estiguessin vinculades entre si per una raó tan estreta que seria oportú tramitar-les i jutjar-les al mateix temps per tal d'evitar resolucions que podrien ser irreconciliables si els assumptes fossin jutjats separadament (art. 6.1). O bé, pels furs de submissió expressa o tàcita (art. 23 i 24).

### 2.3 La competència judicial internacional del *trust* en el R. 44/2001

És possible que tribunals d'un Estat membre que no tenen regulada la institució del *trust* i, per tant, que la desconeixen, hagin de resoldre controvèrsies al seu respecte<sup>847</sup>. Una de les normes per determinar la competència judicial seria la continguda en Reglament 44/2001<sup>848</sup>. Aquesta norma europea exclou del seu àmbit d'aplicació, com s'ha assenyalat, matèries com els règims matrimonials, els testaments i les successions, o la fallida. Per tant, a priori, els *trusts* que es constitueixen en aquestes matèries estarien exclosos de la seva aplicació<sup>849</sup>.

---

<sup>846</sup> Cour de cassation, chambre civile, 3 juillet 1996 (Fundació Guggenheim). Nota de H. GAUDEMET TALLON, *RCrDIPr*, 1997 (1), pàg. 120.

<sup>847</sup> A títol d'exemple, els tribunals espanyols poden resultar competents en virtut dels furs del R. 44/2001, i també dels furs continguts en la LOPJ, ja sigui pel domicili del demandat (art. 22.2) o en virtut de furs especials, com en matèria de protecció de menors, o successions. Malgrat que el dret espanyol material no tingui equivalent del *trust*, no eximeix al jutge de resoldre segons el principi de *non licet*. En aquest punt, correspondria al Dret internacional privat espanyol establir els mecanismes per a un adequat tracte de la institució. C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *El Trust. La institución angloamericana y el derecho internacional privado español*, Bosch, Barcelona, 1997, pàg. 65-66.

<sup>848</sup> Igualment, el Conveni de Lugano de 1988.

<sup>849</sup> No obstant l'exclusió, si es distingeix, per exemple, que l'objecte del procediment es basa en l'existència, validesa, interpretació, administració o execució del *trust* creat *mortis causa* i no respecte el

Juntament al fur general del domicili del demandat, concorre en l'art. 5.6 del Reglament 44/2001, un fur especial dedicat a les relacions internes del *trust*, enteses aquestes com: a) les relacions entre varis *trustees*; b) entre el *trustee* i les persones beneficiàries del *trust*; c) entre el constituent del *trust* i altres participants del *trust*<sup>850</sup>. En aquestes matèries, les persones domiciliades en un Estat membre podran ser demandades en un altre Estat membre: “en condició de fundador, *trustee* o beneficiari d'un *trust* constituït ja sigui en aplicació de la llei, ja sigui per escrit o per un acord verbal confirmat per escrit, davant dels tribunals de l'Estat membre en el territori del qual estigués domiciliat el *trust*”<sup>851</sup>. Segons J.L. IRIARTE, l'àmbit material de l'art. 5.6 R. 44/2001 és bastant modest, ja que es limita als *express trusts* i els *statutory trusts* (no els *trusts* implícits), a més, respecte les matèries no excloses en el Reglament i, només quan el demandat és el fundador, *trustee* o beneficiari del *trust*<sup>852</sup>.

En el fur especial de l'art. 5.6 R. 44/2001, s'empra de nou, el domicili com criteri per determinar la competència judicial<sup>853</sup>. El domicili del *trust* s'estableix, segons

---

testament en si mateix, l'acció podria trobar-se dins de l'àmbit d'aplicació del Reglament. M. CHECA MARTÍNEZ, *El trust angloamericano en el Derecho español*, Madrid, 1998, pàg. 37.

<sup>850</sup> M. CHECA MARTÍNEZ, *El trust angloamericano en el Derecho español*, Madrid, 1998, pàg. 50. Per aquest autor, les relacions externes, entre *trustee* i tercers quedarien excloses de l'aplicació d'aquest fur especial, i s'aplicaria el fur en matèria contractual (art. 5.1); si les relacions fossin de naturalesa real s'aplicaria l'art. 16.1 CBI (actual art. 22.1 R. 44/2001). En el mateix sentit, M. VIRGÓS SORIANO, *El trust y el Derecho Español*, Navarra, 2006, pàg. 89; H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe. Règlement n°44/2001, conventions de Bruxelles et de Lugano*, 3 ed., LGDJ, 2002, pàg. 194. Per contra, C. GONZÁLEZ BEILFUSS opina que no s'exclouen les relacions externes, de manera que l'art. 5.6 RBI permet que un tercer aliè al *trust* interposi demanda davant el domicili del *trust*, si aquesta demanda es dirigeix contra el *trustee*, constituent o beneficiari. C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “Los convenios de Bruselas y Lugano y el trust: propuestas de modificación”, A. BORRÁS (ed.), *La revisión de los convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales: una reflexión preliminar española*, Tarragona, 30-31 de mayo de 1997, Marcial Pons, 1998, pàg. 313.

<sup>851</sup> Com indica M. CHECA MARTÍNEZ, s'ha de poder demandar a les parts que intervenen en el *trust*, i mai respecte el *trust*, ja que aquest no té personalitat jurídica. M. CHECA MARTÍNEZ, *El trust angloamericano en el Derecho español*, Madrid, 1998, pàg. 49.

<sup>852</sup> J.L. IRIARTE ANGEL, “Artículo 5”, A.L. CALVO CARAVACA (ed.), *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Madrid, 1994, pàg. 154.

<sup>853</sup> Es justifica el criteri en base a la concepció britànica que implica que el *trust* té el seu domicili en el país amb el que presenta els vincles més estrets i seria lògic que els Tribunals d'aquest país siguin els competents per entrar a resoldre els litigis suscitats pel *trust*. A més, aquesta solució afavoreix la coincidència entre el *forum* i l'*ius*. J.L. IRIARTE ANGEL, “Artículo 5”, A.L. CALVO CARAVACA (ed.), *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Madrid, 1994, pàg. 155. En el mateix sentit, H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe. Règlement n°44/2001, conventions de Bruxelles et de Lugano*, 3 ed., LGDJ, 2002, pàg. 193. La norma de DIPr del Regne Unit, es cerciona de que hi hagi una relació, així en la secció 45(3) de la *Jurisdiction and Judgments Act* de 1982, disposa que “a trust is domiciled in the United Kingdom if and only if it is domiciled in a part of the United Kingdom. It is domiciled in a part of the United Kingdom if and only if the system of law of that part is the system with which the trust has its closest and most real connection.” L. COLLINS (ed.), *Dicey and Morris on The Conflict of Laws*, vol. I, 13<sup>a</sup> ed., London, 2000, pàg. 290.

les indicacions de l'art. 60.3 del mateix Reglament: “Per determinar si un *trust* està domiciliat en l'Estat contractant dels tribunals que coneixen l'assumpte, el tribunal aplicarà les regles del seu Dret internacional privat”. Aital remissió pot provocar problemes, perquè molts ordenaments continentals europeus no disposen de cap norma de DIPr autònoma ni convencional en què es reguli el *trust* i, per tant, tampoc la determinació del seu domicili. La primera dificultat sorgeix de nou en la qualificació de la relació jurídica que el tribunal haurà de realitzar per tal d'identificar si es troba davant d'un *trust* o, per contra, si es troba davant d'una relació contractual o un altra figura jurídica. De la identificació que es faci dependrà el fur competent, i el Reglament, com ho feia el Conveni de Brussel·les, no estableix cap definició o característiques que puguin facilitar a l'aplicador jurídic, si es troben davant d'un *trust* o no. Aquesta mancança hauria estat possible de cobrir-se en el procés de transformació del Conveni a Reglament, i hauria permès una qualificació uniforme del *trust* en les diferents jurisdiccions dels Estats contractants<sup>854</sup>.

Per als països del *common law* serà còmode aproximar-se a una legislació que preveu la determinació del domicili del *trust*, per contra, en la majoria d'ordenaments europeus no contenen una norma expressa al respecte. Per això, s'utilitzarà de nou la qualificació segons la *lex fori*, segons si estem davant d'un *trust* testamentari, concursal o matrimonial<sup>855</sup>. Segons M. CHECA MARTÍNEZ, haurà de buscar-se indicis de localització que permetin determinar el sistema més vinculat al *trust* i, per això, s'atindrà a un complex índex de localització entre els que es trobarien: la voluntat del constituent; el lloc d'administració del *trust*; el domicili del *trustee*; la situació dels béns mobles i immobles objecte del *trust*, entre d'altres<sup>856</sup>.

---

<sup>854</sup> C. GONZÁLEZ BEILFUSS proposava una definició autònoma, igual o paral·lela a l'establerta en el Conveni de La Haia de 1985. C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “Los convenios de Bruselas y Lugano y el trust: propuestas de modificación”, A. BORRÁS (ed.), *La revisión de los convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales: una reflexión preliminar española*, Tarragona, 30-31 de mayo de 1997, Marcial Pons, 1998, pàg. 312.

<sup>855</sup> Aquesta és la solució que preveu l'Informe de P. Schlosser, citat en H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe. Règlement n°44/2001, conventions de Bruxelles et de Lugano*, 3 ed., LGDJ, 2002, pàg. 63. Vegeu: M. VIRGÓS SORIANO, *El trust y el Derecho Español*, Navarra, 2006, pàg. 90-91.

<sup>856</sup> Es va perdre de nou la possibilitat d'establir una norma material de precisió del domicili del *trust*. M. CHECA MARTÍNEZ, *El trust angloamericano en el Derecho español*, Madrid, 1998, pàg. 54; 56. Es va proposar per substituir l'art. 53.2 CB, actual art. 60.3 RBI: “Para determinar si un *trust* está domiciliado en el Estado contratante cuyos tribunales conocen del asunto, el tribunal atenderá a que el Derecho en vigor en ese Estado sea el más estrechamente conectado con el *trust*”. C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “Los convenios de Bruselas y Lugano y el trust: propuestas de modificación”, A. BORRÁS (ed.), *La revisión de los convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales: una reflexión preliminar española*, Tarragona, 30-31 de mayo de 1997, Marcial Pons, 1998, pàg. 314. Una eina d'inspiració seria, com indica H. Gaudement-Tallon, el Conveni de La Haia de 1985 sobre llei aplicable al *trust* i al seu



En la nostra matèria d'estudi, per determinar la competència judicial internacional quan la demandada és un *charitable trust*, serà d'aplicació el R. 44/2001, quan aquest *trust* tingui el seu domicili en un Estat membre. El demandant té una doble possibilitat d'aplicar el Reglament, ja que concorren el fur general del domicili del demandat (domicili del *trust*); i el fur especial de l'art. 5.6 (domicili del fundador, del *trustee*, o del beneficiari); en el seu cas, prevaldrà el fur per submissió expressa en el acte constitutiu unilateral (23.4 RBI), o tàcitament (art. 24 RBI), així com respecte una competència exclusiva<sup>857</sup>.

Quan no sigui d'aplicació el Reglament 44/2001, llavors són d'aplicació les normes de Dret internacional privat autònom de cada Estat, amb les dificultats que comporta utilitzar normes de competència judicial que no preveuen furs específics per a *trusts*, utilitzant, de nou, qualificacions aproximatives per tal de determinar el fur competent.

---

reconeixement (art. 7), per això seria desitjable que tots els Estats membres de la UE ratifiquessin el Conveni. Entre tant, “on peut se demander si le juge de cet État est vraiment bien placé pour connaître du litige alors que, par hypothèse, la *lex fori* (également loi du domicile du *trust*) ne contient aucune disposition consacrée au *trust*.” H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe. Règlement n°44/2001, conventions de Bruxelles et de Lugano*, 3 ed., LGDJ, 2002, pàg. 193; F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (CE) N. 44/2001. La revisione della Convenzione di Bruxelles de 1968*, Padova, 2003, pàg. 114-115.

<sup>857</sup> La submissió expressa ha de ser respecte a un o diversos tribunals d'un Estat membre, a través d'un acte unilateral amb forma escrita; aplicable només als *trust* voluntaris o *express trusts*. Hi ha divergències doctrinals respecte si les relacions dels *trustee* amb tercers s'inclourien en l'aplicació del Conveni Brussel·les I per submissió expressa, o no serien incloses. Tal submissió ha de respectar els furs en matèria d'assegurances, contractes amb consumidors i contractes de treball. En relació a la competència exclusiva respecte els drets reals immobiliaris, no hi ha acord entre la doctrina, malgrat la sentència del TJCE (cas *Webb*). Sorgeix el dubte respecte la competència exclusiva de l'art. 22.1 en relació als drets reals sobre immobles i de contractes d'arrendaments de béns immobles, que sense consideració del domicili, s'atribueix la competència judicial a l'Estat membre on es trobi situat l'immoble (*forum rei sitae*). Com s'apuntava en la primera part, respecte el *trust* hi ha un desdoblament de la propietat (o dos *estates*), i respecte els drets reals sobre immoble, tindriem que el *trustee* és titular d'aquests per tal de dur a terme la seva efectiva gestió o administració, però aquest poder de disposició es veuria limitat pel que es disposi en el *trust*, i perquè necessàriament ha d'actuar en interès del beneficiari. El beneficiari, com deïem té el dret de reivindicació en cas d'alienació incorrecta o fraudulenta de l'objecte del *trust* per part del *trustee*. D'aquí sorgeix el dubte, del caràcter personal o real dels drets del beneficiari, de la possible aplicació de l'art. 22 RBI en les accions dirigides a la declaració de l'existència d'un *trust* sobre béns immobles i en accions de protecció enfront al *trustee* o a tercers. Decisiva va ser la STJCE en el conegut cas *Webb*, de 27 de febrer de 1992, en la qual es resol una qüestió prejudicial en relació a si una causa es basava en una acció personal, per tant, respecte la relació interna d'un *trust*, o en una acció real respecte un immoble, en aquest darrer supòsit seria aplicable la competència exclusiva de l'art. 16 del Conveni de Brussel·les. La decisió va ser a favor del primer criteri, de manera que l'art. 22.1 RBI seria només aplicable a accions per declarar la propietat, o atorgar la possessió, rectificar un Registre de la propietat, però no a les accions derivades de les relacions internes del *trust*, que serien accions personals, i per tant excloses de l'àmbit d'aplicació de l'art. 22.1 RBI. M. CHECA MARTÍNEZ, *El trust angloamericano en el Derecho español*, Madrid, 1998, pàg. 38 i ss; C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “Los convenios de Bruselas y Lugano y el trust: propuestas de modificación”, A. BORRÁS (ed.), *La revisión de los convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales: una reflexión preliminar española*, Tarragona, 30-31 de mayo de 1997, Marcial Pons, 1998, pàg. 305-308; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El trust anglosajón y el Derecho Internacional Privado Español”, E. ARROYO I AMAYUELAS, (dir.), *El Trust en el derecho civil*, Barcelona, 2007, pàg. 370-372.

### CAPÍTOL III

## LA LLEI APLICABLE I EL RECONeixEMENT DE LES FUNDACIONS ESTRANGERES

Es presentaran en el primer apartat algunes normes de conflicte contingudes en regles de Dret internacional privat autònomes que determinen la llei aplicable a l'estatut personal de les fundacions, per tant, la llei que s'aplicarà a la vida fundacional, en general, la seva constitució, el funcionament i l'extinció. En el segon apartat, s'exposaran diferents regulacions respecte el reconeixement de fundacions estrangeres per part de l'Estat de recepció, distingint si l'actuació de la fundació és puntual o permanent. Així mateix, s'analitzaran les diferents propostes de convenis multilaterals que preveien el reconeixement automàtic de les fundacions, juntament amb d'altres persones jurídiques, propostes de convenis que, en general, no van reeixir. Conseqüentment, en l'actualitat són d'aplicació les normes internes de Dret internacional privat i, per això, es mostren algunes d'aquestes normes de diferents països europeus, per tal de conèixer el règim de reconeixement de fundacions estrangeres i els requisits que se'ls exigeix per a la seva actuació de forma permanent en l'Estat de recepció.

### 1. EL CONFLICTE DE LLEIS: LA *LEX FUNDATIONIS*

Les normes tenen, en principi, una validesa i vigència territorial, de manera que generalment una llei adscriu la seva aplicació en un territori específic. Però en determinades situacions, un subjecte pot precisar d'una actuació extraterritorial, és a les hores que es planteja la necessitat, oportunitat o possibilitat d'aplicar la norma segons la qual se li han atorgat un seguit de drets amb efectes extraterritorials. No deixem de plantejar el *quid* propi del DIPr, la determinació de la llei aplicable (*choice of law*) quan són diverses les lleis susceptibles de ser aplicades<sup>858</sup>.

---

<sup>858</sup> Ja els postglossadors (s. XIV- Bartolus i Baldus) creen la teoria dels estatuts. M. FERID exposa un exemple: “¿se aplica el derecho inglés del mayorazgo a inmuebles ubicados fuera de Inglaterra? BARTOLUS explica que la solución depende de la redacción de la norma inglesa, pues si ésta dispone ‘*primogenitus habeas immobilia*’, ello significa que el primogénito debe recibir todos los inmuebles, con prescindencia de su ubicación, pues la norma es *personal*. Si, por el contrario, la norma dispone ‘*immobilia ad primogenitum veniant*’, es *real* pues el sujeto de la oración no es la persona sino la cosa. En este supuesto la vigencia de la norma es territorial y de aplicación únicamente en territorio inglés. Los posglosadores valoran, asimismo, la sumisión a un derecho determinado a través de la vinculación con su ámbito de aplicación. Del razonamiento anterior se concluye que para las personas rigen la ley del lugar del domicilio (*statutum personale*). Las cosas muebles son regidas por el mismo derecho (*mobilia personam sequuntur*). En segundo lugar, con relación a los inmuebles se presume una libre sujeción a la ley del lugar de su situación (*stantum*

Quan el subjecte que provoca el conflicte de lleis és una persona jurídica, s'ha considerat al llarg del temps que la determinació de la llei aplicable era un problema de determinació de la seva nacionalitat. Com s'ha exposat, però, la doctrina actual “refusa aquest concepte per raó de la seva inutilitat i de la seva ambigüitat”<sup>859</sup>. Així, per determinar la llei aplicable a l'estatut personal d'una persona jurídica, és a dir, la llei que regirà la seva constitució, funcionament i dissolució, s'utilitzen, principalment, dues teories distintes que utilitzen com a punts de connexió, per una banda, la situació de la seva seu social o real (Alemanya, Bèlgica, França, Itàlia), o bé, la llei per la qual s'han constituït o incorporat la persona jurídica (Països Baixos, Suïssa i els països del *common law*). Per als ordenaments que apliquen la llei del lloc de la incorporació, aquest és un criteri intangible, ja que és impossible modificar-lo, ni tan sols el desplaçament de la seu social produeix cap efecte respecte la llei aplicable ni tampoc altera la seva personalitat jurídica. Per contra, els països que apliquen la teoria de la seu social, la transferència d'aquesta comporta el canvi de la llei aplicable, perquè canvia la seva nacionalitat<sup>860</sup>.

Ambdós sistemes coexisteixen en el si de la Comunitat Europea, fet que ha provocat qüestions prejudicials davant del Tribunal de Justícia i debats doctrinals, malgrat els esforços que s'han dut a terme per tal d'harmonitzar el Dret societari. Aquests models, però, no són teories contràries, com encertadament exposa R. ARENAS, ambdues coincideixen a establir que el dret escollit per a la constitució de la societat (persona jurídica), és la que regeix amb caràcter general la vida d'aquesta: “tant en els Estats que segueixin la teoria de la seu com en aquells altres en els que es mantingui la de la constitució el Dret que regirà la vida social serà aquella d'acord amb el qual s'ha constituït la societat (en uns Estats precisament per aquesta raó, en altres perquè tal Dret coincideix amb el de la seu real de la societat).” Si no coincideix la seu real amb el Dret conforme s'ha constituït la seva personalitat jurídica no serà reconeguda en aquells Estats en què

---

*realé*). En tercer lugar, con relación a los actos, rige la ley del lugar en que son ejecutados (*statta mixta*). I.M. WEINBERG, *Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, 2ª ed., 2002, pàg. 27.

<sup>859</sup> V. SIMONART, *La personnalité moral en droit privé comparé*, Brussel·les, 1995, pàg. 383. *Vid.* part II, cap. I, apartat 2.1.

<sup>860</sup> El desplaçament internacional de la seu social comporta un element d'externalitat i comporta un conflicte de lleis, es planteja quina llei serà l'aplicable entre la llei de l'Estat on es troba la seu d'origen de la persona jurídica (país d'origen) i la llei de l'Estat on s'ha instal·lat la persona jurídica, la *lex autoritatis* (país de rebuda). Generalment s'apliquen ambdues legislacions, però caldrà delimitar en quina mesura. “La loi du pays d'émigration règle la possibilité de l'effectuer, les conditions dans lesquelles il se réalise et les conséquences qu'il entraîne quant à la perte ou au maintien de la personnalité, et la loi du pays d'immigration détermine si la personne morale qui a valablement transféré son siège et a conservé sa personnalité selon le droit étranger subsiste en tant que même sujet de droit.” V. SIMONART, *La personnalité moral en droit privé comparé*, Brussel·les, 1995, pàg. 388. *Vid.* part II, cap. I, apartat 2.2.

regeix la teoria de la seu, i deixaria de tenir sentit qüestionar-se quin seria el Dret aplicable a la societat, en canvi, en els Estats seguidors de la teoria de la constitució es reconeixerà la personalitat jurídica i la llei aplicable serà el Dret segons el qual s'ha constituït la persona jurídica. “És a dir, en cap cas s'aplicarà el Dret de la seu real de la societat per regir la vida societària si no coincideix amb el Dret segons el qual s'ha constituït la societat. Per això, pot afirmar-se que el Dret escollit per a constituir la societat serà amb tota probabilitat el Dret que en major mesura regirà la vida social”<sup>861</sup>.

En matèria de fundacions, sorgirà l'inevitable dicotomia de models de determinació de llei aplicable recollit en les normes de DIPr, amb conseqüències jurídiques disparells, sobretot en relació al reconeixement. Però coincidint amb R. ARENAS, la llei aplicable a una persona jurídica és aquella per la qual s'ha constituït. Especialment és així en relació a la figura jurídica de les fundacions, ja que aquestes en molts ordenaments, es troben sotmeses per a la seva constitució legal al compliment de requisits administratius molt específics.

No sobta doncs, que a inicis del segle passat, A. PILLET, optava com a criteri per determinar la llei aplicable a les fundacions, per la llei per la qual s'hauria constituït, malgrat provenir d'un país del model de seu real. Això si, també li seria d'aplicació a la fundació estrangera reconeguda, les lleis de dret imperatiu del fur que podrien ser aplicades a les activitats fundacionals realitzades en el territori<sup>862</sup>. En les mateixes dates, es publica l'interessant estudi pòstum de J. DE DIOS TRIAS I GIRÓ, que d'entre d'altres consideracions, preveu com a conseqüència natural l'aplicació de la llei de la 'patria del estado' al règim jurídic de les fundacions, així com a la seva capacitat:

“Per descomptat, jutgem que la determinació de l'existència o inexistència de la persona en principi o en termes generals depèn de la seva respectiva llei personal. Si aquesta regula l'estat i la capacitat com a condicions de l'activitat jurídica, clar que la pròpia llei haurà de determinar la més precisa i

---

<sup>861</sup> R. ARENAS GARCÍA, “Capítulo 3: Sociedades”, J.C. FERNÁNDEZ ROZAS; R. ARENAS GARCÍA; P.A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho de los negocios internacionales*, Madrid, 2007, pàg. 177. Per altra banda, la utilització de diferents punts de connexió en les normes de DIPr, pot comportar la figura pròpia del reenviament, i en d'altres ocasions, la norma designada pot ser contrària a l'ordre públic internacional. En aquest sentit tenim exemples en dret societari. En el cas conegut de la '*Banque ottomane*', la norma de conflicte francesa designava la llei anglesa com aplicable seguint el criteri de seu real, i la llei anglesa de DIPr reenvia en segon grau a la llei de la seu estatutària, que en el cas era la llei turca. Segons aquesta, serien d'aplicació els estatus interns del Banc, i en aquests no preveïen la rendició de comptes, per això, el tribunal francès va plantejar l'aplicació de la clàusula d'ordre públic. Cour d'Appel de Paris, (1er Ch. sect. A), 3 octubre 1984. Nota de H. SYNDET, *RCrDIPr*, 1985 (3), pàg. 526-533; Nota de B. GOLDMAN, *JDI*, 1986 (1), pàg. 155-170.

<sup>862</sup> A. PILLET, *Personnes morales en droit international privé*, Paris, 1914, pàg. 408-410.

elements de les condicions d'aquesta, la qual és l'existència mateixa del ser: *prius est esse quam operari*<sup>863</sup>.

Juntament a la *lex foundationis* aplicable a una fundació estrangera en un Estat diferent al del seu d'origen, també li serà susceptible d'aplicació la normativa del fur. En la majoria d'ordenaments es preveuen, com s'ha exposat, formes de control o supervisió per part dels ens públics sobre les activitats de les fundacions i control del seu règim fiscal, que s'aplicaran també a les fundacions estrangeres respecte les activitats que desenvolupin en el seu territori. Serien normes materials imperatives o lleis de policia, que s'apliquen a tota fundació que actua en el territori, amb independència de la seva nacionalitat o llei d'origen. Els exemples utilitzats per M. GARDEÑES són il·lustratius i per això els reproduïm. Hi ha ordenaments que prohibeixen l'adquisició d'immobles a les fundacions, quan aquests no resulten necessaris per als seus fins (França, Bèlgica o Luxemburg), tal limitació s'estendria a les fundacions estrangeres. Així mateix, respecte la possibilitat d'exercir activitats comercials o polítiques, malgrat seria competència de la llei personal determinar si la fundació constituïda segons el seu dret li permet o no exercir tals activitats comercials o polítiques, la llei del fur que prohibeixi aquestes activitats també serà d'aplicació a la fundació forana<sup>864</sup>.

La determinació de la llei aplicable a l'estatut personal de les fundacions no ha estat objecte de cap Conveni internacional, ni tampoc, de moment, per cap norma comunitària europea, per tant, caldrà atendre en cada ordenament jurídic les normes de Dret internacional privat autònomes. A continuació, presentem les normes de Dret internacional privat d'alguns ordenaments jurídics europeus, contingudes, o bé, en normes generals dedicades a les persones jurídiques, o bé, en la pràctica jurisprudencial.

### 1.1 El DIPr espanyol i la llei aplicable a les fundacions

La determinació de la llei aplicable a les persones jurídiques es troba regulada en el Títol preliminar del Codi civil espanyol, en el Capítol IV "Normes de Dret internacional privat". Concretament, l'art. 9.11 CCEsp conté la norma dedicada a les persones jurídiques: "La llei personal corresponent a les persones jurídiques és

---

<sup>863</sup> Exposava a títol d'exemple, que l'exigència d'autorització per decret prevista en l'art. 910 CCFr, de les disposicions entre vius o per testament a favor d'establiments d'utilitat pública, seria d'aplicació a Espanya respecte la persona jurídica francesa. El discurs s'argumentava en els articles 9 i 37 del Codi civil espanyol. J. DE DIOS TRÍAS I GIRÓ, "Personas jurídicas extranjerias de fin no utilitario, según el Derecho español", *RDP*, t. II, 1915, pàg. 9; 12.

<sup>864</sup> M. GARDEÑES SANTIAGO, "Capítulo 22: Las fundaciones en el contexto internacional", BENEYTO PÉREZ, J.M. (dir.), *Tratado de Fundaciones*, Bosch, 2007, vol. II, pàg. 1156.

la determinada per la seva nacionalitat, i regirà en tot allò relatiu a la capacitat, la constitució, representació, funcionament, transformació, dissolució i extinció”.

Aquest precepte no deixa dubte de l'ús del criteri de la nacionalitat de les persones jurídiques com a connexió entre el Dret i la persona jurídica. Malauradament, però, no anuncia els criteris que serviran per determinar la nacionalitat, per tant, aquest article ens serveix bàsicament per establir que existeixen persones jurídiques nacionals i estrangeres. Aleshores s'ha de recórrer a l'article 28 del *Código civil* que confereix la nacionalitat espanyola segons un doble criteri: el domicili en territori espanyol i la creació de la persona conforme la llei espanyola<sup>865</sup>. El cas espanyol pot ser considerat com a mixt, ja que combina ambdós criteris, domicili i constitució<sup>866</sup>. Així, seran espanyoles les persones jurídiques constituïdes mitjançant la llei espanyola i domiciliades a Espanya, i efectuant un exercici de bilateralització, seran estrangeres les constituïdes per llei estrangera i domiciliades a l'estranger. Aquest criteri acumulatiu però, suscita problemes d'incoherència obrint la possibilitat a l'existència de societats o persones jurídiques a les que no es pugui determinar la llei aplicable. Per això, es reinterpreta l'art. 28 CCEsp, de manera que s'aplicaria el criteri de constitució, i l'exigència del domicili en territori espanyol hauria d'interpretar-se com una exigència implícita a la constitució conforme el dret espanyol. S'interpreta que cal un domicili estatutari i no pas un domicili de seu real<sup>867</sup>.

En aplicació dels articles del Codi civil espanyol, seran fundacions espanyoles les que tinguin el seu domicili a Espanya i hagin estat constituïdes segons el dret espanyol. Per tant, utilitza dos criteris acumulatius: domicili i llei de constitució,

---

<sup>865</sup> Art. 28 CCEsp: “Las corporaciones, fundaciones y asociaciones, reconocidas por la ley y domiciliadas en España, gozarán de la nacionalidad española, siempre que tengan el concepto de personas jurídicas con arreglo a las disposiciones del presente Código. Las asociaciones domiciliadas en el extranjero tendrán en España la consideración y los derechos que determinen los tratados o leyes especiales.”

<sup>866</sup> “La doctrina dominante estima que la nacionalidad de las personas jurídicas se determina en nuestro derecho por un criterio híbrido, cumulativo, bifronte, que resulta de la combinación de los dos sistemas fundamentales, el criterio del domicilio-constitución.” J. ZAMORA CABOT, “Personas jurídicas”, M. AGUILAR NAVARRO, *Lecciones de Derecho Civil Internacional Español*, Madrid, 1983, pàg. 116.

<sup>867</sup> A aquesta interpretació s'hi suma el redactat de l'art. 15 del Codi de Comerç, pel qual, les societats constituïdes per dret estranger estan sotmeses a aquest (en aquest sentit, la RDGRN de 29 de febrer de 1992). Malgrat la claredat de la nova interpretació, per la qual l'ordenament espanyol determina la nacionalitat de les persones jurídiques a través del criteri de constitució, la Llei de Societats Anònimes (art. 5.2 LSA) i la Llei de Societats de Responsabilitat Limitada (art. 6.2 LSRL) introdueixen dubtes, disposant el criteri de seu real. El debat doctrinal, ha comportat una interpretació laxa, per la qual es considerarà que una societat té nacionalitat espanyola, quan tingui el seu domicili estatutari a Espanya, amb independència de la situació de la seu real (centre d'exploració o principal establiment). El criteri seria el de constitució, combinat amb normes materials d'aplicació imperativa. Considerem urgent una norma espanyola de DIPr que aclareixi el criteri tant debatut en la doctrina espanyola com perplexe per la doctrina estrangera que estudia el Dret espanyol. R. ARENAS, “Reseña: Garcimartín Alférez, F.L., Derecho de sociedades y conflictos de leyes: una aproximación conflictual, Madrid, 2002, 327 pp.”, *REDI*, 2002, pàg. 1105.

malgrat que part de la doctrina tendeix a prioritzar aquest segon criteri, la llei de constitució, considerant el domicili com un criteri preliminar<sup>868</sup>. Bilateralitzant la norma, seran fundacions estrangeres les que no compleixin aquestes condicions, és a dir, les persones jurídiques creades a l'empara d'una legislació estrangera i amb domicili en país estranger. Així mateix, les fundacions que malgrat constituir-se conforme la llei espanyola, fixin el seu domicili a l'estranger<sup>869</sup>.

Per tant, la llei aplicable a les fundacions seria la llei de l'ordenament jurídic conforme la qual s'ha constituït, amb el matís que ha de coincidir amb el país on es trobi el seu domicili estatutari. La condició de coincidència entre llei de constitució i domicili no és estranya, ja que existiria un element de causalitat entre ambdós elements, de manera que el domicili estatutari constituiria un indicatiu de l'ordenament de constitució i facilita la determinació del Registre, preceptiu per a la constitució de la fundació<sup>870</sup>. Per això, considerem fàcil la determinació del domicili de la fundació, que ha de constar en els estatuts fundacional i que es fa constar en el Registre, per això, resultarà innecessari l'art. 41 CCEsp que s'utilitza per determinar el domicili en els casos en què la persona jurídica no l'ha fixat prèviament<sup>871</sup>. Com exposa M. GARDEÑES, resultarà relativament senzill determinar aquest ordenament, ja que el procediment de constitució d'una fundació implica, generalment, la intervenció del poder públic, com pot ser un permís previ per autoritat pública, o el seu registre. Per tant, com més ampli sigui l'intervencionisme administratiu, més clarament es percebrà la llei de l'Estat a què està subjecta la fundació<sup>872</sup>.

En aquest punt, és d'aplicació la normativa específica sobre fundacions, que determinen els criteris del domicili social de la fundació. En l'anterior llei de 1994, s'imposava com a domicili el lloc on es trobava el Patronat i aquest havia

---

<sup>868</sup> B. CAMPUZANO DÍAZ, "Las fundaciones extranjeras en la nueva ley sobre fundaciones", *BIMJ*, n. 1745, 1995, pàg. 3209. M. GARDEÑES SANTIAGO, "Capítulo 22: Las fundaciones en el contexto internacional", BENEYTO PÉREZ, J.M. (dir.), *Tratado de Fundaciones*, Bosch, 2007, vol. II, pàg. 1149.

<sup>869</sup> M.L. TRINIDAD GARCÍA, "Apuntes sobre el registro de fundaciones extranjeras", *Derecho registral internacional. Homenaje profesor Rafael Arroyo*, 2003, pàg. 118. També, aquelles fundacions que, tot i no reunir els requisits exigits en al Llei de fundacions espanyola, sí que tenen aital consideració segons la llei estrangera. M.J. SANTOS MORÓN, "La nacionalidad de las fundaciones. Actividad en España de las fundaciones extranjeras", S. MUÑOZ et al. (dir.), *Comentarios a las leyes de fundaciones y de mecenazgo*, Madrid, 2005, pàg. 185.

<sup>870</sup> M. GARDEÑES SANTIAGO, "Capítulo 22: Las fundaciones en el contexto internacional", BENEYTO PÉREZ, J.M. (dir.), *Tratado de Fundaciones*, Bosch, 2007, vol. II, pàg. 1149-1150.

<sup>871</sup> Art. 41 CC "Cuando ni la ley que las haya creado o reconocido, ni los estatutos o las reglas de fundación fijaren el domicilio de las personas jurídicas, se entenderá que lo tienen en el lugar en que se halle establecida su representación legal, o donde ejerzan las principales funciones de su instituto".

<sup>872</sup> M. GARDEÑES SANTIAGO, *Las fundaciones en derecho internacional privado español*, Madrid, Eurolex, 2003, pàg. 177.

d'establir-se en l'àmbit territorial on la fundació actuava principalment<sup>873</sup>. Amb aquesta regulació coincidia el domicili efectiu (lloc de l'administració o direcció) i el lloc d'actuació, de manera que evitava conflicte de lleis, però suposava un límit a la voluntat del fundador, i la llibertat del Patronat per escollir el lloc de la seu i del domicili fundacional més convenient per al bon funcionament d'aquesta<sup>874</sup>. Amb la nova llei, l'art. 6 LF 50/2002 modifica el redactat<sup>875</sup>, i estableix dos possibles nexes alternatius per determinar el domicili d'una fundació: 'el lloc on es trobi la seu del Patronat' o bé, 'el lloc on es desenvolupen principalment les activitats' així, es deixa enrera l'obligació de coincidència del Patronat i del lloc d'actuació. Aquest precepte, però, serveix també per determinar quan ens trobem davant d'una fundació espanyola, ja que en el seu primer apartat exigeix que estiguin domiciliades a Espanya aquelles fundacions que desenvolupin principalment les seves activitats en territori espanyol. L'art. 6.1 LF 50/2002 estableix el deure de domiciliar-se a Espanya a aquelles fundacions que desenvolupin principalment les seves activitats en el seu territori. Aquest precepte, com encertadament assenyada M. GARDEÑES, substitueix l'art. 28 CCEsp, i suposaria garantir imperativament l'aplicació del Dret espanyol de fundacions a tota fundació que pretengui desenvolupar les seves principals funcions a Espanya, evitant així que opti per constituir-se mitjançant un Dret estranger<sup>876</sup>. Es pot plantejar si aquesta 'protecció' a les fundacions espanyoles podria constituir un perjudici a la circulació de fundacions estrangeres i que en concret pretenguessin actuar en territori espanyol en favor de l'interès general. Tal temor és desmentit per M. GARDEÑES: "l'art. 4 (*actual 6*) no és una norma que estableixi les condicions en què poden operar les fundacions estrangeres a Espanya, sinó que prescriu quan ha de constituir-se una fundació segons el Dret espanyol. És a dir, el tractament de les fundacions estrangeres, i les majors o

---

<sup>873</sup> Art. 4 Llei 30/1994: "Las fundaciones tendrán su domicilio social en el lugar donde se encuentre la sede de su órgano de gobierno, que deberá radicar en el ámbito territorial en que haya de desarrollar principalmente sus actividades".

<sup>874</sup> J. CAFFARENA LAPORTA, "El domicilio de la fundación", S. MUÑOZ et al. (dir.), *Comentarios a las leyes de fundaciones y de mecenazgo*, Madrid, 2005, pàg. 171.

<sup>875</sup> Art. 6 LF 2002: "1. Deberán estar domiciliadas en España las fundaciones que desarrollen principalmente su actividad dentro del territorio nacional. 2. Las fundaciones tendrán su domicilio estatutario en el lugar donde se encuentre la sede de su Patronato, o bien en el lugar en que desarrollen principalmente sus actividades. Las fundaciones que se inscriban en España para desarrollar una actividad principal en el extranjero, tendrán su domicilio estatutario en la sede de su Patronato dentro del territorio nacional.". El redactat s'assimila al de la LSA (art. 6.1) i a la LSRL (art. 7.1) disposant la doble possibilitat.

<sup>876</sup> M. Gardeñes entén tal precepte com una plasmació concreta de l'excepció del frau de llei (art. 12.4CC), així quan una fundació es constitueix segons el Dret estranger amb la finalitat d'eludir normes imperatives espanyoles. M. GARDEÑES SANTIAGO, *Las fundaciones en derecho internacional privado español*, Madrid, Eurolex, 2003, pàg. 207.



menors facilitats que se'ls concedeixin per actuar a Espanya, és una qüestió que ha de resoldre's per les normes d'estrangeria"<sup>877</sup>.

Així, mitjançant l'art. 6 LF 2002, es determinen les fundacions que estan sotmeses al règim espanyol, i són les fundacions que desenvolupin principalment les activitats a Espanya, les quals estaran supervisades pels Protectorats espanyols. Aquest precepte, tal i com està, implicaria que les fundacions espanyoles no podrien actuar a l'estranger com a objectiu principal, per això, el legislador espanyol, canvia la determinació del domicili respecte a les fundacions que s'inscriguin a Espanya i que desenvoluparan principalment les activitats fora del territori espanyol (art. 6.2 segon apartat)<sup>878</sup>. En aquest supòsit s'usa únicament com a nexa per determinar el domicili estatutari, el Patronat, que necessàriament es trobarà en territori espanyol<sup>879</sup>.

Aquest article 6 de la Llei de Fundacions, no serveix per determinar la llei aplicable, (s'utilitza principalment l'art. 9.11 CCEsp), sinó que és una norma imperativa que determina quan han d'estar domiciliades les fundacions a Espanya i, per tant, constituir-se per Dret espanyol, que serà quan es desenvolupin principalment les activitats en territori espanyol. Assenyala G. PALAO MORENO, que l'art. 6 LF 50/2002, no permet determinar la llei personal de la fundació (*lex foundationis*), tot i que incideix directament en la concreció de la nacionalitat al complementar la norma general de l'art. 9.11 CCEsp i l'art. 28 CCEsp. El seu objectiu, seria "obligar a que efectivament es constitueixin conforme al Dret espanyol i regís el nostre ordenament per aquelles fundacions que han de ser considerades com 'espanyoles', en virtut de la seva especial vinculació al nostre

---

<sup>877</sup> M. GARDEÑES SANTIAGO, *Las fundaciones en derecho internacional privado español*, Madrid, Eurolex, 2003, pàg. 179.

<sup>878</sup> Art. 6.2 LF: "Las fundaciones que se inscriban en España para desarrollar una actividad principal en el extranjero, tendrán su domicilio estatutario en la sede de su Patronato dentro del territorio nacional".

<sup>879</sup> Aquestes fundacions que desenvolupen principalment les seves activitats a l'estranger, però constituïdes pel dret espanyol i amb domicili estatutari i per tant, Patronat a Espanya, estaran sotmeses a la tutela del Protectorat. Es planteja el dubte de quin Protectorat seria el competent. Per això, caldrà atendre on es troba situat el Patronat. Si es pren com a criteri l'activitat que pugui desenvolupar la fundació en territori espanyol, (p. ex. captació de fons; campanyes de sensibilització, etc.), podria ser considerada com una fundació de competència estatal o autonòmica. Per tant, hi hauria un marge de maniobra per part de la fundació en decidir per quina llei es constitueix i on situa el seu domicili estatutari. Si resulta optar per ser una fundació de competència estatal, estaria sotmeses al control del Ministeri corresponent segons la matèria, i en concret, segons M. Gardeñes, pel Ministerio de Asuntos Exteriores, quan la fundació sigui d'origen públic o estigui especialment vinculada amb l'Administració, per ex. centres públics espanyols a l'estranger. M. GARDEÑES SANTIAGO, "Capítulo 22: Las fundaciones en el contexto internacional", BENEYTO PÉREZ, J.M. (dir.), *Tratado de Fundaciones*, Bosch, 2007, vol. II, pàg. 1180. *Vid.* part II, cap. IV, apartat 1.

territori – al desplegar la seva activitat principal en aquest<sup>880</sup>. Dit d'una altra manera, tal i com s'exposarà en l'apartat de reconeixement de fundacions, l'art. 6 LF 50/2002 comporta que les fundacions constituïdes per un altre ordenament diferent a l'espanyol que desenvolupin les seves activitats de forma principal en territori espanyol sense tenir-hi el seu domicili estatutari, no es reconeixin com a tals, i es considerin fundacions irregularment constituïdes<sup>881</sup>.

Respecte les fundacions espanyoles, s'aplicarà la llei espanyola de fundacions, o les lleis autonòmiques; segons l'art. 9.11 CCEsp. En aquest punt, cal determinar quin serà el contingut de la llei personal, el qual s'especifica en el mateix precepte: “la capacitat, constitució, representació, funcionament, transformació, dissolució i extinció”. En concret, la *lex foundationis* serà la que determinarà les condicions de constitució de la fundació, per tant, aspectes exposats en el primer capítol com són: el fi fundacional; la quantia i característiques de la dotació inicial; el contingut del negoci fundacional; la necessitat de registre o d'autorització administrativa; el contingut dels estatuts; i d'altres qüestions estretament vinculades a la vida i funcionament de la fundació com seria el règim intern de govern i funcionament; la responsabilitat dels gestors; la denominació; o el control o supervisió administrativa de les seves activitats i el rendiment de comptes o l'obligació d'informacions periòdiques; també, tot allò referent a la transformació, canvi d'estatuts, fusió o extinció de la fundació i la destinació dels seus béns.

Aquestes qüestions seran regides per la llei personal de la fundació, que l'acompanyarà també extraterritorialment quan així ho prevegi la normativa de DIPr del fur, com és el cas de l'art. 9.11 CCEsp. Cal assenyalar però, que les activitats fundacionals desenvolupades en territori espanyol de forma estable per fundacions estrangeres i que, necessàriament, seran exercides per una delegació d'una fundació degudament registrada, es sotmetran al control administratiu exercit pel Protectorat corresponent en relació a les activitats desenvolupades en el fur. Respectant però, la seva llei personal, que en tot cas, li serà d'aplicació. Aquesta idea ha estat recentment reafirmada en el *Reglamento del Registro de fundaciones de competencia estatal* de 2008<sup>882</sup>. Introdueix una norma de DIPr que determina la llei aplicable a les delegacions de fundacions estrangeres, en concret,

---

<sup>880</sup> G. PALAO MORENO; A. CUENCA GARCÍA, “Artículo 6. Domicilio”, J. OLAVARRÍA (coord.), *Comentarios a la Ley de fundaciones*, Tirant lo blanch, València, 2008, pàg. 193; 198.

<sup>881</sup> *Vid.* part II, cap. III, apartat 2.2.1.

<sup>882</sup> Real Decreto 1611/2007, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de fundaciones de competencia estatal, (BOE núm. 17, 19.1.2008). Aquest és d'aplicació a les delegacions de fundacions estrangeres que desenvolupin la seva activitat en tot el territori de l'Estat o principalment en el territori de més d'una CA (art. 11).

disposa que es regirà, en relació a la seva constitució, per la seva llei personal (art. 3), així com respecte la seva extinció (art. 40 d). Coincideix amb la norma general prevista en l'art. 9.11 CCEsp.

Concorren altres normes que per raó de matèria s'apliquen a les fundacions estrangeres, que caldrà determinar cas per cas, utilitzant les normes de DIPr del fur. Per exemple, la llei aplicable a la capacitat de fundar<sup>883</sup>, la llei aplicable a la successió d'una fundació constituïda per acte *mortis causa*<sup>884</sup>; la llei aplicable als requisits formals de l'acte fundacional<sup>885</sup>, la llei reguladora del negoci jurídic (successió, acte unilateral *inter vivos*, contracte), el règim de transmissió dels drets reals i les exigències formals d'inscripció<sup>886</sup>, o d'altres, com serien, per exemple, les lleis sobre contractació laboral.

---

<sup>883</sup> Segons el DIPr espanyol, i aplicant la norma general de l'art. 9.1 CCEsp, per determinar la capacitat s'aplicarà la llei nacional de la persona. Segons M. GARDEÑES, la llei personal del fundador serà la que determinarà la seva capacitat per fundar. Serà extensiva tal afirmació quan siguin persones jurídiques (societats, ens públics) les que fundin (art. 9.11 CC). Especifica però l'autor encertadament que quan es refereix a la capacitat del testador per constituir una fundació mitjançant testament, s'aplicaria el Conveni de La Haia de 5 d'octubre de 1961, sobre conflicte de lleis en matèria de forma de les disposicions testamentàries, de manera que seria aplicable per determinar la capacitat per testar, la llei nacional i altres (art. 1-3, 5), sempre en base al principi de *favor testamenti* que inspira el Conveni. M. GARDEÑES SANTIAGO, *Las fundaciones en derecho internacional privado español*, Madrid, Eurolex, 2003, pàg. 191.

<sup>884</sup> S'ha exposat un exemple en la primera part, en el cas de la constitució de la Fundació Privada Catalana per a l'Ensenyament de l'Idioma Anglès i l'Educació en Anglès, en què s'havien d'aplicar la llei personal successòria del causant, en el cas la llei catalana, i els problemes que sorgien perquè part dels béns estaven constituïts en *trust*, i s'havia d'aplicar la llegítima. *Vid.* part I, cap. 2.2.2.3 b). Vegeu la jurisprudència citada per: M. GARDEÑES SANTIAGO, "Capítulo 22: Las fundaciones en el contexto internacional", BENEYTO PÉREZ, J.M. (dir.), *Tratado de Fundaciones*, Bosch, 2007, vol. II, pàg. 1167.

<sup>885</sup> S'aplicaria la llei que es determina segons l'acte fundacional: així, si és una fundació establerta per testament, la llei que prevegui respecte la forma el Conveni de La Haia de 1961 sobre conflicte de lleis en matèria de forma de les disposicions testamentàries; si es constituís per acte unilateral *inter vivos*, la validesa formal es designarà per una de les lleis que preveu l'art. 11.1 CCEsp; si es constitueix per acord entre diverses persones, el contracte serà vàlid en la forma, segons la llei que indiqui el Reglament (CE) 593/2008 del Parlament Europeu i del Consell de 17 de juny de 2008, sobre la llei aplicable a les obligacions contractuals (Roma I). Més interessant és la polèmica suscitada respecte la forma *ad validitatem*, quan es requereix escriptura pública, atenent la doctrina de la DGRN, s'exigiria que per a la constitució d'una fundació per part d'un no resident a Espanya i segons Dret espanyol, no s'admetria l'escriptura pública efectuada per un Notari estranger. La polèmica qüestió encara està debatent-se, i conclouríem d'acord amb M. Gardeñes, a qui hem seguit en aquesta explicació, que s'hauria d'admetre l'escriptura de constitució d'una fundació feta per un Notari estranger que tingui funcions similars al Notari espanyol, i només podria aplicar-se la doctrina de la DGRN si la fundació tingui immobles situats a Espanya. M. GARDEÑES SANTIAGO, "Capítulo 22: Las fundaciones en el contexto internacional", BENEYTO PÉREZ, J.M. (dir.), *Tratado de Fundaciones*, Bosch, 2007, vol. II, pàg. 1160-1162. La problemàtica sobre les qüestions notariales i registrals amb element d'estrangeria, i dels documents públics per fedatari públic (Notari) ha suscitat un creixent nombre de resolucions de la DGRN i discussions de la doctrina espanyola. Vegeu en relació a la inscripció de societats a partir de documents notariales estrangers, per tots: ARENAS GARCÍA, R., "Capítulo 3: Sociedades", J.C. FERNÁNDEZ ROZAS; R., ARENAS GARCÍA; P.A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho de los negocios internacionales*, Madrid, 2007, pàg. 185-188.

<sup>886</sup> Cal tenir en compte el dret aplicable a la transmissió de béns situats a l'estranger (art. 10.1 CCEsp), i les formalitats del dret intern. Per exemple: Resolució de la DGRN de 20 de maig de 2005. En aquest supòsit, el Registrador de la propietat de Dènia, nega la inscripció d'un document notarial alemany de

## 1.2 El DIPr francès i la llei aplicable a les fundacions

El criteri utilitzat pel Dret internacional privat francès per determinar la llei aplicable a les persones jurídiques és el de la seu social o real, no sense comportar discussions doctrinals durant els inicis del segle XX, sobre el criteri que s'havia d'utilitzar, si el de la seu social o el criteri de control<sup>887</sup>. La utilització del criteri de la seu social comporta un doble aspecte: un de formal, que resulta de la menció de la seu en el propi estatut de la societat i que constarà en el registre<sup>888</sup>. I un aspecte material, que rau en el centre de la direcció efectiva, definida per la jurisprudència francesa com el lloc on se situa “la direcció superior i el control de la societat”, per tant, allà on es reuneixin els dirigents de la societat, assemblees generals o, el lloc on es conclouen els principals contractes<sup>889</sup>. En la jurisprudència recent, el cas de 21 de desembre 1990, l'Assemblea plenària del Tribunal de Cassació disposa de nou que “la nacionalitat... per una societat resulta, en principi, de la localització de la seva seu real, definida com la seu de la direcció efectiva i presumiblement per la seu estatutària”<sup>890</sup>. La doctrina majoritària francesa doncs, admet com a criteri determinant de la nacionalitat d'una societat, per tant, com a criteri que determina la llei aplicable, la seu real, assumint que l'element determinant de la seu social és el centre dels seus interessos<sup>891</sup>.

---

compravenda d'un bé immoble situat a la ciutat de Dènia a una Fundació austríaca. No importa la condició de fundació, sinó les formalitats de dret públic (acta notarial) que ha de seguir la *traditio* de l'immoble situat a Dènia.

<sup>887</sup> Excepcionament, reapareix en la normativa francesa el criteri de control, més enllà de la jurisprudència dels ‘temps de guerra’. S'utilitza per aplicar mesures de discriminació en operacions excepcionals, p.ex. el control d'inversions estrangeres o a la llei de privatització A. COURET, “Les sociétés en droit international et européen”, J. BÉGUIN; M. MENJUCQ (dirs.), *Droit du commerce international*, Paris, 2005, pàg. 177.

<sup>888</sup> “Toute société dont les statuts précisent qu'elle a son siège social en France doit être immatriculée au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel elle a son siège. Article 1er, 2 du décret n°84-406 du 30 mai 1984”. M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, Montchrestien, 2001, pàg. 20.

<sup>889</sup> Per conèixer l'evolució jurisprudencial en els criteris utilitzats per determinar la nacionalitat de les societats franceses vegeu l'extraordinari resum que en fan LOUSSOUARN i BREDIN des d'abans de la primera Guerra Mundial fins a mitjans dels anys 60, amb la conclusió que el criteri emprat per la jurisprudència francesa és l'ús generalitzat del criteri de seu social. Y. LOUSSOUARN; J.D. BREDIN, *Droit du Commerce International*, Paris, 1969, pàg. 268-277. Vegeu a continuació, la descripció que en fa de la jurisprudència M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, Montchrestien, 2001, pàg. 21-23.

<sup>890</sup> Cass. Ass. Plén. 21 décembre 1990, *RCrDIPr*, 1992. M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, Montchrestien, 2001, pàg. 24.

<sup>891</sup> M. MENJUCQ conclou: “En définitive, la nationalité des sociétés se détermine principalement mais pas uniquement par le critère du siège social. Ce critère coïncide en principe avec le lieu d'immatriculation puisque la Cour de cassation pose la présomption qu'il se situe au lieu du siège statutaire mais il pourrait être distinct si le centre effectif de direction était en un autre lieu. Néanmoins, si le critère du siège social est toujours nécessaire puisqu'un État n'accorderait pas sa nationalité à une société qui relèverait de la loi d'un autre État, il n'est parfois pas suffisant. Des critères complémentaires sont à l'occasion pris en compte: il s'agit essentiellement du critère du contrôle mais il arrive (assez rarement) que soit aussi

Centrant-nos de nou en la figura de les fundacions, no existeix cap norma específica de Dret internacional privat francesa per a determinar la llei aplicable a les fundacions, per això, s'aplica la jurisprudència i la doctrina. Aquestes es basen en la llei de la seu social de la fundació per determinar la llei aplicable al seu estatut jurídic com es dedueix de les línies precedents en matèria societària<sup>892</sup>. El criteri de la seu social ha de ser real i seriós, i es determina per la situació de l'administració central, és a dir, allà on hi hagi els òrgans de direcció i gestió de la fundació<sup>893</sup>. El registre d'un establiment secundari en un Estat no seria suficient per designar la seu, tampoc es tindrien en compte els llocs de situació dels béns de la fundació<sup>894</sup>, malgrat algunes opinions que estimen com a poc adequat utilitzar com a criteri el lloc de presa de decisions<sup>895</sup>.

---

considéré le lieu de l'activité principale. La jurisprudence a ainsi refusé à des sociétés ayant leur siège en France, le bénéfice de certains droits réservés aux Français. Il existe donc des sociétés soumises au droit français et cependant considérées comme étrangères pour l'exercice de certains droits." M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, Montchrestien, 2001, pàg. 26. El criteri de la seu real com a principi en el dret francès es fonamenta en la jurisprudència, en el *Code Civil*, art. 1837, i en el Codi de comerç, art. 210-3 (bilateralitzat): "les sociétés dont le siège social est situé en territoire français sont soumises à la loi française" i l'art. 225-97: "l'assemblée générale extraordinaire (de la société anonyme) peut changer la nationalité de la société, à condition que le pays d'accueil ait conclu avec la France une convention spéciale permettant d'acquérir sa nationalité juridique"; i pels tractats internacionals signats entre França i altres Estats, sobretot els africans. A. COURET, "Les sociétés en droit international et européen", J. BÉGUIN; M. MENJUCQ (dirs.), *Droit du commerce international*, Paris, 2005, pàg. 177-178. Segons Y. LOUSSOUARN, l'efecte principal del no reconeixement de ple dret estava buit de substància ja que es van firmar multitud de tractats i decrets col·lectius en aquesta matèria. Per exemple, la Convenció sobre l'establiment franco-americana de 25 de novembre de 1959; la Convenció franco-alemanya d'establiment i navegació de 1956 Y. LOUSSOUARN, "La condition des personnes morales en droit international privé", *RCADI*, 1959-I, pàg. 515. Hi ha pluralitat de lleis franceses que controlaven la nacionalitat de les societats, per exemple, la nacionalitat de part dels dirigents, o de l'origen del capital de la societat. A títol d'exemple, M. MENJUCQ cita les empreses de transport aeri que fan transport interior i aviació, Art. L 330-1 i 2; o la Loi du 6 août 1986, relativa a les privatitzacions de les societats nacionals, limitant a un 20% la participació en la quantia total dels títols de les persones jurídiques estrangeres. M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, Montchrestien, 2001, pàg. 23-24. Part de la doctrina francesa advoca per l'abandonament d'usar el concepte de nacionalitat per determinar la llei aplicable, usant únicament el criteri de la seu social com a criteri de connexió amb la llei aplicable, malgrat això, encara és àmpliament utilitzat com a criteri per determinar el reconeixement de les societats a França, o per resoldre els conflictes de jurisdiccions. En la jurisprudència civil francesa: Cour de Cassation du 8 décembre 1998, per designar la llei aplicable als poders dels dirigents socials, es refereix únicament a la seu estatutària, per contra la Cambra de Comerç afirma que la *lex societatis* és la llei nacional de la societat. M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, Montchrestien, 2001, pàg. 42-43.

<sup>892</sup> P. MAYER, *Droit international privé*, Montchrestien, 6<sup>a</sup> ed., 1998, pàg. 672.

<sup>893</sup> Vegeu el precedent: Cas de la *Fondation de Niederfüllbach*. *Vid.* part II, cap. II, apartat 1.3. "On justifie un tel rattachement notamment par l'idée que c'est au siège de son administration que la fondation a ses organes qui la dirigent dans l'accomplissement de ses fins statutaires et qui décident de l'emploi à donner périodiquement aux revenus des biens qui lui sont affectés". M.C. DE LAMBERTYE-AUTRAND, "Fondation", *Encyclopédie Dalloz International*, agost 2004, pàg. 3.

<sup>894</sup> Vegeu el cas de la *Fondation Guggenheim*, Cour d'appel de Paris, 1er ch., 17 novembre 1993. Nota de H. GAUDEMET TALLON, *RCrDIPr*, 1994 (1), pàg. 115-120. Cour de cassation, ch. civile, 3 juillet 1996. Nota de H. GAUDEMET TALLON, *RCrDIPr*, 1997 (1), pàg. 97-100. *Vid.* part II, cap. II, apartat 2.2.

<sup>895</sup> V. HEUZÉ; P. MAYER, *Droit international privé*, 7<sup>a</sup> ed., Montchrestien, 2001, n°1079.

Per tal de garantir la unitat de l'estatut jurídic de la fundació s'insisteix en aplicar la mateixa llei a un domini molt ampli, que comprendria: les condicions de la constitució; la capacitat per instituir una fundació; les formalitats necessàries per a constituir una fundació i per l'adquisició de la personalitat i publicitat; el seu règim i organització interna; el funcionalment; els poders atribuïts als òrgans i dirigents socials; la dissolució; la liquidació i la decisió sobre la transferència de seu<sup>896</sup>.

En relació a les normes de constitució d'una fundació, serà, doncs, la llei de la seu social la que estableixi les formalitats necessàries a la seva constitució, formalitats de publicitat i els mitjans d'intervenció d'una autoritat administrativa. Així mateix, serà aquesta llei la que preveurà si la constitució es troba subordinada a una declaració o autorització pública, i si disposa de personalitat jurídica<sup>897</sup>. Respecte la determinació de les persones capaces per constituir una fundació, la llei de la seu social de la fundació es combina necessàriament amb la llei nacional de fundador. Cal verificar que el fundador, segons la seva llei personal, disposa de capacitat de disposar a títol gratuït i, per tant, d'efectuar liberalitats que servirà de base a la fundació<sup>898</sup>.

Però la llei aplicable a l'estatut personal pot tenir certs límits materialitzats en lleis de policia que poden coartar la seva aplicació, sobretot en el sector econòmic, essent aplicable per exemple la normativa bancària<sup>899</sup>. Un altre supòsit és respecte la capacitat per adquirir béns en territori francès per part de fundacions estrangeres a través de liberalitats, les quals es trobaven sotmeses a la llei imperativa de l'art. 910 del Codi civil francès, que obligava a les fundacions (i a

---

<sup>896</sup> Per exemple, la llei de la seu real de la fundació determina les causes de dissolució o de transferència de seu a l'estranger: CA Paris, 9 juillet, 1975, *Fondation Zeiss*, *RCrDIPr*, 1977, 86, nota T. TRÈVES, i en el *JDI*, 1976, 112, nota de P. KHAN. En el supòsit, una fundació constituïda segons el dret de l'Alemanya de l'Est, pretenia traslladar la seva seu a França. El tribunal no va considerar que la fundació fos la continuació de la fundació original ja que no es va mantenir el fi fundacional, per tant, es va irrompre en la voluntat del fundador.

<sup>897</sup> M.C. DE LAMBERTYE-AUTRAND, "Fondation", *Encyclopédie Dalloz International*, agost 2004, pàg. 3.

<sup>898</sup> "Enfin, la loi du siège doit encore être conjuguée avec la loi de la libéralité qui va donner naissance à la fondation si la création de cette fondation est subordonnée à la validité de l'acte de donation ou du legs des biens qui lui sont affectés en vue de sa constitution. La validité de cette libéralité relève respectivement de la loi du contrat pour la donation et de la loi successorale pour le legs (...)" M.C. DE LAMBERTYE-AUTRAND, "Fondation", *Encyclopédie Dalloz International*, agost 2004, pàg. 3. La llei de la seu social de la fundació també s'ocupa de determinar l'abast de la capacitat de la persona jurídica, com seria la capacitat per contractar de la institució, la capacitat d'acceptar liberalitats o de ser part en judici. Dependrà de la seva llei nacional, i no pot excedir dels drets que li atorga aquesta en el territori d'un altre Estat, malgrat que la jurisprudència no sempre ha advocat en aquest sentit.

<sup>899</sup> T. VIGNAL, *Droit international privé*, Dalloz, 2005, pàg. 442. A. COURET, "Les sociétés en droit international et européen", J. BÉGUIN; M. MENJUCQ (dirs.), *Droit du commerce international*, Paris, 2005, pàg. 182-189.

les associacions) a obtenir l'autorització administrativa competent per rebre liberalitats respecte a béns situats França. Actualment, les fundacions que demostrin tenir capacitat legal, en la majoria de supòsits estarien exemptes de tal autorització, és una *loi de police* que s'aplica indistintament si la fundació és estrangera o francesa<sup>900</sup>.

### 1.3 La llei aplicable a les fundacions en la Llei de DIPr italiana

En relació a les societats (que per analogia s'aplicava a les persones jurídiques), la regulació anterior a la llei de reforma del sistema italià de Dret internacional privat (en endavant, Llei de DIPr italiana de 1995)<sup>901</sup>, optava pel criteri de la nacionalitat de les societats. La seva determinació, malgrat no estar definit expressament en el *Codice Civile* (art. 16 CCIIt), era “clarament present a favor de la seu efectiva”<sup>902</sup>.

El capítol III de la Llei de DIPr italiana de 1995 s'ocupa de les persones jurídiques, en concret, l'art. 25 estableix la norma de conflicte dedicada a la *Società*

---

<sup>900</sup> M. REVILLARD, “Fondations en droit international privé”, *Juris Classeur - Droit international*, 5, 2001, pàg. 5. *Vid.* part II, cap. III, apartat 2.2.2. L'art. 910 del CCFr va ser modificat per la “Ordonnance n° 2005-856 du 28 juillet 2005 portant simplification du régime des libéralités consenties aux associations, fondations et congrégations, de certaines déclarations administratives incombant aux associations, et modification des obligations des associations et fondations relatives à leurs comptes annuels” en vigor des de l'u de gener de 2006, i disposa: “Las disposiciones inter vivos o por testamento, en beneficio de hospicios, de los pobres de una comunidad, o de establecimientos de utilidad pública, no tendrán efecto mientras no sean autorizados por una real orden (un decreto). No obstante, las disposiciones inter vivos o por testamento, en beneficio de fundaciones, congregaciones y asociaciones con capacidad legal para recibir liberalidades, con excepción de las asociaciones o fundaciones cuyas actividades o las de sus dirigentes estén contempladas en el artículo 1 de la Ley de 12 de junio de 2001 destinada a reforzar la prevención y represión de los movimientos sectarios que afectan a los derechos humanos y libertades fundamentales, podrá ser aceptadas libremente por las mismas, salvo oposición motivada por la inaptitud del organismo legatario o donatario a utilizar la liberalidad de conformidad con su objeto estatutario. La oposición será presentada por la autoridad administrativa a la que se haya declarado la liberalidad, en las condiciones establecidas por decreto adoptado en *Conseil d'État*. La oposición privará de efecto esta aceptación. Nota: Orden 2005-856 de 28 de julio de 2005 art. 9: lo dispuesto en el artículo 1 no será de aplicación a las liberalidades para las cuales se hayan presentado solicitudes de autorización para su aceptación antes de la entrada en vigor de la presente orden”. Es complementa amb el *Décret n° 2007-807 du 11 mai 2007 relatif aux associations, fondations, congrégations et établissements publics du culte et portant application de l'article 910 du code civil* <[www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)>.

<sup>901</sup> Legge 31 maggio 1995, n° 218, riforma del sistema italiano di Diritto internazionale privato (GU n° 128, suppl. Ord., del 3 giugno 1995). Vegeu: V.A., *Le nuove leggi civili commentate. Riforma del sistema italiano di Diritto internazionale privato*, Cedam, 1996; F. POCAR, *Il nuovo diritto internazionale privato italiano*, Giuffrè editore, 2ª ed., 2002; T. BALLARINO; A. BONOMI, “The Italian Statute on Private International Law of 1995”, *Yearbook of Private International Law*, vol. 2, 2000, pàg. 99-131.

<sup>902</sup> Abans de la Llei de 1995, la regulació de les societats estrangeres era prevista en els art. 2505-2509 del CCIIt que es deroguen expressament en l'art. 73 de la Llei de DIPr italiana. T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, 3ª ed., 1999, pàg. 357. Vegeu les distintes interpretacions, M.V. BENEDETTELLI, “Art. 25”, V.A., *Le nuove leggi civili commentate. Riforma del sistema italiano di Diritto internazionale privato*, Cedam, 1996, pàg. 1109 i ss; T. BALLARINO, *Manuale breve di Diritto internazionale privato*, Cedam, 2002, espec. pàg. 121-134.

*ed altri enti*<sup>903</sup>. El primer que mereix destacar és que amplia l'aplicació subjectiva, no només a les societats, sinó també a les associacions, fundacions i altres ens públics o privats i, fins i tot, els ens privats de naturalesa associativa o personalitat jurídica<sup>904</sup>.

L'art. 25 de la Llei de DIPr italiana, utilitza com a punt de connexió, la llei del lloc en què s'ha perfeccionat la constitució de l'ens, per tant, a priori seguiria el model de constitució. Segons exposa A. SANTA MARIA, la solució adoptada no és nova, ja que correspondria a la precedent recollida en els art. 2505-2509 del CCIIt, essent “el criteri de connexió el del lloc de constitució aquell mateix factor, que ha estat històricament aplicat en el nostre sistema de dret internacional privat en relació a les societats i, de forma extensiva, en relació a les persones jurídiques en general”<sup>905</sup>. Concreta T. BALLARINO que l'estatut personal de les associacions i de les fundacions, igual que en les societats comercials, “s'estableix per la llei del lloc en què s'ha perfeccionat el procediment de constitució, aquella que l'ha creat i ha conferit la personalitat jurídica”. Afegeix, que es parla de ‘*nazionalità*’, en primer lloc com a criteri de pertinença a un Estat, com equivalent d'estatut personal; en segon lloc com a criteri d'aplicació de les vàries normes sobre la condició d'estranger<sup>906</sup>.

---

<sup>903</sup> Art. 25.1 Llei DIPr It.: “Le società, le associazioni, le fondazioni ed ogni altro ente, pubblico o privato, anche se privo di natura associativa, sono disciplinati dalla legge dello Stato nel cui territorio è stato perfezionato il procedimento di costituzione. Si applica, tuttavia, la legge italiana se la sede dell'amministrazione è situata in Italia, ovvero se in Italia si trova l'oggetto principale di tali enti. (...)”

<sup>904</sup> La nova norma de DIPr es formula expressament tenint en compte la funció ‘internazionale’, per això, la categoria és la més àmplia i idònia per abraçar les institucions de dret estrangers disciplinades de forma diversa al dret material italià o que no troben cap correspondència A. SANTA MARIA, “Articolo 25”, F. POCAR et al., *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, Milan, 1996, pàg. 135 i nota. S'aplicaria a l'*Anstalten*, figura que havia comportat molta jurisprudència fins el moment. L'*Anstalt* és una persona jurídica de l'ordenament de Liechtenstein constituïda per un fundador que destina part del propi patrimoni a una determinada finalitat, amb lucre o sense. Aquesta figura no es reconeixia a Itàlia per part de la jurisprudència en aplicació de l'ordre públic, ja que es violava el principi de responsabilitat patrimonial del deutor (art. 2740 CCIIt).

<sup>905</sup> L'origen és la llei dels Estats sards de 30 de juny de 1853 (n. 1564) i del 27 d'octubre de 1860 (n. 4387). La llei del lloc de constitució seria el lloc en què esdevé l'existència de la nova societat, això comportaria que la determinació de les condicions de la vàlida constitució d'una societat es basarien amb la mateixa llei del lloc de constitució, és a dir, la *lex societatis*. Es bilateritzava la norma, “come le società costituite in Italia sono, in linea di principio e da un punto di vista generale, regolate dalla legge italiana, così le società costituite all'estero sono, innanzitutto, sottoposte alla legge nazionale, intesa quale legge del luogo di costituzione”. A. SANTA MARIA, “Articolo 25”, F. POCAR et al., *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, Milan, 1996, pàg. 136-137. Vegeu la regulació prèvia, A. SANTA MARIA, *Le società nel diritto internazionale privato*, Milano, 2<sup>a</sup> ed., 1973.

<sup>906</sup> T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, 3<sup>a</sup> ed., 1999, pàg. 381; 359. Per establir si la societat es considera italiana, s'atendrà a la seva inscripció (art. 2196, 2296 CCIIt) o al dipòsit de l'acte constitutiu (art. 2330 CCIIt) que es realitza en l'oficina registral de la circumscripció en què l'empresa té la seu social, de manera que el lloc del registre esdevé el lloc de constitució i s'exclou que una societat pugui ser considerada italiana (com a estatut personal i com a nacionalitat) sinó té la seu a Itàlia



Segons M.V. BENEDETTELLI, l'art. 25 Llei DIPr It. semblaria indicar que la disciplina internacionalprivatística hagi optat per una norma de conflicte 'clàssica' bilateral, i que aquesta norma utilitza com a criteri de vinculació el del lloc en què l'ens s'ha constituït, estant sotmesa a aquesta llei. Però només seria un principi, ja que la mateixa entitat pot estar sota l'aplicació de diverses *leges societatis*, de diverses normes estrangeres, o bé, sota una norma estrangera i també l'italiana, situació que limita l'eficàcia de la *lex societatis* originària<sup>907</sup>.

Després d'indicar la norma rectora a l'ens jurídic, l'art. 25 Llei de DIPr italiana, especifica a continuació que la llei italiana s'aplicarà si la seu d'administració es troba situada a Itàlia, o bé, s'hi troba el seu objecte principal<sup>908</sup>. Se la considera una norma d'aplicació necessària, en relació a l'art. 17 de la mateixa Llei de DIPr italiana<sup>909</sup>, de manera que si una persona jurídica estrangera presenta un d'aquests dos vincles, seu administrativa o real, o lloc on objectivament es desenvolupen les seves activitats principals, també seria d'aplicació la llei italiana<sup>910</sup>. Així, les societats o persones jurídiques, que tinguin a Itàlia la seu administrativa o l'objecte principal d'actuació, resulten sotmeses a l'aplicació de la llei italiana, com a llei reguladora de l'ens, en relació a la matèria indicada en el segon apartat de l'art. 25, entre les quals s'inclou la quantia mínima del capital social<sup>911</sup>, i per extensió el capital mínim per constituir una fundació. Comporta l'obligació d'inscripció en el registre d'empreses, és una condició per a les societats estrangeres per a què puguin actuar en territori italià, i que s'exigeix també a les

---

<sup>907</sup> Seria una norma clàssica de conflicte bilateral, però que pateix de la manca de coordinació amb el dret estranger. Caldrà que l'operador jurídic investigui per individualitzar l'ordenament aplicable, serà més senzill quan per la constitució s'hagin hagut de seguir formalitats. La coordinació amb els ordenaments estrangers es dona a través del reconeixement dels valors jurídics que s'han produït en la personificació de l'ens (interpretació a través de l'art. 13 sobre el reenviament), de manera que el dret italià no s'oposa a que l'ordenament de constitució de l'ens s'apliqui per al seu estatut. Vegeu les diferents possibilitats de solucions per coordinar les normes aplicables. M.V. BENEDETTELLI, "Art. 25", V.A., *Le nuove leggi civili commentate. Riforma del sistema italiano di Diritto internazionale privato*, Cedam, 1996, pàg. 1121 i ss.

<sup>908</sup> No hi ha cap exigència quan la societat estrangera només pretén operar a Itàlia de forma puntual, ja que actua el simple reconeixement (art. 16, 2 disposició preliminar).

<sup>909</sup> Art. 17 Norme di applicazione necessaria. "È fatta salva la prevalenza sulle disposizioni che seguono delle norme italiane che, in considerazione del loro oggetto e del loro scopo, debbono essere applicate nonostante il richiamo alla legge straniera". Vegeu: M.V. BENEDETTELLI, "Art. 25", V.A., *Le nuove leggi civili commentate. Riforma del sistema italiano di Diritto internazionale privato*, Cedam, 1996, pàg. 1137.

<sup>910</sup> Aquesta previsió, seria la mateixa que encara està en vigor per a les seues secundàries amb representació estable a Itàlia (arts. 2506, 2507 i 2508 CCIt.). A. SANTA MARIA, "Articolo 25", F. POCAR et al., *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, Milan, 1996, pàg. 137.

<sup>911</sup> G. CIAN; A. TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice civile, Diritto internazionale privato e Diritto societario prima della riforma*, Cedam, 2004, pàg. 51.

empreses italianes<sup>912</sup>. Per al seu registre es disposa l'acte constitutiu i els estatuts, els quals han d'estar reconeguts per un notari italià. Si no es compleixen les condicions, la conseqüència seria la responsabilitat personal il·limitada i solidària (art. 2508 CCIt.)<sup>913</sup>. La finalitat de la norma seria, segons M.V. BENEDETTELLI, limitar l'eficàcia de la *lex societatis* que ha estat cridada en virtut del reenviament contingut en la norma de conflicte. L'ens mantindria la identitat que deriva del seu estatut originari, no seria '*nazionalizzato*', ni tampoc reconstruït segons les normes italianes, però seria disciplinat en part per la llei italiana<sup>914</sup>. L'aplicació de la llei italiana no exclouria la persistència de l'estatut personal estranger (determinada per la llei del país de la incorporació), es tindria en aquest cas, una doble nacionalitat, o més correctament, com expressa T. BALLARINO "un fenomen d'aplicació acumulatiu de dos estatuts"<sup>915</sup>.

Per tant, la normativa italiana, malgrat que se l'emmarcaria en un ordenament de la teoria de la incorporació, aquest segon apartat inclouria també el model de seu real (centre d'administració; lloc de principals activitats), per tant, l'emmarcaríem en una teoria mixta. No obstant tal conclusió, a tenor de la llibertat d'establiment, no seria d'aplicació el criteri de seu real respecte les societats constituïdes legalment per un ordenament jurídic d'un Estat membre de la Comunitat Europea<sup>916</sup>.

---

<sup>912</sup> L'establiment de seus secundàries a Itàlia gaudeix d'un tracte més flexible respecte les societats estrangeres amb seu d'administració a Itàlia. La societat estrangera que institueix una seu secundària a Itàlia continua a tots els efectes essent un ens estranger, i la seva capacitat i estructura estan subjectes a la llei estrangera. Només se les exigeix el dipòsit i inscripció de l'acte constitutiu en el registre d'empreses, no han de seguir cap procediment d'homologació. (art. 7.2 D.p.r. 7 des. 1995, n° 581; art. 2506 CCIt.)

<sup>913</sup> Que es refereix als establiments secundaris situats a Itàlia, però que s'estén a les societats estrangeres amb seu administrativa o amb les principals activitats a Itàlia (art. 25.1, segon apartat). G. CIAN; A. TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice civile, Diritto internazionale privato e Diritto societario prima della riforma*, Cedam, 2004, pàg. 51.

<sup>914</sup> "(...) sembra infatti contraddittorio, da un lato, procedere al riconoscimento di una situazione giuridica creata in un ordinamento straniero (come si diceva, il riconoscimento opera automaticamente e quindi precede la valutazione postulata dalla clausola qui in commento sull'esistenza di specifici contatti tra l'ente ed il territorio italiano) per poi negare a tale situazione qualsivoglia tutela disconoscendone *tout court* l'esistenza." M.V. BENEDETTELLI, "Art. 25", V.A., *Le nuove leggi civili commentate. Riforma del sistema italiano di Diritto internazionale privato*, Cedam, 1996, pàg. 1135

<sup>915</sup> T. BALLARINO, *Manuale breve di Diritto internazionale privato*, Cedam, 2002, pàg. 126-127. Posa com a exemple, que per a la responsabilitat dels administradors respecte la societat i dels creditors, podrien ser aplicables les normes italianes (arts. 2392 i 2394), o bé, les normes més severes de l'estatut personal estranger. Aquelles menys severes resulten absorbides per les italianes. Conclou determinant que l'esfera d'aplicació de les normes italianes 'imposades' a les societats estrangers, han de ser les normes relatives a la responsabilitat vers als tercers, a la responsabilitat dels administradors, a les disposicions relatives a certs aspectes fonamentals de l'estructura societària.

<sup>916</sup> Aquest segon apartat de l'art. 25.1 entendríem que no seria d'aplicació en àmbit comunitari europeu tot respectant la llibertat d'establiment (art. 48 TCE) i la jurisprudència del TJCE, de manera que un Estat no pot imposar a la societat estrangera que desenvolupa les seves activitats en aquest Estat el seu règim

Respecte l'àmbit d'aplicació de la *lex societatis*, el mateix art. 25 Llei de DIPr italiana, en el segon apartat, estableix un llistat de caràcter indicatiu del seu contingut, donat que s'interpreta que el 'in particolare' significa que no és un llistat tancat sinó exemplificatiu<sup>917</sup>. En resum: la naturalesa jurídica de l'ens; la denominació; el procediment de constitució o també el contracte de societat, així com la seva transformació i extinció (la vida de l'ens); la capacitat de l'ens (jurídica i d'obrar) i la capacitat d'estar en judici; el funcionament de l'òrgan; la representació de l'ens enfront tercers; la qualitat de soci o associat; els pactes parasocials; la responsabilitat per les obligacions assumides per l'ens; les conseqüències de la violació de la llei o de l'acte constitutiu<sup>918</sup>.

Comprovem, com és habitual, que la doctrina només es fixa en el dret societari, malgrat que la norma inclou tot tipus de persona jurídica i, per tant, les fundacions. S'ha de concloure en relació a la fundació estrangera que actuï a Itàlia, que aquesta serà reconeguda automàticament, com s'indicarà posteriorment segons l'art. 16 CCI, i que li serà d'aplicació la llei de la seva constitució en relació al seu estatut personal (art. 25 Llei DIPr It.), amb la puntualització del segon apartat. Mereix recordar-ho un cop més, si aquesta fundació tingués la seu de l'administració o l'objecte principal a Itàlia, també li seria d'aplicació la llei

---

jurídica en matèria de dret societari, i tampoc pot disposar normes més restrictives respecte aquelles de l'Estat de constitució de la societat. No se la pot obligar a transferir la seva seu social a un altre Estat per tal de respectar les pròpies normes nacionals. En cas contrari, seria un obstacle injustificat a l'exercici d'aquesta llibertat.

<sup>917</sup> Art. 25.2 "In particolare sono disciplinati dalla legge regolatrice dell'ente: a) la natura giuridica; la denominazione o ragione sociale; c) la costituzione, la trasformazione e l'estinzione; d) la capacità; e) la formazione, i poteri e le modalità di funzionamento degli organi; f) la rappresentanza dell'ente; g) le modalità di acquisto e di perdita delle qualità di associato o socio nonché i diritti e gli obblighi inerenti a tale qualità; h) la responsabilità per le obbligazioni dell'ente; i) le conseguenze delle violazioni della legge o dell'atto costitutivo.

<sup>918</sup> G. CIAN; A. TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice civile, Diritto internazionale privato e Diritto societario prima della riforma*, Cedam, 2004, pàg. 52 i ss; M.V. BENEDETTELLI, "Art. 25", V.A., *Le nuove leggi civili commentate. Riforma del sistema italiano di Diritto internazionale privato*, Cedam, 1996, pàg. 1113 i ss. A part de l'art. 25 Llei DIPr It, també s'empraran altres normes de DIPr per determinar la llei aplicable a qüestions accessòries. Per exemple: Sentenza Cass. Civ. Un. 1 luglio, 1993, n. 7186. Una fundació estrangera disposa de capacitat d'heretar, sense limitacions. La jurisprudència italiana, accepta que un ciutadà italià constitueix una fundació a l'estranger per testament, la qual essent estrangera se li determinarà la capacitat d'heretar segons la seva llei nacional, però el testament es regirà per la llei successòria (sigui quina sigui). En el comentari de la sentència, s'estableix la diferència entre la llei aplicable al negoci fundacional (que seria el dret personal), de la llei aplicable a la dotació (que seria el dret patrimonial). Com que en la doctrina i jurisprudència italiana s'admeten les fundacions no reconegudes (ja que el vincle de destinació dels béns a la finalitat ha d'ésser referit a l'acte de fundació i concebut com efecte negocial d'aquest), s'admetria que una fundació estrangera sense haver estat sotmesa a un acte de reconeixement per part de l'autoritat italiana, pogués gaudir dels drets civils atribuïts als ciutadans. G. VALCAVI, "Applicabilità dell'art. 600 CC a una fondazione straniera istituita da un testatore italiano", *Rivista Diritto Civile*, 1995, II, pàg. 171-175. Com indica T. Ballarino, la *lex societatis* també disciplina el contracte de societat, establint els requisits tant en relació al contingut, com en els requisits formals (no als acords previs). T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, 3ª ed., 1999, pàg. 377-380.

italiana. Però no tenim cap disposició al respecte, de manera que aplicariem, novament per analogia, la normativa del codi civil sobre societats, fet que sembla excessiu i poc adequat. Podríem arribar a la conclusió que només aplicariem la norma italiana respecte la responsabilitat dels administradors enfront a tercers, i les activitats desenvolupades en el seu territori<sup>919</sup>. Per altra banda, malgrat la imprecisió de la llei aplicable a les entitats amb personalitat jurídica que no siguin societats, mereix destacar que l'art. 25 sí va incloure en el seu àmbit d'aplicació entitats sense personalitat jurídica. Per al nostre objecte d'estudi, hauríem d'interpretar, que un *charity trust*, constituït per la llei anglesa, seria reconeguda per l'ordenament jurídic italià (encara que no tingui equivalent en el seu ordenament jurídic), i se li aplicaria en relació a tot el disposat en l'art. 25.2 (estatut personal) la llei anglesa<sup>920</sup>.

#### 1.4 La llei aplicable a les fundacions estrangeres en el DIPr holandès

Per determinar la llei aplicable a les fundacions s'aplica el principi de la incorporació, reconegut als Països Baixos des de 1866<sup>921</sup>. La Llei sobre conflicte de lleis respecte corporacions (*Wet conflictenrecht corporaties*)<sup>922</sup>, disposa que la corporació es regeix per la llei de l'Estat de la seva seu o registre, i si aquesta no constés, per la llei de centre d'activitats (art. 2).

Per tant, la norma general és utilitzar el principi de la incorporació per determinar la llei aplicable a una fundació, així, la llei de l'Estat per la qual s'hagi constituït una fundació serà la que s'aplicarà al seu estatut personal, entès aquest com la personalitat jurídica i l'abast de la seva capacitat jurídica, l'organització, la liquidació, les relacions entre els òrgans de govern, i la responsabilitat dels directors<sup>923</sup>. No obstant això, les relacions jurídiques privades que dugui a terme

---

<sup>919</sup> Pocs comentaris són dedicats a les fundacions per part dels internacional privatistes, i els que hi ha són poc aclaridors: "Nelle fondazioni si verificano, più ancora che nelle società e nelle associazioni, veri e propri casi di 'bilocalizzazione' che talvolta rendono difficile stabilire qual è la legge che deve governarle". T. BALLARINO, *Manuale breve di Diritto internazionale privato*, Cedam, 2002, pàg. 134.

<sup>920</sup> Part de la doctrina exclou l'aplicació d'aquest article 25 Llei DIPr It., al *trust*, ja que compta amb regulació convencional tal i com indica l'art. 21 Llei DIPr It., essent d'aplicació el Conveni de La Haia de 1985 sobre reconeixement i llei aplicable al *trust* (arts. 6 i 7). G. CIAN; A. TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice civile, Diritto internazionale privato e Diritto societario prima della riforma*, Cedam, 2004, pàg. 54. Per contra, part de la doctrina considera que el *trust*, essent un ens no personificat, seria cobert per tal article. T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, 3<sup>a</sup> ed., 1999, pàg. 382; 589.

<sup>921</sup> R.VAN ROOIJ; M.V. POLAK, *Private Interational Law in The Netherlands*, The Hague, 1987, pàg. 168 i ss. Per 'corporation' s'inclou: societats, associacions, cooperatives, mutualitats, fundacions i d'altres entitats que operen com una unitat o organització independent.

<sup>922</sup> *Governing Law on Corporations Act 1997* (stb 699), en vigor des de vigor l'1 de gener de 1998.

<sup>923</sup> La llei que es determini s'aplicaria a les següents matèries: la qualitat de persona jurídica o els drets i obligacions, i la capacitat jurídica; la regulació interna de la corporació; la responsabilitat dels directors o representants legals; l'extinció de la corporació (art. 3 *Governing Law on Corporations Act 1997*).

als Països Baixos es regiran pel dret holandès, civil, laboral o tributari i, si actua mercantilment, se li aplicaran les normes societàries.

### 1.5 Llei aplicable al *charitable trust* segons el Conveni de La Haia de 1985

En dret anglosaxó, la determinació de la llei aplicable a un *charitable trust* quan un, o més d'un, dels seus elements es troba en una altra jurisdicció no havia despertat interès per la doctrina fins fa poc temps, fet que es demostra en el tracte per separat que es dedica en els manuals de *conflict of law* sobre *trusts*<sup>924</sup>. Les normes generals sobre la llei aplicable als *trust*, parteixen d'una doble distinció, entre els '*trust of land*' i els '*trusts of movables*', els primers es regeixen per la llei del *situs* on es troba, i el segon supòsit comporta més dificultats, ja que diferencia els que es constitueixen testamentàriament, dels que es creen *inter vivos*<sup>925</sup>.

En l'actualitat, les regles previstes per determinar la llei aplicable del Conveni de La Haia d'1 de juliol de 1985, sobre la llei aplicable al trust i el seu reconeixement, són, en termes generals, les aplicables al Regne Unit<sup>926</sup>. El Conveni de La Haia de 1985, inclou els '*purpose trusts*' en el seu àmbit d'aplicació, per tant, els *charitable*

---

<sup>924</sup> H. PICARDA (ed.), *The law and practice relating to charities*, 2ªed., Butterworths, 1995, pàg. 781. V.T.H. DELANY, "Charitable Trusts and the Conflict of Laws", *ICLQ*, 1961, pàg. 386.

<sup>925</sup> V.T.H. DELANY, en el seu estudi destaca els buits legals i jurisprudencials en relació a aquesta matèria, remetent-se als *Restatements* dels EUA com a possibles solucions. V.T.H. DELANY, "Charitable Trusts and the Conflict of Laws", *ICLQ*, 1961, pàg. 386-391. En DIPr angloamericà per determinar la llei aplicable al *trust* es produeix fraccionaments, ja que es basen en l'anàlisi concret de cada qüestió (issue by issue approach). M. CHECA MARTÍNEZ, *El trust angloamericano en el Derecho español*, Madrid, 1998, pàg. 90.

<sup>926</sup> La regulació es troba en la *Recognition of Trusts Act 1987*, que va donar efecte al Conveni de La Haia, el 10 de gener de 1986, al Regne Unit, a més, "Section 1(2) of the Act applies the Convention's provisions not only in relation to the trusts described in Articles 2 and 3 but also in relation to any other trusts of property arising under the law of any part of the United Kingdom or by virtue of a judicial decision whether in the United Kingdom or elsewhere". Es resumeix en la rule 151 "The validity, construction, effects and administration of a trust are governed by the law chosen by the settlor or, in the absence of any such choice, by the law with the trust is most closely connected". L. COLLINS (ed.), *Dicey and Morris on The Conflict of Laws*, vol. II, 13ª ed., London, 2000, pàg. 1088. En dret angloamericà, un *charitable trust* previst testamentàriament administrat en un Estat diferent del domicili del testador es regeix en les qüestions administratives per la llei de l'Estat de la seva administració. La mateixa norma s'aplica als *trust* constituïts en vida, i quan el *settlor* no ha determinat la llei aplicable, esdevé necessari determinar quin Estat és el que mostra més vincles amb l'administració del *trust*. G.T. BOGERT, "Trusts and conflict of laws problems", *Trusts*, (6ª ed.), 1987, pàg. 733 i ss. Les normes incloses en el Conveni per determinar la llei aplicable no només són útils per als sistemes de dret civil que no disposen de cap norma de DIPr en relació al *trust*, sinó també serveixen per unificar les normes de DIPr del *common law* en aquesta matèria, ja que la diversitat de regulacions en els propis ordenaments del *common law* comporta sovint supòsits de conflictes de lleis. L'aplicació d'aquest Conveni en aquests països (Regne Unit, Austràlia i Canadà) comportarà el desplaçament de les seves normes autònomes sobre problemes de Dret aplicable relatiu al *trust*, i només seran aplicables als aspectes que no regula el Conveni. M. CHECA MARTÍNEZ, *El trust angloamericano en el Derecho español*, Madrid, 1998, pàg. 65 i 70-71.

*trusts*<sup>927</sup>. Respecte la capacitat per instituir un *charitable trust*, dependrà de si es constitueix a través d'un acte *inter vivos* o *mortis causa* i també, com assenyala M. CHECA MARTÍNEZ, en funció de les diferències existents al voltant de si la capacitat és una qüestió subjecta a la connexió autònoma (nacionalitat o domicili) o si, al contrari, ha de vincular-se a la llei aplicable a l'acte celebrat<sup>928</sup>.

S'exclou del Conveni, però, la regulació sobre la llei aplicable a l'acte de transmissió dels béns, aquesta llei es designa per les normes de conflicte del fur (art. 4), són les qüestions preliminars relatives a la validesa del testament o de qualsevol altre acte jurídic en virtut del qual els béns són transferits al *trustee*. Si es constitueix per acte *inter vivos*, C. GONZÁLEZ BEILFUSS considera que seria d'aplicació el Conveni de Roma sobre llei aplicable a les obligacions contractuals, ja que malgrat s'exclou del seu àmbit d'aplicació el *trust*, la llei que determinarà el Conveni de Roma de 1980, no serà respecte el *trust* en si, sinó respecte l'acte jurídic preliminar en virtut del qual el *trustee* esdevé titular dels béns objecte del *trust*, per tant, respecte l'acte translatiu del domini<sup>929</sup>.

Respecte la constitució de *trust* per acte *mortis causa*, també exclòs de l'àmbit d'aplicació del Conveni<sup>930</sup>, pot succeir que la llei aplicable a la successió no admeti que en el *trust* constituït en el testament s'incloguin tots els béns sense tenir en compte les legítimes (se n'ocupa l'art. 13 del Conveni). Seguint el raonament de C. GONZÁLEZ BEILFUSS, no es podrà declarar nul el *trust*, però sí que caldrà adaptar el *trust* a les normes successòries imperatives, i sostreure del *trust* els béns

---

<sup>927</sup> Segons la definició continguda en el Conveni de La Haia, art. 2 (1), la frase final inclouria els *charitable trust* i els *Scottish public purpose trusts*. L. COLLINS (ed.), *Dicey and Morris on The Conflict of Laws*, vol. II, 13<sup>a</sup> ed., London, 2000, pàg. 1087. L'àmbit d'aplicació disposa en el seu art. 3 que només serà aplicable als *trusts* creats voluntàriament i que siguin provats per escrit. Inclouria els *express trust* i els *resulting trusts*, ja que concorre la voluntat; s'exclourien els *statutory trusts* o *trusts* creats per imperi de la llei, i els creats judicialment, tot i que cap reserva al contrari.

<sup>928</sup> M. CHECA MARTÍNEZ, *El trust angloamericano en el Derecho español*, Madrid, 1998, pàg. 75. Assenyala que en l'ordenament anglès, la llei aplicable a l'acte constitutiu (*proper law of the settlement*) és la que regeix la capacitat del constituent en els supòsits de creació de *trusts inter vivos* sobre béns mobles; l'excepció seran els supòsits en què el *trust* afecti a béns immobles, que en aquest cas la capacitat es determina per la *lex situs*. En relació als *trusts* testamentaris la capacitat es regirà per la llei successòria, distingint entre els béns mobles i els béns immobles.

<sup>929</sup> C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *El Trust. La institución angloamericana y el derecho internacional privado español*, Bosch, Barcelona, 1997, pàg. 109-111.

<sup>930</sup> En dret internacional privat anglès, la successió es regeix per la llei del domicili del testador en el moment de la seva mort (Will Act 1963), amb l'excepció respecte els béns immobles que s'aplica la llei del lloc on es troben situats (*lex situs* o *lex loci rei*) i, la interpretació del testament es regeix per la llei del domicili del testador en el moment de dictar testament. En el cas de successió intestada, la llei aplicable serà la del domicili del causant en el moment de la seva mort, mantenint l'excepció dels béns immobles als quals s'aplicarà la *lex situs*. P. BIRKS (ed.), *English private law*, vol. II, Oxford, 2000, pàg. 796-797.

sobre els quals el constituent no podia disposar<sup>931</sup>. El Conveni no té la suficient força per fer modificar les normes de DIPr en matèria de successions, tot i que es va tenir en compte en el Conveni de La Haia de 1989 sobre la llei aplicable a les successions per causa de mort, ja que en el seu art. 14 preveu que en un *trust* disposat per causa de mort s'aplica per determinar la llei aplicable a la successió, i que això no obsta que s'apliqui una altra llei al *trust*<sup>932</sup>.

El Conveni configura dues possibilitats subsidiàries per tal de determinar la llei aplicable; en primer lloc, l'art. 6 disposa l'autonomia de voluntat conflictual, per tant, s'aplica la llei escollida pel constituent de manera expressa o tàcita<sup>933</sup>. Si no hi hagut elecció, o aquesta ha estat realitzada envers a un ordenament que no coneix el *trust* o el tipus de *trust*, es preveu una norma subsidiària. L'art. 7 estableix que correspondrà al jutge esbrinar a través d'indicis, la llei més estretament vinculada amb el *trust*, per tant, una solució flexible que reflexa la influència de la metodologia més pròpia del DIPr del *common law*, amb la utilització de nocions de localització dels 'vincles més estrets'<sup>934</sup>. L'art. 9 del Conveni, possibilita distingir entre la llei aplicable respecte la validesa del *trust* i, una altra llei per a la seva administració (*depeçage*).

Observem com el Conveni no exigeix una connexió substancial entre la llei escollida i les circumstàncies del supòsit, quan possibilita l'elecció de la llei aplicable per l'autonomia de la voluntat (art. 6). No obstant això, si la llei escollida desconeix la institució del *trust* o la classe de *trust* de què es tracti, l'elecció no tindrà efectes (art. 5) i s'aplicaran les normes sobre determinació objectiva de la llei aplicable al *trust*. I si aquestes normes objectives (art. 7) determinen un

---

<sup>931</sup> *Vid.* part I, cap. I, apartat 2.2.2.3 b).

<sup>932</sup> C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *El Trust. La institución angloamericana y el derecho internacional privado español*, Bosch, Barcelona, 1997, pàg. 112-113.

<sup>933</sup> És possible modificar la llei aplicable, atenent l'art. 10 del Conveni. S'interpreta que només serà possible, per exemple, quan s'hagi previst aquesta possibilitat en l'instrument del *trust*, o s'hagi atorgat aquest poder al *trustee*, o per acord entre els beneficiaris. L. COLLINS (ed.), *Dicey and Morris on The Conflict of Laws*, vol. II, 13<sup>a</sup> ed., London, 2000, pàg. 1094.

<sup>934</sup> L'art. 7 segon apartat específica: "Para determinar la ley con la que el *trust* se encuentra más estrechamente vinculado se tendrá en cuenta, en particular: a) el lugar de administración del *trust* designado por el constituyente; b) el lugar donde se encuentren situados los bienes del *trust*; c) el lugar donde resida o ejerza sus actividades el *trustee*; d) los objetivos del *trust* y los lugares donde deban cumplirse". Vegeu: L. COLLINS (ed.), *Dicey and Morris on The Conflict of Laws*, vol. II, 13<sup>a</sup> ed., London, 2000, pàg. 1089 i ss.

ordenament que desconeix el *trust*, el resultat serà la inaplicabilitat del Conveni (art.5)<sup>935</sup>.

Respecte la llei aplicable determinada segons el Conveni (art. 8), aquesta regularà la validesa del *trust*, la seva interpretació i els seus efectes, així com la seva administració. Això implica: les característiques del *trustee*, els seus drets i obligacions, inclosa la de rendir comptes, les facultats que li són atribuïdes, les relacions d'aquest amb els beneficiaris inclosa la seva responsabilitat personal respecte els beneficiaris; la durada, modificació o extinció del *trust*; la distribució dels béns del *trust*.

## 2. RECONeixEMENT DE LES FUNDACIONS ESTRANGERES

És imprescindible que l'Estat reconegui l'existència d'una fundació estrangera per tal de poder considerar-la com a subjecte de dret i així permetre la seva actuació en el territori d'un Estat distint del de la seva constitució. El seu reconeixement és previ doncs, a l'aplicació de normes civils, comercials o fiscals susceptibles d'exercir-se sobre fundacions estrangeres que desenvolupen alguna activitat puntual o permanent en un altre Estat. Per a què a una societat estrangera (persona jurídica) se li apliquin les normes d'estrangeria, és necessari prèviament que es reconegui l'existència jurídica fora de l'Estat que l'ha constituïda. El reconeixement, consisteix en l'acceptació per un tercer Estat de la personalitat jurídica atorgada a un ens, creada per un o varis Estats, fora d'aquests<sup>936</sup>.

El primer pas seria, doncs, distingir si una fundació s'ha constituït segons el dret del fur o segons un altre dret, o dit amb els termes tradicionals, si una fundació es considera nacional o estrangera. Segons H. BATIFFOL i P. LAGARDE, la determinació de la nacionalitat de les fundacions comporta menys dificultats que d'altres entitats, perquè tota fundació està vinculada inexcusablement a l'autoritat

---

<sup>935</sup> M. CHECA MARTÍNEZ, *El trust angloamericano en el Derecho español*, Madrid, 1998, pàg. 80-81; C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *El Trust. La institución angloamericana y el derecho internacional privado español*, Bosch, Barcelona, 1997, pàg. 114.

<sup>936</sup> A.L. CALVO CARAVACA completa l'explicació: "Conceptualmente, el reconocimiento es un *posterius* a la constitución de la sociedad al amparo de un Derecho extranjero y un *prius* a la aplicación a ésta, en un Estado distinto al suyo, del Derecho de extranjería. (...). *Reconocimiento* tiene que ver con la cuestión de si una sociedad constituida según un Derecho extranjero puede ser portadora de derechos y obligaciones en el foro y demandar o ser demandada ante un Tribunal de éste. La *extranjería* se refiere a si una sociedad fundada conforme a un ordenamiento jurídico extranjero puede ejercer una determinada actividad económica – por ejemplo, banca, seguros – en el territorio del Estado anfitrión." A.L. CALVO CARAVACA, "Art. 9.11CC", *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, t. I, vol. 2, Madrid, 1995, pàg. 509.



d'una llei determinada, normalment a la llei de la seva seu social, o de l'Estat de la incorporació<sup>937</sup>.

Quan la fundació estrangera pretén actuar extraterritorialment, caldrà determinar, primerament si se la reconeix i quin règim jurídic d'estrangeria se li aplica. Així ho expressava A.F. SCHNITZER:

“A partir del moment en què una societat humana depassa el marc d'una societat tancada, i entra en relació pacífica amb d'altres societats humanes, el reconeixement de la validesa dels actes jurídics realitzats fora del seu país i de les institucions degudament constituïdes segons la llei del seu país s'imposa, encara que aquests actes no es poguessin realitzar en el país on es sol·licita el reconeixement. L'idea de *commercium iuris gentium* comanda aquesta actitud.”<sup>938</sup>

El seu reconeixement i el règim jurídic aplicable a les institucions jurídiques foranes no deixa de ser una decisió política, ja que s'aplicaran els textos legals que haurà aprovat un govern, per tant, serà la seva decisió la que establirà els paràmetres per a què una fundació sigui reconeguda i pugui actuar en el seu territori.

El problema del reconeixement internacional de les fundacions, en els ordenaments europeus continentals, està estretament vinculat a la personalitat jurídica que ostenten. En àmbit societari, al llarg del segle XIX la personalitat jurídica de les societats estrangeres va ser reconeguda per cortesia internacional, fins que una resolució del tribunal de cassació belga va rompre tal harmonia<sup>939</sup>. A pesar dels posteriors aranzels legals que s'estableixen per reconèixer una societat d'un país a un altre, el reconeixement internacional de les persones jurídiques constituïdes a l'estranger està admesa com un principi de dret internacional, a

---

<sup>937</sup> Els autors es refereixen a que en la majoria d'ordenaments es precisa d'una autorització, com a mínim administrativa, per constituir una fundació, o bé, del seu registre. H. BATIFFOL; P. LAGARDE, *Traité de Droit international privé*, vol. I, 8<sup>a</sup> ed., 1993, pàg. 364. *Id.* part I, cap. II, apartats 1.1.1; 1.2.1; 1.3.2.

<sup>938</sup> I afegeix: “En droit international privé Ulrichus Huber, au XVI<sup>e</sup> siècle, écrivait déjà que si un pays ne voulait aucunement reconnaître les lois d'un autre pays et admettre l'effet qui leur est dû, des actes et des contrats innombrables seraient rendus invalides et le commerce par mer et par terre ne pourrait exister. (...) Le monde est devenu petit et les modalités de la vie culturelle et économique ne cessent de s'unifier. Dans cette situation, un isolationnisme juridique serait un péché mortel.” A.F. SCHNITZER, “Le trust et la fondation dans les conflits de lois”, *RCrDIPr*, 1965, pàg. 497-498.

<sup>939</sup> *Cour de Cassation de Belgique du 8 février 1849*, per la qual es decideix que es precisa d'autorització reial per a què una societat anònima constituïda a França tingui capacitat jurídica a Bèlgica. Tal jurisprudència va propiciar l'elaboració d'un conveni franco-belga, de 27 de febrer de 1854, donant lloc a dues lleis que preveïen el reconeixement de les seves societats.

vegades a favor del principi de la *comity of nations*, o del principi de la llibertat d'establiment<sup>940</sup>.

Actualment, està àmpliament acceptat que una persona jurídica degudament constituïda a l'estranger pugui adquirir drets, i que els actes que desenvolupi en l'Estat de recepció produeixi els seus efectes. Estaríem davant d'un reconeixement *ipso iure* de les persones jurídiques vàlidament constituïdes segons una llei estrangera. Si la persona jurídica estrangera no es reconeix, aquesta no podrà efectuar cap acte jurídic ni establir-se a l'Estat que no l'ha reconeguda. Partint de la idea de reconeixement ple d'una persona jurídica estrangera, aquest reconeixement no obsta de veure's limitat per l'excepció d'ordre públic de l'Estat d'acollida, així com hauran de respectar les normes imperatives (*lois de police*) de l'Estat<sup>941</sup>.

La regulació prevista en el propi ordenament (Estat de recepció), per atorgar la condició de persona jurídica determinarà el possible reconeixement o no de la persona jurídica estrangera. Des d'una perspectiva de Dret comparat, es contraposen de nou les dues tendències generalitzades respecte el reconeixement de les persones jurídiques estrangeres. Per una banda trobem els sistemes restrictius i tancats, que supediten el reconeixement a l'autorització administrativa; i per altra banda, hi ha els sistemes oberts, liberals, que defensen el reconeixement de pla, incondicional de totes les persones jurídiques vàlidament constituïdes a l'estranger. Entremig de les dues posicions tan radicalment contraposades, trobem una posició intermèdia que si bé reconeix les persones jurídiques constituïdes per un ordenament estranger, exigeix, però, el compliment d'algun requisit, que normalment és la inscripció registral d'una delegació. Així ho expressava, Y. LOUSSOUARN:

“Els autors que es refereixen a la teoria de la ficció tendeixen a refusar a les persones jurídiques estrangeres el benefici del reconeixement de dret (...) des d'aquesta concepció, la persona jurídica essent una creació del

---

<sup>940</sup> V. SIMONART, *La personnalité morale en droit privé comparé*, Brussel·les, 1995, pàg. 122. Com puntualitza T. VIGNAL, el reconeixement fonamentat en la Convenció europea de l'home (arts. 6 i 14, i 1 i 5 del protocol addicional), no seria total, sinó que segons la jurisprudència francesa, es limitaria a el dret de ser part en judici. T. VIGNAL, *Droit international privé*, Dalloz, 2005, pàg. 443.

<sup>941</sup> A.F. SCHNITZER, “Le trust et la fondation dans les conflits de lois”, *RCrDIPr*, 1965, pàg. 490-493; 494. Exposa possibles situacions de frau en la utilització del *trust*, malgrat la dificultat que implica la seva demostració, quan es constitueix a l'estranger sense que hi hagi cap vincle real o personal amb l'Estat de constitució per tal d'eludir impostos. En relació a les fundacions estrangeres, tampoc es podria qüestionar la seva validesa si aquesta s'ha constituït a l'estranger per raons fiscals. Per una altra banda, exclouria la possibilitat d'exceptuar l'aplicació del dret estranger al legant ordre públic internacional, per la simple motivació de ser una figura jurídica desconeguda per l'ordenament de recepció, d'acord amb les teories exposades. *Vid.* part I, cap. I, apartat 2.3.1.

legislador, el resultat d'un atorgament jurídic confeccionat per raons de comoditat pràctica, no pot tenir validesa fora del territori de l'Estat que li ha donat naixement. (...) La teoria de la realitat de les persones jurídiques sembla conduir a les conseqüències oposades. De la mateixa manera que una persona física no perd la seva personalitat quan franqueja una frontera, igualment una persona jurídica ha de ser reconeguda de ple dret en el territori d'un Estat estranger.”<sup>942</sup>

La pluralitat de sistemes de reconeixement, generalment emprat en dret societari, són el model o teoria de la constitució o incorporació, la qual admet que una societat, o persona jurídica, tindrà reconeguda la seva validesa quan hagi estat constituïda de forma regular pel dret d'un Estat estranger. L'altre model o teoria és la de la seu real, segons la qual la vàlida constitució mitjançant el dret d'un altre Estat no és un criteri suficient per a què la persona jurídica sigui considerada com a vàlidament constituïda, exigeix a més que hagi estat constituïda pel dret de l'Estat on es troba efectivament la seva seu real. Aquestes teories han d'acompanyar-se d'unes altres justificacions teoricohistòriques fàcilment comprensibles. L'exigència d'un reconeixement de la institució estrangera servia d'excusa per poder exercir així un control sobre aquesta entitat forana que pretenia actuar en el mercat local, i servia alhora per tutelar els tercers nacionals que contractaven amb aquestes<sup>943</sup>.

Davant d'aquesta pluralitat de mecanismes de reconeixement, i donades les necessitats d'afavorir l'exercici de les entitats privades en el mercat internacional, es va provar d'elaborar convenis internacionals multilaterals que facilitessin el reconeixement mutu de la personalitat jurídica dels ens privats que pretenien actuar internacionalment.

## **2.1 Dret convencional sobre el reconeixement de la personalitat jurídica: intents, fracassos i incidència**

Diversos organismes internacionals van elaborar projectes i convenis internacionals que tenien com a objectiu el reconeixement de persones jurídiques que actuaven internacionalment. Alguns han arribat a ser ratificats, d'altres van esdevenir simples esborranys. Dels convenis que es presentaran a continuació se n'extrauran dues conclusions. Per una banda, la dificultat que la matèria presenta a l'hora d'elaborar un conveni internacional, obstacles que deriven de l'amalgama d'ens que hi ha sota la mateixa concepció de persona jurídica. Concretament de

---

<sup>942</sup> Y. LOUSSOUARN, “La condition des personnes morales en droit international privé”, *RCADI*, 1959-I, pàg. 510.

<sup>943</sup> A.L. CALVO CARAVACA, “Art. 9.11CC”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, t. I, vol. 2, Madrid, 1995, pàg. 510.

les distintes regulacions de tals ens, que varien d'un país a l'altre, sobretot respecte els requisits de formació i la seva adscripció a un país i no a un altre. Per altra banda, també arribem a la conclusió que, ja en les dècades anteriors, es feia palesa la necessitat de facilitar un text internacional que procurés l'harmonització entre les diferents normatives, així com que procurés el lliure desenvolupament de les activitats realitzades per persones jurídiques en àmbit internacional.

Veurem a continuació els convenis més significatius en aquesta matèria, deixant apartats els tractats bilaterals<sup>944</sup>, i altres intents fallits<sup>945</sup>.

---

<sup>944</sup> Existeixen pluralitat d'exemples: *Tratado de establecimiento entre el Estado español y la República Federal de Alemania de 23 de abril de 1970*; *Convenio entre Francia e Italia de establecimiento de 23 de agosto de 1951*; entre d'altres. Són instruments vells, amb influència només respecte la col·laboració entre autoritats administratives, essent desfasades sobretot en l'espai d'integració europea. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, "Balance y perspectiva de los sistemas de determinación de la *lex societatis*", *Derecho de sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, Madrid, 2002, vol. I, pàg. 210 i 211 (nota 17 i la bibliografia citada). En matèria fiscal, per exemple, el tractat bilateral entre EUA i Alemanya, pel qual un ens de beneficència alemany resta exempt dels impostos sobre els ingressos que obté als Estats Units en la mesura que estaria exempt si fos una institució nord-americana i a l'inrevés. J. MUNS I ACOSTA, *Les fundacions a Espanya, Regne Unit, Estats Units, França i Alemanya. Anàlisi comparativa, problemes i recomanacions*, Barcelona, 1998, pàg. 112.

<sup>945</sup> J. DE DIOS TRÍAS I GIRÓ, a inicis del segle XX professava la dificultat de crear "un estatuto supranacional de las personas morales o jurídicas universales, prohijados en el Congreso de las Asociaciones internacionales (Bruselas, 1910) y en la XXVI conferencia de la International Law Association (Londres, 1910)." J. DE DIOS TRÍAS I GIRÓ, "Personas jurídicas extranjeras de fin no utilitario, según el Derecho español", *RDP*, t. II, 1915, pàg. 6. En el si de la Societat de Nacions, el Comitè d'experts per a la codificació progressiva del Dret internacional de 1928, va iniciar treballs en una normativa general en relació a les associacions i fundacions que actuessin en àmbit internacional, però no va reeixir, l'excessiu control que es volia exercir sobre tals ens no va ser un context propici. M. GARDENES SANTIAGO, *Las fundaciones en derecho internacional privado español*, Madrid, Eurolex, 2003, pàg. 167. En relació a les propostes doctrinals en matèria d'Organitzacions internacionals no governamentals, en concret, en el si de *l'Institut de Droit International* durant la primera meitat del segle XX: el Projecte de Convenció sobre estatut internacional de les associacions d'iniciativa privada (Informe Politis); la Resolució sobre les condicions d'atribució d'un estatut internacional a les associacions d'iniciativa privada (Informe Bastid). Sota els auspicis de l'ONU, el Projecte de la Conferència d'ONG amb estatut consultiu: Projecte de Convenció destinat a facilitar les activitats de les Organitzacions Internacionals No Governamentals impulsat per la Unió d'Associacions Internacionals, vegeu l'estudi de: C. TEIJO GARCÍA, *Organizaciones internacionales no gubernamentales y derecho internacional*, Díxel, 2005, pàg. 226-233. En matèria de societats: Resolució de l'Institut de Dret Internacional: Sessió de Varsòvia de 1965 sobre societats anònimes en DIPr. Aquesta Resolució establí en relació a les condicions de reconeixement, que tota societat creada per la llei de la seva constitució, seria reconeguda com a subjecte de dret en la resta d'Estats (art. 2). Tanmateix, si una societat, a més de tenir la seva seu real fora del territori on està en vigor la llei de la seva constitució, té l'objecte principal de l'empresa fora d'aquest territori, o bé, no hi té cap vinculació efectiva, es podria refusar el reconeixement com a subjecte de dret d'aquesta societat si la seva constitució no és vàlida segons la llei del lloc de la seva seu real (art. 3 i 4). Un cop reconeguda la societat, aquesta gaudiria dels drets que disposa la llei que la regeix, amb l'excepció de la normativa local relativa a l'exercici de les activitats econòmiques (art.6). En aquesta sessió es va resoldre com a prioritat el criteri de la constitució, incorporació o registre de les societats. En virtut d'aquest sistema, les societats creades conforme a la llei d'un país i registrades en aquest adquirien la seva nacionalitat. Aquest criteri comportava els avantatges de ser un criteri simple, segur i estable, ja que el registre és una formalitat administrativa fàcilment identificable, a més, se'l qualificava com a liberal ja que afavoria la llibertat del comerç. Es criticava el seu caràcter formalista i que la llibertat d'elecció dels fundadors podia comportar una elecció fraudulenta. J. ZAMORA CABOT, "Personas jurídicas", M. AGUILAR NAVARRO, *Lecciones de Derecho Civil Internacional Español*, Madrid, 1983, pàg. 111; 124.

### 2.1.1 La Conferència de La Haia: *Conveni de La Haia d'1 de juny de 1956, relatiu al reconeixement de la personalitat jurídica de les societats, associacions i fundacions estrangeres*

Va ser, com era previsible, la Conferència de La Haia de Dret Internacional Privat la primera a redactar un conveni internacional en aquesta matèria, així l'1 de juny de 1956 es publica la “Convention concernant la reconnaissance de la personnalité juridique des sociétés, associations et fondations étrangères”<sup>946</sup>. Conveni de només catorze articles i que va ser firmat i ratificat per França, Bèlgica i Països Baixos, i signat per Espanya i Luxemburg, de manera que no va entrar mai en vigor ja que calien un mínim de cinc ratificacions. Tot i que no s'ha aplicat mai com a conveni, sí que és cert que els tribunals francesos l'ha apel·lat en alguna ocasió<sup>947</sup>. Considerem interessant extreure de la seva lectura els principals factors que es van regular i esbrinar les raons per les quals no va recedir.

L'objecte del Conveni rau sobre tres figures similars, però no iguals, que tenen en comú la personalitat jurídica, són: les societats, les associacions i les fundacions. El fet d'intentar unir sota un mateix text figures distintes va ser un primer entrebanc. A més, cal tenir present que en realitat es va redactar l'articulat pensant, bàsicament, en les societats<sup>948</sup>. Es comprovarà posteriorment, com en dret comunitari europeu, s'ha optat per separar el desenvolupament legislatiu de les distintes figures jurídiques, sobretot en relació a la societat mercantil, que ha despuntat en el nombre de normatives que se li dediquen. Tanmateix, el Conveni només tracta el reconeixement de la personalitat jurídica de tres tipus de persones jurídiques, les diferències entre elles, a priori, no hauria de ser un problema.

---

<sup>946</sup> *Actes de la Septième Session de la Conférence de La Haye de droit international privé, 9-31 oct. 1951, La Haye, 1952*, pàg. 385-388. Vegeu el text al portal de la Conferència de La Haia, així com la bibliografia que va suscitar: <[www.hcch.net](http://www.hcch.net)>.

<sup>947</sup> Els tribunals francesos, així com la doctrina l'han citat per fonamentar que el criteri definitori de la seu real és el lloc on es troba l'administració central (art. 2.3 del Conveni); o, que si bé es reconeixen automàticament les persones jurídiques regularment constituïdes (art. 1), el mateix conveni (art. 7) preveu que l'exercici permanent de l'activitat en el seu territori es regeix per la llei d'aquest Estat, per tant, cada Estat podria establir les restriccions que cregués oportunes. M. REVILLARD, “Les conventions internationales relatives aux associations”, *JDI*, n°2, avril-juin 1992, pàg. 302 i ss.

<sup>948</sup> L'ambició del conveni en regular les tres figures sobrepassava la previsió inicial dels més optimistes, ja que la primera proposta era elaborar una Convenció relativa a les societats i a les altres associacions i corporacions amb afany de lucre. Va ser una qüestió àmpliament discutida, alguns països proposaven acotar el camp d'aplicació només a les societats anònimes. Y. LOUSSOUARN, “La condition des personnes morales en droit international privé”, *RCADI*, 1959-I, pàg. 519 i 532. En concret, respecte les fundacions, hi havia països que al no conèixer la figura la volien excloure, però va ser la insistència de Bèlgica que la va incloure, tot i que es va regular la possibilitat de fer una reserva. També va generar debat la necessitat d'incloure una definició de personalitat jurídica, donat que en alguns ordenaments existien societats sense personalitat. H. BATIFFOL, *La reconnaissance des personnes morales étrangères à la septième Conférence de droit international privé de La Haye (1951)*, *TCFDIP*, 1953, pàg. 137-147.

Efectivament, la Conferència va limitar el conveni a resoldre la qüestió del reconeixement de la personalitat jurídica, excloent així la regulació de normes de conflicte uniformes per determinar la llei aplicable a les persones jurídiques ja que topaven les teories del sistema anglosaxó de la incorporació i el sistema continental de seu real<sup>949</sup>.

Aquest Conveni estableix en el primer article el reconeixement de ple dret de la personalitat jurídica de les societats, associacions i fundacions en els termes següents:

“La personalitat jurídica, adquirida per una societat, una associació o una fundació en virtut de la llei de l’Estat contractant per la qual s’hagin complert les formalitats de registre o de publicitat i on es trobi la seu estatutària, serà reconeguda de ple dret en la resta d’Estats contractants, sempre que impliqui, a més de la capacitat jurídica, al menys la capacitat de posseir béns i d’atorgar contractes i altres actes jurídics. La personalitat jurídica, adquirida sense formalitats de registre o de publicitat, serà, en les mateixes condicions, reconeguda de ple dret, si la societat, l’associació o la fundació s’han constituït segons la llei que la regeixi.”<sup>950</sup>

Es basa, doncs, en el reconeixement *de plano* o automàtic de la personalitat jurídica d’aquests ens i utilitza la teoria de la incorporació. Cal que la persona jurídica compleixi uns requisits acumulatius, que hagi adquirit la personalitat jurídica mitjançant formalitats de registre o publicitat on es trobi la seu estatutària (incorporació). Per tant, com indica M. REVILLARD, cal que les formalitats de registre o de publicitat s’hagin complert en el territori on es trobi la seu social estatutària (no la seu real, sinó la seu que consti en els estatuts). Habitualment, l’Estat on es localitza la seu estatutària coincideix amb la de la constitució<sup>951</sup>. La conseqüència és la mateixa, el reconeixement de ple dret de la personalitat jurídica de la societat, l’associació o la fundació estrangera en el territori d’un Estat contractant. El text deixa palès el que implica aquest reconeixement, que inclouria: la capacitat de comparèixer en judici, de posseir béns, de realitzar contractes i d’altres actes. Amb aquesta última apreciació deixava oberta la porta a qualsevol tipus d’acte lícit i no contrari a l’ordre públic (art. 8 Conveni).

---

<sup>949</sup> M. REVILLARD, “Les conventions internationales relatives aux associations”, *JDI*, n°2, avril-juin 1992, pàg. 303.

<sup>950</sup> Utilitzem per a la traducció, la versió espanyola de J.D. GONZÁLEZ CAMPOS; A. BORRÁS (Coord.), *Recopilación de Convenios de la Conferencia de la Haya (1951-1993)*, Madrid, 1996, pàg. 90.

<sup>951</sup> M. REVILLARD, “Les conventions internationales relatives aux associations”, *JDI*, n°2, avril-juin 1992, pàg. 304.

L'admissió del principi de reconeixement de ple dret implicaria un benefici enorme d'actuació en els territoris de la resta d'Estats part, sense requerir cap requisit formal, administratiu o d'autorització per part de les autoritats receptores, sense cap mena de dubte, un avantatge que hauria significat un impuls enorme en l'actuació extraterritorial de les societats, associacions i fundacions. Comportava l'avantatge, segons Y. LOUSSOUARN, “de posar la regla jurídica en harmonia amb els fets i de suprimir l'exigència de vegades molesta de decrets col·lectius o d'acords diplomàtics bilaterals”<sup>952</sup>.

És imprescindible advertir, però, que el reconeixement automàtic de la personalitat jurídica no era de ple dret, malgrat disposar-se així en l'art. 1.1 *in fine*. El reconeixement es referia només a actes aïllats, ja que l'art. 7 del Conveni preveia una limitació: “L'admissió en l'establiment, en el funcionament i, en general, en l'exercici permanent de l'activitat social en el territori de l'Estat que reconeix, es regirà per la llei d'aquest Estat”. Per tant, cada Estat seria lliure de regular les activitats de les entitats estrangeres en el seu territori. Aquest article es va introduir per la malfiança respecte la concurrència que podia suposar el reconeixement de ple dret<sup>953</sup>.

Quin va ser el problema, doncs? L'ambició del Conveni es limitava únicament al reconeixement de la personalitat jurídica, deixant de banda un intent de regular normes de conflicte de Dret internacional privat per determinar la llei aplicable ja que li va semblar temerari a la Comissió relatora tal tasca, i consideraven més factible establir només el reconeixement<sup>954</sup>. Però els relators no van poder escapar a l'antinòmia de les ‘teories’, i després de redactar en el primer article el reconeixement automàtic en base al criteri de la incorporació, en el següent article s'obre la porta a la teoria de la seu real<sup>955</sup>. El text preveu que els Estats que

---

<sup>952</sup> Y. LOUSSOUARN, “La condition des personnes morales en droit international privé”, *RCADI*, 1959-I, pàg. 523-524. Respecte el benefici que comportaria en concret a França assenyalava, que el Conveni contribuiria en acabar amb els estratagemes que s'utilitzaven en aquell moment per aconseguir l'admissió de la personalitat jurídica de les fundacions estrangeres. Amb aquest comentari es reitera una vegada més la regulació restrictiva de l'ordenament jurídic francès respecte les fundacions.

<sup>953</sup> M. REVILLARD, “Associations en droit international privé”, *Juris Classeur - Droit international*, 11, 2000, pàg. 10.

<sup>954</sup> Y. LOUSSOUARN, “La condition des personnes morales en droit international privé”, *RCADI*, 1959-I, pàg. 521. “Una empresa com aquesta semblava particularment audaç per raó de l'antinòmia existent entre, d'una banda, el sistema d'incorporació que s'aplica en els sistemes anglosaxons i, d'una altra banda, el sistema de la seu social real que recull d'adhesió dels països de l'Europa continental. Ans al contrari, semblava que el reconeixement de la personalitat jurídica s'enfrontaria a obstacles menys considerables”.

<sup>955</sup> Art. 2 “Sin embargo, la personalidad adquirida con arreglo a lo que dispone el art.1 podrá no reconocerse en otro estado contratante cuya ley tome en consideración la sede real, si dicho Estado considera que dicha sede se encuentra en su territorio. La personalidad podrá no reconocerse en otro Estado contratante cuya ley tome en consideración la sede real, si se considera que la sede real se

combreguen amb la teoria de la seu real puguin denegar el reconeixement de la persona jurídica quan la seu es trobi en el seu territori o en el d'un altre Estat que també segueixi el sistema de seu real (lloc de l'administració central). Es pretenia, així, evitar el possible frau. En aquest punt rau la discòrdia, que la convenció pretenia solucionar combinant les dues teories en conflicte, el sistema de la incorporació i el sistema de seu social real<sup>956</sup>. La conciliació de les dues teories amb possibilitat d'inadmissió del reconeixement de pla no va reeixir, i bona mostra va ser la reacció del parlament holandès, donat que en la seva ratificació no va admetre la teoria de la seu real de l'article 2 de la Convenció de La Haia<sup>957</sup>.

Aquest conveni no entrarà mai en vigor, ja que ha esdevingut contrari a l'art. 48 TCE en la mesura que, segons M. MENJUCQ “preveu el reconeixement de ple dret de les societats constituïdes per la llei d'un Estat membre i que hi tingui la seva seu estatutària però, permet a un Estat contractant adoptar el sistema de seu real de no reconèixer una societat creada pel dret d'un altre Estat contractant on la seu real estigui en el seu territori o en el territori d'un Estat adoptant el mateix sistema de connexió”<sup>958</sup>, per tant, contrari a la llibertat d'establiment comunitària.

### **2.1.2 Comunitat Europea: *Conveni de Brussel·les de 29 de febrer de 1968, sobre reconeixement mutu de societats i persones jurídiques***

En el marc de la CEE es preveia en l'antic art. 220 c) del Tractat de Roma (art. 293.3 TCE) la possibilitat d'establir negociacions entre els Estats membres amb l'objectiu de garantir “el reconeixement recíproc de les societats en el sentit de l'article 58.2 (art. 48 TCE), la conservació de la personalitat jurídica en el cas de trasllat de domicili social d'un país a un altre, i la possibilitat de fusió de societats subjectes a legislacions nacionals distintes”.

---

encuentra en un Estado cuya ley la toma igualmente en consideración. (...). J.D. GONZÁLEZ CAMPOS; A. BORRÁS, *Recopilación de Convenios de la Conferencia de la Haya (1951-1993)*, Madrid, Marcial Pons, 1996, pàg. 91.

<sup>956</sup> “Par conséquent ce texte consacre un double rattachement en posant une exigence cumulative. Il faut, d'un part, que les formalités d'enregistrement et de publicité, d'autre part, que le siège social statutaire soient localisés sur le territoire du même Etat. Dès lors il peut sembler paradoxal que cette formule apparemment restrictive ait reçu l'agrément à la fois des pays partisans du système de l'incorporation et de ceux qui sont des adeptes du siège social réel.” Y. LOUSSOUARN, “La condition des personnes morales en droit international privé”, *RCADI*, 1959-I, pàg. 525.

<sup>957</sup> S. RAMMELOO, *Corporations in Private international Law. A European Perspective*, Oxford, 2001, pàg. 25.

<sup>958</sup> M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, Montchrestien, 2001, pàg. 68.



Complint la possibilitat d'aquest precepte, s'aprovà el 29 de febrer de 1968, el Conveni sobre reconeixement mutu de societats i persones jurídiques<sup>959</sup>. Es completa posteriorment amb el Protocol de 3 de juny de 1971, el qual atorga competència al Tribunal de Justícia per tal de garantir la interpretació unitària del Conveni.

Aquest Conveni europeu anava més enllà que el Conveni de La Haia de 1956, relatiu al reconeixement de la personalitat jurídica de les societats, associacions i fundacions estrangeres, ja que no es limitava al simple reconeixement internacional de la personalitat jurídica, sinó que preveia l'equiparació a nacional de les societats estrangeres, o a les societats europees, és a dir, aquelles que es poguessin preveure per l'ordenament europeu<sup>960</sup>.

L'àmbit d'aplicació material era més restringit que el del Conveni de La Haia, ja que l'art. 1 es delimitava a preveure societats de dret civil o comercial i cooperatives, i en l'art. 2, afegia d'altres persones jurídiques de dret privat o públic que tinguessin per objecte, principal o accessori, una activitat econòmica exercida a canvi d'una remuneració. Per tant, a semblança del que s'estudiarà en la darrera part dedicada a la Comunitat Europea, es planteja el dubte de l'exclusió o inclusió de les fundacions en l'àmbit d'aplicació d'aquest conveni, i sorgeixen problemes d'interpretació respecte l'abast i delimitació de “activitat remunerada” o “activitat econòmica”<sup>961</sup>.

El mateix article primer preveia que per al reconeixement mutu calia que les societats i persones jurídiques haguessin estat constituïdes conforme la llei d'un Estat membre on hi hauria la seva seu estatutària. Afegia en l'art. 3, que un Estat tenia la facultat de declarar la inaplicació del Conveni a les societats que no

---

<sup>959</sup> Vegeu el text “Convention sur la reconnaissance mutuelle des sociétés et personnes morales”, *TCFDIP*, 1968, pàg. 400-405; M.B. GOLDMAN, “Rapport concernant la convention sur la reconnaissance mutuelle des sociétés et personnes”, *TCFDIP*, 1968, pàg. 405-423. Per un estudi detallat, vegeu la bibliografia anunciada en la nota 65 d'A.L. CALVO CARAVACA, “Art. 9.11CC”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, t. I, vol. 2, Madrid, 1995, pàg. 511.

<sup>960</sup> Y. LOUSSOUARN, “La condition des personnes morales en droit international privé”, *RCADI*, 1959-I, pàg. 533. L'art. 6 atribueix a les persones jurídiques reconegudes en virtut del Conveni la mateixa capacitat de què gaudien segons la seva llei de constitució.

<sup>961</sup> L'informe explicatiu exclou les persones jurídiques que si bé exercirien activitats econòmiques, no actuen desinteressadament, com seria una obra de beneficència consistent en el repartiment d'aliments, que objectivament seria una activitat de restauració, però que seria desinteressada i no entraria en l'àmbit d'aplicació del Conveni, perquè s'exigeix que hi hagi una remuneració. M.B. GOLDMAN, “Rapport concernant la convention sur la reconnaissance mutuelle des sociétés et personnes”, *TCFDIP*, 1968, pàg. 410. Val a dir, que les fundacions desenvolupen activitats econòmiques i amb contraprestació dinerària, o bé, participen en societats mercantils, el problema rauria actualment, no tant en la remuneració de l'activitat econòmica, com en el significat de ‘but lucratiu’ i el repartiment de beneficis. *Vid.* part I, cap. III, apartat 3.3.

tinguessin la seva seu real en un Estat de la Comunitat Europea si aquestes no tinguessin vincles seriosos amb l'economia d'un dels territoris. A més, l'art. 4 permetia a tot Estat contractant declarar aplicable les seves regles imperatives sobre les societats constituïdes en un altre Estat amb seu real al seu territori. Segons M. MENJUCQ, aquesta era la transposició pura i simple dels criteris dels programes generals de 1961 sobre la llibertat d'establiment secundari<sup>962</sup>.

Aquest Conveni, malgrat els esforços per aconseguir un dels objectius de la Comunitat econòmica europea amb el reconeixement mutu de les societats, va fracassar<sup>963</sup>. No va arribar a entrar en vigor per la manca de la ratificació dels Països Baixos, de nou era contrari a l'ús de la teoria de la seu real<sup>964</sup>. Actualment, tal conveni està desfasat, ja que la Comunitat Europea avança per altres vies, com seria l'harmonització de legislacions, o la lliure circulació de societats<sup>965</sup>.

### ***2.1.3 Consell d'Europa: Conveni número 124 referent al reconeixement de la personalitat jurídica de les organitzacions internacionals no governamentals de 24 d'abril de 1986***

El creixent nombre d'entitats dedicades internacionalment a finalitats humanitàries o de solidaritat, religioses, educatives, sanitàries, per a la constitució de llocs de treball, de desenvolupament, d'entre molts altres fins socials, va propiciar que el Consell d'Europa i, més en concret, el Comitè europeu de cooperació jurídica, elaborés una convenció internacional de reconeixement de la

---

<sup>962</sup> M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, Montchrestien, 2001, pàg. 68.

<sup>963</sup> J. BÉGUIN, "Un texte à abroger: la loi sur la reconnaissance internationale des sociétés anonymes étrangères", *Mélanges Claude Champaud. Le droit de l'entreprise dans ses relations extérieures à la fin du XXe siècle*, 1997, pàg. 13-16.

<sup>964</sup> V. SIMONART, *La personnalité morale en droit privé comparé*, Brussel·les, 1995, pàg. 120. Malgrat els esforços per coordinar el redactat del Conveni amb l'art. 58 (actual 48 TCE), i ser coneixedors dels dos sistemes jurídics de connexió de les societats per a la localització de la seva seu real, no van aconseguir satisfer a tots els Estats, en especial, aquells que segueixen la teoria d'incorporació que no podien admetre la imposició de la seu real delimitada en el lloc de situació de l'administració central (art. 5 Conveni). M.B. GOLDMAN, "Rapport concernant la convention sur la reconnaissance mutuelle des sociétés et personnes", *TCFDIP*, 1968, pàg. 411-414.

<sup>965</sup> Quan J. BÉGUIN exposa les causes del fracàs del Conveni europeu sobre el reconeixement mutu de les societats i persones jurídiques (1968), ressalta que nou dies després de la signatura del Conveni, es va publicar la primera Directiva europea sobre la constitució de societats, que va significar l'apropament de les legislacions europees que actualment comporta tot de garanties. "Cela doit suffire à inciter les États membres à pratiquer, les uns vis-à-vis des autres, en matière de reconnaissance de sociétés étrangères, une politique d'ouverture sans réserves. Cela retire donc toute utilité pratique à la mise en place, à l'échelle de la Communauté européenne, d'un système de reconnaissance des sociétés étrangères tel que celui auquel avaient songé les auteurs de la Convention de 1968". J. BÉGUIN, "Un texte à abroger: la loi sur la reconnaissance internationale des sociétés anonymes étrangères", *Mélanges Claude Champaud. Le droit de l'entreprise dans ses relations extérieures à la fin du XXe siècle*, 1997, pàg. 16.

personalitat jurídica de les organitzacions internacionals no governamentals (OING), el qual s'acompanya d'un informe explicatiu<sup>966</sup>. El Conveni es va obrir per a la seva firma el 24 d'abril de 1986, i va entrar en vigor l'1 de gener de 1991. És aplicable entre: Àustria, Bèlgica, França, Grècia, Països Baixos, Portugal, Regne Unit, Eslovènia, Ex-República Iugoslava de Macedònia, Suïssa i Xipre <sup>967</sup>.

La finalitat del Conveni, segons el seu preàmbul, és “establir en les seves relacions mútues les regles que fixin les condicions del reconeixement de la personalitat jurídica de les organitzacions per tal de facilitar el seu funcionament a nivell europeu”. El desenvolupament de les activitats associatives d'interès general possibiliten un espai de llibertat i solidaritat en què els ciutadans poden treballar en el bé comú de la societat europea i, a més, aquest conveni permet estendre la solidaritat més enllà de les fronteres estimulants la cooperació internacional entre els Estats europeus proporcionant estabilitat entre les societats europees.

És un Conveni molt específic i amb pocs articles que té com a objectiu establir les disposicions indispensables per permetre que una Organització Internacional No Governamental (OING) exerceixi les seves activitats en un altre Estat part sense haver de superar aranzels administratius de reconeixement, de manera que se'ls reconegui la seva personalitat jurídica, i disposin de capacitat per ser part en judici, capacitat per posseir béns i capacitat per contraure contractes o actes jurídics. S'exclou del Conveni altres qüestions com la seva fiscalitat o drets duaners.

Segons el seu article primer, el Conveni és aplicable als establiments que entrarien en la concepció d'OING, que serien: associacions, fundacions i d'altres institucions privades que compleixin les quatre condicions següents:

- a) Tenir una finalitat no lucrativa d'utilitat internacional. Tanmateix, poden extreure beneficis per operacions determinades sempre que aquestes

---

<sup>966</sup> L'any 1986 es calculava que hi havia 20.000 OING a Europa. Vegeu el 'Rapport explicatif sur la Convention 124' del Comité européen de coopération juridique (CDCJ), <www.coe.int>. M.O. WIEDERKEHR, “La Convention n°124 du Conseil de l'Europe sur la reconnaissance de la personnalité juridique des Organisations internationales non gouvernementales”, Conseil de l'Europe, *Associations et fondations*, Strasbourg, 27-29 novembre 1996, pàg. 115-116; vegeu també: J.M. SOBRINO HEREDIA, “La determinación de la personalidad jurídica de las organizaciones no gubernamentales: contribución del Consejo de Europa”, *REDI*, 1990, 1, pàg. 101-123; M. REVILLARD, “Associations en droit international privé”, *Juris Classeur - Droit international*, 11, 2000, pàg. 308-313; M. GARDEÑES SANTIAGO, *Las fundaciones en derecho internacional privado español*, Madrid, Eurolex, 2003, pàg. 231-234; C. TEJO GARCÍA, *Organizaciones internacionales no gubernamentales y derecho internacional*, Díxel, 2005, pàg. 219-225.

<sup>967</sup> Dades de març de 2008. Per consultar els Estats part, <www.conventions.coe.int>. L'any 1988 s'argumentava com una de les raons per les quals hi havia pocs Estats signataris el temor que fos usat amb fins terroristes. E. ALFANDARI; M. JEANTIN, “Le projet d'association européenne”, *Le Semaine Juridique*, n. 27-28 (Doctrine 3345), 1988.

operacions es realitzin per al seu fi no lucratiu, serien activitats auxiliars. I el factor d'utilitat internacional es vincula amb les contribucions que es puguin beneficiar a la comunitat internacional, s'exclouen els fins d'utilitat nacional o local<sup>968</sup>. Les matèries en què poden actuar són, segons el preàmbul, de caràcter científiques, culturals, de beneficència, filantròpiques, de la sanitat i de l'educació, que contribueixin a la realització dels principis de la Carta de Nacions Unides i l'Estatut del Consell d'Europa<sup>969</sup>.

- b) Haver estat creada per un acte rellevant de dret intern d'un Estat part; s'exclouen les institucions creades per tractats o altres instruments regulats per dret internacional públic, per tant, les organitzacions internacionals intergovernamentals.
- c) Exercir una activitat efectiva en almenys dos Estats. Segons l'informe explicatiu, és la conseqüència lògica del caràcter internacional de l'OING, s'adverteix que l'activitat ha de ser exercida en com a mínim dos Estats, que no han de ser necessàriament Estats membres del Consell d'Europa.
- d) Tenir la seu estatutària en el territori d'un Estat part, i la seva seu real en aquest territori o en un altre d'un Estat part del Conveni. Per tant, no cal que coincideixi en el mateix Estat la seu estatutària i la seu real, però sí que s'exigeix que ambdues estiguin en Estats part.

Complerts aquests requisits, les OING dels Estats part, segons l'art. 2 gaudiran del reconeixement de la seva personalitat i capacitat jurídica adquirida en l'Estat d'origen de la seva seu estatutària en la resta d'Estats part, sense necessitat de cap procediment de reconeixement<sup>970</sup>. Els Estats signataris reconeixen doncs, de ple dret la personalitat de les OING constituïdes legalment segons el Dret d'un Estat part del Conveni, i amb la condició que exerceixin una activitat efectiva en com a mínim dos Estat i que tinguin la seva seu real i la seu estatutària en el territori d'alguns dels Estats part del Conveni.

---

<sup>968</sup> S'exclouen els partits polítics i les altres organitzacions polítiques, les finalitats i activitats dels quals estiguin centrades en els problemes interns d'un país concret. 'Rapport explicatif sur la Convention 124' del Comité européen de coopération juridique.

<sup>969</sup> Per aprofundir en la qüestió de la 'utilitat internacional' per a considerar una organització com a OING, des d'una vessant crítica, vegeu: C. TEIJO GARCÍA, *Organizaciones internacionales no gubernamentales y derecho internacional*, Díxel, 2005, pàg. 221 i ss, i capítols I i IV.

<sup>970</sup> Art. 1.2 "La personnalité et la capacité juridiques d'une ONG telles qu'elles sont acquises dans la Partie dans laquelle elle a son siège statutaire sont reconnues de plein droit dans les autres Parties".

El dret que regirà la personalitat jurídica de l'OING és el dret de la seva seu estatutària (teoria de la incorporació), i així es fixa voluntàriament el dret a que es vol sotmetre l'OING, voluntat que haurà de ser respectada pels altres Estats part. Per tant, tot i ser un Conveni que en principi només regula el reconeixement de la personalitat jurídica, també estableix el dret aplicable respecte a la personalitat jurídica i la capacitat jurídica de l'OING, que entenem que és el seu estatut personal, en aquest cas es preveu que es determina pel dret de la seva seu estatutària. Aquesta solució permet canviar de seu real (centre d'administració) garantint la continuïtat de la llei aplicable, per tant, sense necessitat de dissoldre i constituir de nou l'organització. Ara bé, el trasllat o canvi d'ubicació de la seu real, haurà de ser necessàriament en un Estat part del Conveni. L'ús de la teoria de la seva seu estatutària entesa com el model de la incorporació, afecta a tots els Estats que contenen en el seu DIPr el criteri de seu real, i d'això en són coneixedors els Comitè Europeu de Cooperació Jurídica que redacta l'informe explicatiu i que ho justifiquen:

“Aquest canvi està motivat no només per raons pràctiques (evitar que la llei aplicable canviï massa sovint segons les modificacions de la seva administrativa) sinó també per la raó de que el Consell d'Europa constitueix una comunitat vinculada pel respecte dels drets de l'home i dels principis democràtics, per tant, un espai jurídic homogeni caracteritzat per un cert reconeixement mutu entre sistemes jurídics. A més, les raons de caire econòmic que són la base del principi de la seva seu real per les societats comercials importen menys en el cas de les ONG, que persegueixen fins no lucratives.”<sup>971</sup>

Aquest darrer argument pot suscitar crítiques. Generalment, l'argument postulat pels seguidors de la teoria de la seva seu real es fonamenta amb la seguretat jurídica que proporciona aquest 'vincl real' amb l'Estat, i que garanteix els drets dels creditors. Hem d'entendre que les OING no han de proporcionar garanties als seus creditors? ¿Desapareix el perill d'actuació fraudulenta perquè les OING actuen sense fins de lucre, i per contra les societats comercials estan en permanent sospita?. No es pot oblidar que les OING concorren en el mateix mercat oferint, sobretot serveis, que podrien ser prestats per empreses privades, així com concorren a l'igual que les societats mercantils en els concursos públics per prestar determinats serveis assistencials. Probablement, el Comitè feia referència al fet que les OING beneficien a la comunitat en general i que, per tant, no importa la llei per la qual es constitueixen o el lloc on hi hauria el centre de direcció, ja que sempre comporta benefici social a la comunitat internacional.

---

<sup>971</sup> 'Rapport explicatif sur la Convention 124' del Comitè europeu de coopération juridique (CDCJ), <[www.coe.int](http://www.coe.int)>.

Actualment ja no es pot caure en el parany de desconèixer les activitats econòmiques de les OING, accessòries si es vol puntualitzar, i que es desenvolupen en el mercat en concurrència a les societats mercantils, qualificant-les fins i tot de “ONG de *charity business*”<sup>972</sup>.

La utilització del principi de la llei de la seu estatutària implica que l'OING gaudirà en tots els Estats part de la mateixa capacitat i personalitat jurídica que li ha estat atribuïda per la llei aplicada a la seva constitució. Però aquesta norma no es reconeix com absoluta, sinó que en el segon apartat de l'art. 2 s'admet la interposició de certes limitacions a l'exercici de certs drets en el territori de reconeixement<sup>973</sup>. Seran limitacions o restriccions basades en els ‘interessos públics essencials’ de l'Estat de recepció, que s'apliquen en l'exercici de la capacitat jurídica en el seu territori. Així, per exemple, en determinats Estats s'exigeix una autorització per tal d'adquirir béns immobles. Segons el Comitè Europeu de Cooperació Jurídica, també li serien d'aplicació a una OING que ha obtingut la seva personalitat jurídica en un altre Estat part, les normes que fixi un Estat disposant límits generals a tots els estrangers. El problema rau en la concepció de ‘interessos públics essencials’, que per uns Estats pot implicar més restriccions (com en el cas de França) i en d'altres, s'atorgaria un reconeixement automàtic íntegre.

El mateix Conveni estableix els mitjans per provar l'adquisició de la personalitat jurídica de les OING (art.3). Generalment, s'utilitzaran els documents administratius d'autorització i/o de registre, i en el cas que un Estat no estabueixi cap procediment, caldrà que s'expedeixi un certificat per una autoritat pública. L'Estat de recepció no efectuarà cap control respecte el procediment d'adquisició de la personalitat jurídica realitzat en l'Estat de la seu estatutària, i afegim, de la capacitat jurídica d'un *charity trust*<sup>974</sup>.

---

<sup>972</sup> H. RUIZ FABRI, “Organisations non gouvernementales”, *Rép. Internat. Dalloz*, octubre 2000, pàg. 3.

<sup>973</sup> 2.1 “Lorsqu’elles sont dictées par un intérêt public essentiel, les restrictions, limitations ou procédures spéciales prévues pour l’exercice des droits découlant de la capacité juridique par la législation de la Partie dans laquelle la reconnaissance a lieu, sont applicables aux ONG établies dans une autre Partie.”

<sup>974</sup> Hauríem d'entendre, que aquest Conveni 124 només inclouria en el cas de les *charities* angleses, aquelles que puguin demostrar que tenen personalitat jurídica. *A priori*, hauríem de negar tal afirmació, ja que l'article primer del conveni només exigeix, respecte la forma, “b) haver estat creada per un acte rellevant de dret intern d'un Estat part”, i no es pot posar en dubte la rellevància de la figura del *trust* en l'ordenament anglosaxó. A més, l'art. 1 inclou, associacions, fundacions, i “altres institucions privades”. El problema sorgeix en el segon article, el qual preveu el reconeixement de ple dret de la “personalitat i la capacitat jurídica de l'ONG”. No obstant això, en la definició proposada de fundació en l'informe explicatiu, no inclou la personalitat jurídica, així, “une fondation est un patrimoine déterminé consacré à un but donné.” En els mitjans de prova previstos en el següent article, admet que l'ONG no té perquè estar registrada, podent aportar els estatuts o l'acte de constitució o un certificat, documents que si podrà

També estableix motius de no aplicació del Conveni, per tant, de no reconeixement de l'OING, atenent a causes com seria que el seu objecte, fins i activitat contravinguin a la seguretat nacional, salut pública, defensa de l'ordre i prevenció del crim, la protecció de drets, o que comprometi les relacions amb un altre Estat, la pau o la seguretat internacional, per tant, que afectin l'ordre públic (art. 4)<sup>975</sup>.

Aquest Conveni és actualment aplicable entre pocs Estats, malgrat la utilitat que suposa reconèixer una OING (associació, fundació o altres institucions privades) de forma automàtica. La falta de ratificacions es justifica en part pels temors a reconèixer OING amb fins fraudulents, però considerem que si es demostra l'efectiva constitució de l'organització per un ordenament jurídic d'un Estat que forma part del Conveni, no s'haurien de tenir aquestes reticències. Un altre punt de conflicte, rau en la pròpia qualificació d'OING, que ha optat per ser excessivament àmplia, comportant l'aplicació extensiva d'aquesta concepció a realitats associatives heterogènies, generant discrepàncies respecte la qualificació de les organitzacions que tenen utilitat pública internacional, perjudicant així l'eficàcia del tractat<sup>976</sup>.

Per contra, l'establiment d'excessius controls a les OING estrangeres, o a les fundacions o associacions foranes, no garanteix completament la possibilitat que es continuïn creant entitats fraudulentas o amb fins lucratius il·lícits, fins i tot, respecte les organitzacions que es constitueixen sota el règim legal nacional i, en

---

aportar un *charitable trust*. Pensem que si s'inclourien en aquest conveni les *charities* angleses amb forma de *trust*, sempre que compleixin la resta de requisits, i això implicaria que ordenaments jurídics que desconeixen el *trust*, als quals no seria d'aplicació el Conveni de La Haia de 1985 d'1 de juliol de 1985, sobre la llei aplicable al trust i el seu reconeixement, haurà de reconèixer la capacitat jurídica del *charitable trust*, i per aquesta entndriem, la capacitat jurídica del *trustee*.

<sup>975</sup> Tal previsió està en harmonia amb la Convenció europea de drets de l'home (art. 11), que especifica que "l'exercici d'aquests drets no pot tenir per objecte altres restriccions que aquelles que es prevegin per la llei, constituint mesures necessàries, en una societat democràtica, i per la seguretat nacional...". Es va optar per no utilitzar la clàusula d'excepció de l'ordre públic internacional perquè no tots els ordenaments la coneixen. 'Rapport explicatif sur la Convention 124' del Comité européen de coopération juridique, <www.coe.int>.

<sup>976</sup> Segons C. TEIJO GARCÍA, "(...) el criterio de *utilidad internacional* es empleado con bastante laxitud por parte de las instancias intergubernamentales. En nuestra opinión, ha de avanzarse, con un enfoque prospectivo, en la tendencia de restringir el empleo de la categoría de OING por relación a aquellas organizaciones que tenga una efectiva actividad de *utilidad pública internacional*, o lo que es lo mismo, a las organizaciones que no sólo agreguen intereses de personas privadas, sino que procedan a agregar estos intereses con el objetivo de realizar funciones que benefician al conjunto de la comunidad internacional". En especial, assenyalava que la declaració interpretativa de França en l'instrument de ratificació del Conveni, inclouria en la concepció d'OING, cooperatives i mutualitats. Una proposta de definició sociojurídica d'OING: "es una estructura privada creada conforme al Derecho interno de un Estado, que reúne a personas privadas o públicas, físicas o jurídicas, que son nacionales de dos o más Estados con el objetivo de perseguir sin ánimo de lucro la consecución de un interés lícito de carácter colectivo (de alcance particular o general) en al menos otro Estado distinto de aquel en el que ha sido constituida". C. TEIJO GARCÍA, *Organizaciones internacionales no gubernamentales y derecho internacional*, Díxel, 2005, pàg. 222-223; 234.

canvi, aquest recelós control, sí que perjudica el bon funcionament de les entitats legalment constituïdes i que actuen lícitament<sup>977</sup>.

Mereix una breu reflexió l'efecte d'aquest Conveni 124 respecte la figura de les fundacions. No hi ha dubte que a les fundacions que compleixin les condicions de l'art. 1 els seran d'aplicació el Conveni, sempre entre Estats part. Per tant, tota fundació que no tingui finalitat lucratives, d'utilitat internacional, que estigui creada per un acte rellevant de Dret intern, que exerceixi una activitat en com a mínim dos Estats i que tingui la seva seu estatutària i la seva seu real en Estats part del Conveni, serà reconeguda per la resta d'Estats part sense necessitat de seguir cap procediment. Però se li podran aplicar restriccions a les seves actuacions als drets derivats de la seva capacitat jurídica quan es justifiqui per 'interessos públics essencials', serien normes imperatives. Així com esgrimir ordre públic, i no aplicar el reconeixement que preveu el Conveni, si la fundació incorre en alguna de les causes de l'art. 4. L'aplicació i generalització d'aquest Conveni 124 resoldria un dels primers problemes amb què topa una fundació que pretén actuar de manera transfronterera, el seu reconeixement en un altre Estat i el gaudiment de drets en aquest, per tant, el reconeixement de la capacitat jurídica adquirida segons la llei de la seva seu estatutària (llei de constitució). Ara bé, els pocs Estats part del conveni fa minvar la seva utilitat. Val a dir, a més, que aquest conveni està pensat per propiciar la col·laboració entre OING que pretenen en general, recaptar fons i sensibilitzar les societats europees, per després actuar, principalment a Estats desfavorits, de manera que es resoldria un primer reconeixement entre Estats europeus (o alguns d'ells), però toparia igualment amb els problemes de reconeixement en els tercers Estats on realment s'actuaria. A més, resta per resoldre un aspecte de cabdal importància que és el règim fiscal aplicable, o d'altres qüestions, com és el moviment de treballadors de la fundació, o l'abast de control de les autoritats públiques que tenen atribuït la supervisió del

---

<sup>977</sup> Ho he expressa amb claredat M.M. MERLE "...il y a l'obstacle constitué par la mentalité étatique elle-même. Par définition même, les Etats considèrent comme suspecte toute organisation qui peut servir de couverture ou de prête-nom à la pénétration d'une influence étrangère. Individuellement, chaque Etat est trop jaloux de sa souveraineté pour se laisser entraîner à approuver l'entrée sur son territoire, sous un voile quelconque, d'une initiative ou d'une intervention étrangère. (...) Mais au-delà de ces réflexes sécuritaires, il y a une sorte de réflexe collectif des gouvernements qui ont le monopole de la décision et de la souveraineté et qui, dans ces conditions, ne sont pas prêts à partager ces privilèges avec des organismes privés. Face à la poussée très forte des revendications émanant de la 'société civile', les gouvernements ont tendance à se replier sur une forme de 'sainte alliance' qui fait que, de l'extrême droite à l'extrême gauche, des plus libéraux aux plus autoritaires, tous les gouvernements se trouvent d'accord pour refuser de céder leur pouvoir même sous une forme limitée à d'autres autorités. C'est cette défiance, qui n'est pas simplement individuelle mais collective, qu'il conviendrait de surmonter.(...)". M.M. MERLE, "Introduction sur les organisations internationales non gouvernementales", Conseil de l'Europe, *Associations et fondations*, Strasbourg, 27-29 novembre 1996, pàg. 113.



compliment del fi fundacional, en què es qüestiona la possibilitat d'actuar extraterritorialment, o no, per dur a terme tal control.

Tanmateix les mancances, la valoració ha de ser positiva, sobretot pel que fa a la finalitat del Conveni, que en última instància pretén possibilitar la cooperació internacional d'entitats privades europees entre si, eliminant les barreres d'estrangeria que implica l'atribució de la personalitat jurídica de l'entitat.

#### 2.1.4 Valoracions i incidència del Dret convencional

A part del darrer conveni estudiat, el del Consell d'Europa sobre OING, la resta de propostes convencionals van fracassar. En primer lloc podríem adduir com a causa del fracàs, que en les dues primeres propostes estudiades s'unien en una mateixa regulació societats mercantils i altres persones jurídiques, aquesta heterogeneïtat seria un dels punts que dificultaven establir normes generals respecte el seu reconeixement. Per contra, el Conveni dedicat només a les entitats sense fins lucratiu, sí que va reeixir. Però el cert és que la dificultat principal es fonamentaria en d'altres raons, com la desconfiança permanent per part dels Estats a reconèixer *de plano* institucions privades constituïdes segons altres ordenaments i, en aquest punt, entra en joc el conflicte etern entre el model de seu real (protector) i el model de la incorporació (liberal). L'exemple més evident d'aquest esperit és l'intent de conveni de Conferència de La Haia de DIPr, que procura conjuminar ambdues teories per tal de satisfer la voluntat dels distints països, però incloent-hi una formulació que admetia el veto, fet que desmereix el projecte ja que no aconsegueix la finalitat del reconeixement mutu. Així mateix succeí en el Conveni de Brussel·les de 1968, en el qual tampoc va reeixir la combinació. S'evidencia, doncs, la dificultat d'arribar a un acord convencional en les qüestions relatives a la internacionalització de les persones jurídiques i del reconeixement de la seva personalitat jurídica d'un Estat a un altre<sup>978</sup>. Ambdós

---

<sup>978</sup> En d'altres latituds, convenis d'aquest tipus tampoc han resultat de fàcil elaboració. Per exemple el *Tratado de Derecho civil internacional de Montevideo* de 1940 (que modifica el de 1889). En l'art. 4 estableix que l'existència i capacitat de les persones jurídiques de caràcter privat es regiran per les lleis del país del seu domicili (sistema de la seu real) i que es defineix com la seu principal dels negocis. Tampoc aquesta connexió queda clara, es dubta entre: centre principal d'explotació; seu principal de l'administració; o una mescla. Per BOGGIANO, seria en el lloc de les direccions i administracions centrals. A. BOGGIANO, *Curso de derecho internacional privado*, Buenos Aires, 2001, pàg. 454. Estaran habilitades per exercir les accions i drets que els corresponguin fora del lloc de la seva institució, i es subjectaran a les prescripcions establertes per l'Estat en el qual intentin realitzar aquests actes. El tractat de 1889, per contra establia la teoria d'incorporació, de manera que l'existència i la capacitat de les persones jurídiques privades es regien per les lleis del país en el qual havien estat reconegudes com a tal. I.M. WEINBERG, *Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, 2ª ed., 2002, pàg. 193. En el marc de la Conferència Especialitzada Interamericana de *Derecho internacional privado* (CIDIP) vegeu: J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, "Balance y perspectiva de los sistemas de determinación de la *lex societatis*", *Derecho de sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, Madrid, 2002, vol. I, pàg. 201.

treballs van tenir un plantejament tradicional i de confrontació dels sistemes de DIPr de font interna, cercant com a única solució el Dret uniforme que, com indica J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, seria actualment un plantejament errat, ja que atenent el dret material “la teoria de la seu i la teoria de la constitució no apareixen com a opcions contraposades”, la metodologia usada en els convenis va ser l’equivocada<sup>979</sup>.

A les fundacions els resta la possibilitat d’emprar el Conveni 124 del Consell d’Europa, per a què sigui reconeguda la seva personalitat jurídica i els seus drets personals, només però entre els Estats part del Conveni, per tant, insuficient. Es palesa doncs la mancança de previsions internacionals que facilitin l’actuació transfronterera de les fundacions. Fins ara ha estat relegada la seva regulació jurídica internacional, per la manca d’urgència i de consideració que es mereixien aquestes institucions ‘no lucratives’, en contraposició a les entitats mercantils, figures que concentraven l’atenció dels legisladors, així com de la doctrina iusinternacionalprivatista. Ara, però, la situació ha canviat, les dades de què es disposa evidencien la seva creixent importància en l’actuació transnacional en un món globalitzat que, en moltes ocasions, duu aparellada activitats econòmiques considerables que ja no es poden menystenir per més temps i que, a més, supleixen necessitats socials i culturals que els Estats no abasten<sup>980</sup>.

Per això, L.M SALAMON inclouria les fundacions en el sector de les entitats sense afany de lucre que precisen que s’adopti normativa internacional al respecte:

“Per afrontar aquest desenvolupament nou, les lleis sobre organitzacions *non profit* s’haurien de tornar cada cop més internacionals en els propers anys. Així, per exemple, més disposicions legals favorable a les donacions transnacionals i a les operacions de les entitats *non profit* en diversos països. (...) La cursa de la ‘revolució’ *non profit* precisa de canvis en les lleis de quasi la totalitat dels països. (...) Més aviat, la importància recauria en elaborar un model internacional modern que contingui els elements clau per a un tractat o un altre tipus d’acord internacional. (...) crear sistemes legals que permetin constituir organitzacions *non profit* de conformitat amb el dret amb un grau significatiu d’autonomia i independència. Els propòsits s’haurien de

---

<sup>979</sup> J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Balance y perspectiva de los sistemas de determinación de la *lex societatis*”, *Derecho de sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, Madrid, 2002, vol. I, pàg. 202 i ss.

<sup>980</sup> “Finally, the nonprofit sector seems likely to face increased demands of globalization and cross-national activity as a product of the broader globalization of the world economy, worldwide disillusionment with governmental capacity to deal with problems, a general decline in public sector resources, the dramatic and historic collapse of communism, the increasing prominence of multinational corporations, and the growing globalization of many of the issues with which nonprofits have been concerned, such as the environment and health.” L.M. SALAMON; S.L.Q. FLAHERTY, “Nonprofit Law: ten issues in search of resolution”, *Working Papers of the Johns Hopkins Comparative Nonprofit Sector Project*, 1996, pàg. 33. *Vid.* part I, cap. III, apartat 1.4.

manifestar àmpliament i d'una manera flexible. Les regulacions fiscals haurien de proporcionar drets a les entitats organitzades i que actuen amb finalitats apropiades (...) La informació hauria de ser prou significativa per permetre obertura, transparència i control per les institucions públiques, però no ser massa onerosa o intrusa. I les donacions transfrontereres i les activitats *non profit* haurien d'estar facilitades per un tractat de reconeixement mutu. Tot això hauria d'operar idealment en el context de la norma jurídica amb tribunals independents per proporcionar l'aplicació efectiva de drets quan fos necessari. Les lleis proposades o revisades contribuirien al creixement d'un sector *non profit* internacional veritablement eficaç.”<sup>981</sup>

Aquests desideratums són difícils de complir en àmbit internacional, ja s'ha comprovat que els dos intents més importants han estat fallits, i que un tercer ha tingut poca acollida. Potser seria més encertat, donades les dificultats d'elaborar un conveni internacional multilateral, rebaixar les aspiracions i acotar els propòsits, en un primer pas, harmonitzar criteris, com és la iniciativa del mateix Consell d'Europa, el qual ha redactat uns “Principis fonamentals sobre l'estatut de les organitzacions no governamentals a Europa” (2003). La seva finalitat no és establir una llei model, sinó recomanar als Estats l'aplicació dels principis que haurien de guiar les lleis i les pràctiques pertinents en relació a les ONG, per tant, respecte a les associacions i fundacions, entre altres tipus d'entitats privades, en una societat democràtica fonamentada en la preeminència del dret<sup>982</sup>. Des de la vessant universal, hi ha un sector doctrinal iusinternacionalpublicista que advoca per atorgar a certes OING d'un estatut jurídic internacional, que inclouria, per una banda el reconeixement mutu de l'estructura jurídica atorgant-li un seguit de drets mínims per tal de poder desenvolupar les seves activitats transnacionals i, per altra banda, atorgar-li subjectivitat internacional d'entre els actors que formen la societat internacional (com els Estats i organitzacions intergovernamentals), donada la seva important funció en la cooperació internacional, que les ha fet

---

<sup>981</sup> L.M. SALAMON; S.L.Q. FLAHERTY, “Nonprofit Law: ten issues in search of resolution”, *Working Papers of the Johns Hopkins Comparative Nonprofit Sector Project*, 1996, pàg. 34.

<sup>982</sup> Després de diverses reunions multilaterals entre delegacions dels Estats part del Conveni, el Consell d'Europa va adoptar els “Principes fondamentaux sur le statut des organisations non gouvernementales en Europe, et exposé des motifs”, (RAP-ONG (2003) 4). Enuncien quatre principis bàsics: creació voluntària; dret a la llibertat d'expressió; les ONG amb personalitat jurídica han de gaudir dels mateixos drets i obligacions generals que les altres persones jurídiques (de manera que es sotmetin a les normes ordinàries, i no pas a reglamentacions especials); protecció jurisdiccional. Amb més de setanta principis, es fan recomanacions generals en diferents aspectes com: objectius; membres, estatus, personalitat jurídica; gestió; cerca de fons, ajuts públics, etc., sempre tenint en compte les particularitats dels diversos ordenaments jurídics, per exemple, contempla les ONG sense personalitat jurídica; els *trusts*; els registres descentralitzats, etc.

participes en processos d'elaboració i supervisió de compliment de normes i polítiques d'abast internacional<sup>983</sup>.

Sens dubte, el reconeixement d'aquest tipus d'entitats en àmbits espacials més reduïts, com seria la Unió Europea, seria més factible, en un primer moment, que no pas en àmbit internacional. Des de la vessant comunitària, és poc probable que s'utilitzi de nou la via de l'art. 293 TCE, malgrat romandre en vigor. En cas de desitjar regular una normativa sobre reconeixement de persones jurídiques, la possibilitat més evident seria utilitzar el reglament europeu, com s'explicarà en el tercer capítol, tal com es va proposar per al projecte retirat de Reglament d'Associació Europea. Tanmateix, resta oberta la possibilitat de fer extensible el reconeixement de les societats constituïdes per un ordenament d'un Estat membre en virtut de l'art. 48 TCE, per tant, la llibertat de circulació i d'establiment, a les fundacions. Una altra possibilitat, potser més allunyada, seria ampliar l'àmbit material d'aplicació del principi del reconeixement mutu, iniciat en el sector de la prestació de serveis i de les resolucions judicials, i estendre'l a les persones jurídiques a semblança del que succeeix a EUA amb la clàusula del '*corporate charter*' en matèria societària<sup>984</sup>.

---

<sup>983</sup> C. TEIJO proposa un tractat internacional, que en àmbit nacional es reconegué *de plano* l'OING, i se li reconeguessin els drets propis d'actuació (a semblança de les propostes fallides, però introduiria una clàusula de tancament en què es garantirien uns drets, un estatut jurídic mínim); que en àmbit transnacional se'ls reconegué un conjunt de drets (moviment internacional de persones, de fons i de béns); i en la dimensió internacional, els Estats haurien d'atorgar o reconèixer a les OING la seva condició de subjectes de la societat internacional, és a dir, dret a la participació de les OING en el govern internacional, que seria el reflex de la participació ciutadana. C. TEIJO GARCÍA, *Organizaciones internacionales no gubernamentales y derecho internacional*, Díxel, 2005, espec. pàg. 323; 236 i ss. La proposta és, sense cap mena de dubte, ambiciosa, i sense menystenir l'oportunitat de reconèixer a les OING la seva participació activa en el govern internacional (que a la pràctica ja s'ha donat), advertim la dificultat que comporten les dues primeres esferes, i que aquest estudi palesa. Aconseguir el reconeixement jurídic de l'entitat estrangera, no és difícil, el problema és l'abast dels drets que s'atorgarien a aquestes entitats i el dret que les regiria. Seria necessari adaptar les normatives internes si es pretengués introduir una clàusula de tancament com la proposada, ja que seria poc probable que un Estat firmés un tractat en què les organitzacions 'estrangeres' gaudissin de més prerrogatives que les nacionals. De la breu explicació que ofereix, es denota que proposa la teoria de la incorporació, tendència que s'està generalitzant, però que de ben segur comportaria reticències a alguns Estats. Per altra banda, la dimensió transnacional, només seria viable, de moment, en un àmbit territorial regional en què es disposessin d'uns principis jurídics i econòmics comuns (som seria per exemple la Comunitat Europea), i no universal. En tot cas, les tres dimensions plantejades mereixerien diversos tractats internacionals, la modificació de normatives internes que haurien d'afavorir no només les OING, sinó les organitzacions internes, en cas contrari considerem poc viable mesures discriminatòries en un mateix ordenament, i per últim, coincidint amb l'autor, seria necessària una alta dosi de voluntat política.

<sup>984</sup> *Vid.* part II, cap. IV, apartat 3 *in fine*.

## 2.2 El reconeixement de les fundacions estrangeres i exercici de les seves activitats en un país estranger

Per manca de norma convencional o institucional, s'ha d'atendre a les normes domèstiques per conèixer com una fundació es reconeix en un altre Estat i les capacitats jurídiques de què disposarà per actuar en tal territori. Es palesa a continuació que en matèria de fundacions la qüestió del reconeixement, així com succeïa respecte la llei aplicable, no ha estat tan debatuda com en matèria de Dret de societats. No deixa de ser curiós que es pugui citar com a precedents doctrinals sobre el reconeixement de fundacions estrangeres, a autors d'inicis del segle XX. Per una banda, J. DE DIOS TRÍAS I GIRÓ, considerava com una *questio selecta* en el Dret internacional privat la relativa a si la persona moral, jurídica o social d'un país havia, *ipso facto*, pel sol fet de la seva existència en aquest país, ésser reconeguda en els demés països; o bé, si era considerada com una creació merament positiva d'una sobirania territorial, havia de ser expressament acceptada per les respectives sobiraniaes. La doctrinal de l'època ja es decantava per la primera opció, tal i com continua en l'actualitat.

Admès doncs el reconeixement automàtic, A. PILLET, afegia una distinció segons l'abast del reconeixement de la fundació o persona jurídica en el gaudiment de drets, segons si l'activitat de l'entitat estrangera era puntual o permanent, així es distingiria:

- a) El reconeixement genèric de la fundació, de manera que aquesta podria fer valer en el fur certs drets patrimonial; seria reconeixement automàtic sense haver de menester cap procediment<sup>985</sup>.
- b) Del reconeixement que caldria si el que pretenia la fundació era estendre les seves activitats pròpies en el territori, en aquest cas, l'ordenament del fur podria imposar condicions, com podria ser una autorització governamental.

Aquesta distinció, també es dóna en l'actualitat en la majoria de normes de Dret internacional privat, així, es diferenciaria entre l'activitat puntual i l'activitat permanent d'una fundació estrangera en un Estat diferent del de la seva

---

<sup>985</sup> J. DE DIOS TRÍAS I GIRÓ l'anomenava, 'condición de la persona extranjera *in abstractu*'. J. DE DIOS TRÍAS I GIRÓ, "Personas jurídicas extranjeras de fin no utilitario, según el Derecho español", *RDP*, t. II, 1915, pàg. 3. A. PILLET, en contra de la jurisprudència del moment, no estava d'acord en aplicar la teoria de la ficció respecte el reconeixement de les fundacions estrangeres, de manera que no gaudien de cap dret en territori francès. Considerava, que una fundació regularment constituïda segons el seu ordenament, engendrava un seguit de drets que havien de poder ser invocats a l'estranger, com a mínim els drets patrimonials, en virtut del principi de respecte dels drets regularment adquirits. A. PILLET, *Personnes morales en droit international privé*, Paris, 1914, pàg. 417-421.

constitució/nacionalitat. Per a l'activitat puntual, és a dir, per desenvolupar algunes activitats sense tenir un establiment permanent o per exercir algun dret, es parteix del reconeixement mutu de les fundacions vàlidament constituïdes per un ordenament jurídic estranger<sup>986</sup>. Per aquest reconeixement només caldria provar aquesta efectiva constitució (diferents mitjans: estatuts, registre en el país d'origen, permís governatiu quan en el país així es precisi, etc.). Aquest reconeixement automàtic serviria únicament per poder realitzar determinats actes, com per exemple, comparèixer en judici, o presentar una demanda.

Ara bé, que quan la fundació ha de desenvolupar les seves activitats de forma permanent o estable en un altre Estat i, sobretot, fent ús del mot 'fundació', llavors, en molts ordenaments s'exigeix algun requisit administratiu complementari. És en aquest punt on s'aprecien més diferències en Dret comparat. A tenor de la tradició jurídica històrica exposada en la primera part, es distingeixen els ordenaments que exigeixen condicions administratives complexes per a una fundació estrangera que pretengui actuar en fur estranger, com seria el reconeixement administratiu per decret públic. I, per contra, ordenaments liberals on la disposició administrativa és menys costosa, com seria l'obligació de registre, amb l'única finalitat de dotar de publicitat legal la fundació, o bé, l'obligació de crear una delegació. No sorprendria aquesta exigència de delegació, quan el que es pretén és actuar de forma permanent o estable en un altre Estat, el problema o la dificultat podria raure en els requisits previstos per establir tal delegació<sup>987</sup>. Aquests plantejaments són els que en general s'han anat aplicant en Dret comparat i que seguidament s'exposa en relació a alguns ordenaments europeus. Abans, però, mereix insistir en el fet que per a reconèixer una figura jurídica estrangera en un ordenament diferent, el primer problema que pot sorgir és el de la qualificació. En la nostra matèria d'estudi el concepte de fundació de l'entitat

---

<sup>986</sup> “La reconnaissance de la fondation étrangère s'impose par la tendance générale à reconnaître les entités juridiques étrangères dûment constituyes dans leur pays”. Afegia que el fet que les fundacions no actuessin en el comerç, les estalviava els inconvenients implícits en el reconeixement de societats mercantils, afirmació que avui podem descartar. Sí que estariem d'acord amb el fet que les fundacions que són persones jurídiques, no estarien sotmeses a les mateixes dificultats que hi ha respecte els *trust*, pel fet de ser una figura desconeguda en alguns ordenaments. A.F. SCHNITZER, “Le trust et la fondation dans les conflits de lois”, *RCrDIPr*, 1965, pàg. 493.

<sup>987</sup> Segons C. TEIJO, en relació a les Organitzacions internacionals no governamentals, que poden ser fundacions, “se enfrentan fuera de su Estado de sede a entornos jurídicos variables – en virtud de dónde ejerzan su actuación- y a menudo hostiles, a pesar de que desde diferentes instancias multilaterales se han realizado llamamientos a los Estados para que adecúen sus legislaciones internas a la transnacionalización del entorno asociativo que es propia de la sociedad internacional contemporánea.(...)”. Assenyala però, que hi ha una progressiva relaxació de les cauteles internes perquè s'ha atenuat la desconfiança envers aquestes, a causa de la creixent democratització dels Estats i de la creixent assumpció de protagonisme dels actors privats en els processos de cooperació internacional. C. TEIJO GARCÍA, *Organizaciones internacionales no gubernamentales y derecho internacional*, Díxel, 2005, pàg. 204 i 202.

estrangera hauria de coincidir amb les característiques bàsiques de l'entitat regulada en l'ordenament d'acollida. Aquestes qüestions s'han tractat en la primera part de l'estudi al qual ens remetem, tot i que sorgiran de nou en les línies que continuen<sup>988</sup>.

### 2.2.1 Les fundacions estrangeres en l'ordenament jurídic espanyol

L'ordenament jurídic espanyol, com prèviament s'ha esmentat, advoca pel reconeixement automàtic de la persona jurídica estrangera, en concret, respecte la societat mercantil<sup>989</sup>. També, doncs, respecte les fundacions estrangeres, el reconeixement serà automàtic sempre que es demostrï que han estat vàlidament constituïdes segons el seu dret d'origen. S'interpreta que seguint la lògica de l'art. 9.11 CCEsp, el qual determina que la llei aplicable a la constitució de la persona jurídica és la seva llei personal, sembla evidenciar la seva vàlida existència, per tant, un reconeixement de pla o *ipso iure*, s'admet per la totalitat de la doctrina espanyola<sup>990</sup>. Com assenyala G. PALAO MORENO, de l'art. 9.11 CCEsp, deriva el

---

<sup>988</sup> *Vid.* part I, cap. I, apartats 2.1; 2.3; cap. II, apartat 1.1; cap. III, apartats 2.2; 3.3.

<sup>989</sup> En relació a les societats mercantils, l'ordenament jurídic espanyol ha experimentat un procediment d'obertura cap a un sistema més liberal de reconeixement, consagrat en l'article 15 de Codi de Comerç espanyol: "Els estrangers i les companyies constituïdes a l'estranger podran exercir el comerç a Espanya; amb subjecció a les lleis del seu país, pel que fa a la seva capacitat per contractar, i a les disposicions d'aquest Codi, en tot el que concerneixi a la creació dels seus establiments dins del territori espanyol, a les seves operacions mercantils, i a la jurisdicció dels Tribunals de la nació. El prescrit en aquest article s'entendrà sens perjudici del que en casos particulars pugui establir-se pels Tractats i Convenis amb la resta de potències." Per tant, admet amb caràcter general l'exercici del comerç a Espanya per companyies constituïdes a l'estranger. "La corriente liberal se inicia con un *Orden de 1 de octubre de 1873*, que, refiriéndose a una compañía de seguros, admitió la posible verificación de operaciones mercantiles por una compañía extranjera en nuestro territorio, bajo ciertas condiciones, entre ellas la publicación de sus estatutos y reglamentos con arreglo a las disposiciones fijadas para las compañías constituidas en España." J. ZAMORA CABOT, "Personas jurídicas", M. AGUILAR NAVARRO, *Lecciones de Derecho Civil Internacional Español*, Madrid, 1983, pàg. 125. L'ordenament espanyol diferencia entre les societats estrangeres que únicament pretenen realitzar alguns actes concrets, com contractes o comparèixer davant de tribunals, en aquest cas el reconeixement de la seva personalitat jurídica és efectivament automàtica. Però, quan la societat estrangera pretén actuar permanentment, ha d'establir-hi una sucursal amb fins lucratiu i l'ha d'inscriure en el Registre mercantil (art. 81.1.k del Reglament del Registre Mercantil). Es justifica el compliment d'aquest requisit per tal d'equiparar les societats estrangeres a les espanyoles, les quals també estan sotmeses a l'obligació d'inscripció. La manca d'inscripció sotmetria a les societats sucursals al règim de societat irregular. Vegeu: R. ARENAS GARCÍA, *Registro mercantil y Derecho del comercio internacional*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000, espec. pàg. 134-152.

<sup>990</sup> A inicis del segle XX, la resposta coincidia amb l'actual. A tenor de l'art. 27 CCEsp, la persona jurídica estrangera, reconeguda o vàlida segons la seva llei nacional, podia, per aquest simple fet, considerar-se també persona jurídica per al gaudiment dels seus drets en territori espanyol. Aquest principi general es podia limitar per l'aplicació de l'ordre públic (art. 11 CCEsp), o bé, en relació al gaudiment de determinats drets. J. DE DIOS TRÍAS I GIRÓ, "Personas jurídicas extranjeras de fin no utilitario, según el Derecho español", *RDP*, t. II, 1915, pàg. 3. Actualment, M. GARDEÑES considera que només podria exceptuar la regla general del reconeixement automàtic si s'apliqués l'excepció d'ordre públic (art. 12.3 CCEsp), en cas d'actuació delictiva es podria aplicar l'art. 129 Codi Penal, i suspendre o prohibir les activitats. M. GARDEÑES SANTIAGO, *Las fundaciones en derecho internacional privado español*, Madrid, Eurolex, 2003, pàg. 206.

sistema de reconeixement automàtic de les persones jurídiques estrangeres (o *ipso iure*), i conflictual de les persones jurídiques estrangeres, “aproximant la problemàtica del reconeixement a la qüestió de la determinació de la llei aplicable”<sup>991</sup>.

Per determinar el reconeixement de les fundacions estrangeres, diferenciant-les de les espanyoles, la Llei 50/2002 de fundacions<sup>992</sup>, estableix una doble distinció, segons si l'activitat es desenvolupa principalment a l'Estat espanyol, aleshores seria d'aplicació l'art. 6 LF 50/2002 sobre el domicili o, si l'actuació és permanent o estable en el territori espanyol, però no principal, aplicaríem l'art. 7 LF 50/2002 sobre fundacions estrangeres<sup>993</sup>.

En el primer supòsit, es constata que la Llei 50/2002, imposa l'obligació de constituir-se segons la llei espanyola a aquelles fundacions que pretenguin actuar principalment en territori espanyol (art. 6 LF 50/2002)<sup>994</sup>. Per tant, la fundació estrangera que tingui com a àmbit d'actuació principal a Espanya, o pretengui desplaçar-hi la seva activitat principal, precisarà que es constitueixi *ex novo* com a fundació espanyola. En el cas que no es dugués a terme tal adaptació, no podria utilitzar el terme ‘fundació’ en territori espanyol, ja que no estaria inscrita en el Registre i no disposaria de personalitat jurídica, tal i com indica l'art. 4 LF 50/2002, essent considerada com una fundació espanyola irregular.

Certament, és una regulació restrictiva, i poc afí amb el món globalitzat, que no es dona en àmbit de societats mercantils, sector en què és àmpliament conegut i admès el canvi freqüent de lloc d'actuació principal. Aquest art. 6 LF 50/2002

---

<sup>991</sup> PALAO MORENO, G., “Artículo 7. Fundaciones extranjeras”, J. OLAVARRÍA IGLESIA (coord.), *Comentarios a la Ley de fundaciones*, Tirant lo blanch, València, 2008, pàg. 206-207.

<sup>992</sup> La primera regulació específica sobre fundacions estrangeres es troba en l'art. 5 de la Llei 30/1994, actualment l'art. 7 de la Llei 50/2002. En anterioritat, només en algun decret de finals del segle XX es presta una mínima atenció a les fundacions estrangeres. B. CAMPUZANO DÍAZ, “Las fundaciones extranjeras en la nueva ley sobre fundaciones”, *BIMJ*, n. 1745, 1995, pàg. 3210; 3213. Per estudiar la regulació de la Llei 30/1994, vegeu, entre altres, l'article anteriorment citada de B. Campuzano, i les obres de M. GARDEÑES SANTIAGO, *Las fundaciones en derecho internacional privado español*, Madrid, Eurolex, 2003, pàg. 169 i ss.; J.L. PIÑAR MAÑAS, “Art. 4 Domicilio” i “Art. 5 Fundaciones extranjeras”, R. DE LORENZO GARCÍA et al., *Comentarios a la ley de fundaciones y de incentivos fiscales*, Madrid, 1995, pàg. 33-44.

<sup>993</sup> En concret, l'art. 6.2 regularia l'exportació de fundacions espanyoles, mentre l'art. 7, s'ocupa del fenomen de recepció de les fundacions estrangeres a Espanya. PALAO MORENO, G., “Artículo 7. Fundaciones extranjeras”, J. OLAVARRÍA IGLESIA (coord.), *Comentarios a la Ley de fundaciones*, Tirant lo blanch, València, 2008, pàg. 205.

<sup>994</sup> Art. 6 LF 2002: “Domicilio. 1. Deberán estar domiciliadas en España las fundaciones que desarrollen principalmente su actividad dentro del territorio nacional. 2. Las fundaciones tendrán su domicilio estatutario en el lugar donde se encuentre la sede de su Patronato, o bien en el lugar en que desarrollen principalmente sus actividades. Las fundaciones que se inscriban en España para desarrollar una actividad principal en el extranjero, tendrán su domicilio estatutario en la sede de su Patronato dentro del territorio nacional.”



tampoc és una norma harmoniosa amb el mercat interior europeu<sup>995</sup>. A més, tal previsió topa amb la dificultat de determinar “el principal lloc d’actuació de la fundació”, que pot estar repartit en diferents Estats, o bé modificar-se segons les necessitats socials, pensem per exemple en la Creu Roja, o en ONGs de desenvolupament. Com assenyala M. GARDEÑES, es poden donar situacions innecessàries:

“Certament, exceptuant els casos en què el Dret de la Unió Europea o els convenis internacionals ho impedeixin, l’obligació que imposa l’art. 6.1 LF pot tenir com a resultat que es denegui el reconeixement d’una fundació estrangera, quan aquesta realitzi les seves activitats principals a Espanya, perquè, des del punt de vista del nostre ordenament, en tal cas no ens trobaríem pròpiament davant d’una fundació estrangera, sinó davant d’una fundació espanyola irregular o defectuosament constituïda”<sup>996</sup>.

Aquesta regulació restrictiva implica, per exemple, que una fundador resident a l’estranger que creï una fundació segons el dret de la seva residència i amb domicili en aquell fur, no sigui reconeguda per l’ordenament espanyol quan les activitats es desenvolupin principalment a Espanya, essent considerada irregular<sup>997</sup>. Per tal de flexibilitzar aquests criteris, i evitar la frustració de projectes internacionals, M. GARDEÑES proposa canviar el criteri de “les principals activitats a Espanya” (actual art. 6.1 LF 50/2002), pel de “seu de direcció a Espanya”. Per tant, existiria l’obligació de constituir la fundació segons el Dret

---

<sup>995</sup> A diferència del que succeeix en dret societari europeu, l’exigència de coincidència entre domicili i lloc d’explotació de la fundació, és un criteri que disposa cada legislador intern, mentre no s’interpreti el contrari pel dret comunitari. Com assenyalen A.L. CALVO CARAVACA i J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, la fixació dels criteris per determinar el domicili de les societats no pot obligar a una societat que disposa de la seva seu social, administració central o centre d’activitats principal en un Estat membre, a que tingui el seu domicili o seu en un altre país concret. Això suposaria un obstacle a la llibertat d’establiment de les persones jurídiques a la UE. Per això afirmen, que “l’art. 5.2 LSA i els preceptes d’altres lleis que segueixen la seva estela, no poden aplicar-se per obligar a fixar a Espanya el domicili d’una persona jurídica perquè el ‘principal establiment o explotació’ de la societat radica a Espanya, sempre que la societat hagi estat constituïda de conformitat amb la legislació d’un Estat membre i tingui la seva seu social, administració central o centre d’activitat principal en un Estat membre (art. 48 TCE). A.L. CALVO CARAVACA; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, 7a ed., Granada, 2006, pàg. 297. En el cas que el Tribunal de Justícia acabi interpretant com aplicable a les fundacions l’art. 48 TCE, i per tant, que aquestes gaudeixin de la llibertat d’establiment, aquest article 6 de la llei espanyola de fundacions seria contrari al TCE i hauria de ser modificat, o bé, esdevindria inaplicable respecte les fundacions constituïdes a l’empara d’un ordenament jurídic europeu. Es dedica la tercera part de l’estudi a aquestes qüestions.

<sup>996</sup> M. GARDEÑES SANTIAGO, “Capítulo 22: Las fundaciones en el contexto internacional”, BENEYTO PÉREZ, J.M. (dir.), *Tratado de Fundaciones*, Bosch, 2007, vol. II, pàg. 1172; 1186 i 1187.

<sup>997</sup> S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, crítica l’asimetria que comporta l’aplicació de l’art. 6.1 LF, de manera que l’ordenament jurídic espanyol no reconeixeria una fundació argentina amb l’objecte de difondre el folklore argentí a Madrid, però sí permetria que una fundació espanyola promogué el folklore galleg a Buenos Aires. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Recensión a GARDEÑES SANTIAGO, M.: *Las fundaciones en Derecho internacional privado español*. Fundación Centro de Estudios Comerciales, Madrid, 2003, 263 pp.”, *REDI*, 2004-1, pàg. 626.

espanyol sempre que el Patronat o seu de direcció s'ubiqués a Espanya, s'exclouria així la possibilitat que la fundació fos dirigida des de l'estranger<sup>998</sup>.

Respecte el segon supòsit, és a dir, per a què la fundació estrangera pugui desenvolupar les seves activitats en territori espanyol de forma permanent (no principal) i gaudir de la consideració de subjecte de dret, se li exigeixen un seguit de requisits d'obligat compliment, malgrat ser reconeguda *de facto* per l'ordenament espanyol si la constitució ha estat vàlida segons el seu dret personal.

La regulació de les obligacions que haurà de complir es preveu en l'art. 7 LF 50/2002, aquest és el dret d'estrangeria per a les fundacions no espanyoles i que s'ha d'interpretar juntament amb l'art. 4 del *Reglamento de fundaciones de competencia estatal* (RFCE)<sup>999</sup>. El compliment de les condicions de l'art. 7 LF 50/2002 i de l'art. 4 del RFCE, no resulta una tasca fàcil per a les fundacions estrangeres, ja que topen amb un sistema administratiu ineficaç, proporcionador d'informació contradictòria, que ha tingut, fins fa poc, com a màxim exponent la inexistència del Registre de fundacions de competència estatal, malgrat les reiterades remissions que les lleis i reglaments realitzaven des del 1994<sup>1000</sup>. Durant tot aquest llarg interval de temps, han coexistit distints registres de fundacions estatals adscrits a diferents ministeris<sup>1001</sup>. Aquesta situació ha comportat la desídia a fundacions estrangeres, fins l'extrem de replantejar-se l'establiment d'una

---

<sup>998</sup> Entén que la solució seria la més adequada per diverses raons: “en primer lugar, el criterio de sede administrativa o de dirección sería más fácilmente determinable. (...) En segundo lugar, resulta oportuno que la ley española se aplique siempre que la entidad tenga su domicilio o sede administrativa en España; en los demás casos, el control de sus actividades en España como fundación extranjera (art. 7 LF) parece suficiente. Por último, esta solución acabaría con la ‘asimetría’ a la que actualmente conduce el art. 6 LF (...)”. M. GARDEÑES SANTIAGO, “Capítulo 22: Las fundaciones en el contexto internacional”, BENEYTO PÉREZ, J.M. (dir.), *Tratado de Fundaciones*, Bosch, 2007, vol. II, pàg. 1183-1184. En el supòsit de la fundació argentina, només requeriria una delegació de la fundació a Espanya, podent-hi desenvolupar principalment les seves activitats de forma principal. Aquesta és la solució, que com veurem, es dona a les fundacions espanyoles, amb Patronat a Espanya, però que desenvolupen les seves activitats principals en un tercer Estat. L'opció plantejada pel professor GARDEÑES, és sens dubte, més simètrica.

<sup>999</sup> *Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de fundaciones de competencia estatal*. (BOE núm. 279, 22-11-2005).

<sup>1000</sup> Ja en la Llei 30/1994 es preveia la constitució d'un Registre de fundacions estatal, transcorregueren els anys i les reformes legislatives, fins i tot un *Real Decreto 384/1996, de 1 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Fundaciones de competencia estatal* (BOE n. 77 de 29/3/1996), actualment derogat, o les referències contingudes en el RFCE (R.D 1337/2005, de 11 de novembre).

<sup>1001</sup> Vegeu els diferents ministeris que actuen de Protectorats i amb registre, en el web del *Ministerio de educación y ciencia* <www.mec.es>. En són un total de vuit, segons les matèries, cultura, medi ambient, etc. A aquests se'ls hi ha de sumar els 17 de les Comunitats Autònomes, de les quals n'hi ha cinc amb pluralitat de protectorats i registres. *Vid.* part II, cap. IV, apartat 1.5. No es troba informació en cap web general, com podria ser la del Ministeri de Justícia o el d'Assumptes Exteriors, cap explicació sobre la normativa de fundacions en general i tampoc, en particular, del règim per a les fundacions estrangeres que indiqui el procediment per a constituir una delegació de fundació estrangera. És realment difícil des de l'estranger obtenir aquesta informació.

delegació d'àmbit d'actuació estatal per optar per una d'àmbit autonòmic<sup>1002</sup>. Finalment, s'ha regulat el Registre de Fundacions de Competència Estatal a finals del 2007, que esperem ordeni el panorama estatal així com garanteixi un servei àgil i eficaç respecte les fundacions estrangeres<sup>1003</sup>.

Reproduïm la lletra de l'art. 7 de la LF 50/2002, dedicat a les fundacions estrangeres:

“1. Les fundacions estrangeres que pretenguin exercir les seves activitats de forma estable a Espanya, hauran de mantenir una delegació en territori espanyol que constituirà el seu domicili als efectes d'aquesta Llei, i inscriure's en el Registre de Fundacions competent en funció de l'àmbit territorial en què es desenvolupin principalment les seves activitats.

2. La fundació estrangera que pretengui la seva inscripció haurà d'acreditar davant el Registre de Fundacions corresponent que ha estat vàlidament constituïda segons la seva llei personal.

La inscripció podrà denegar-se quan no s'acrediti la circumstància assenyalada en el paràgraf anterior, així com quan els fins no siguin d'interès general segons l'ordenament espanyol.

3. Les fundacions estrangeres que incompleixin els requisits establerts en aquest article no podran utilitzar la denominació de 'Fundació'.

4. Les delegacions a Espanya de fundacions estrangeres quedaran sotmeses al Protectorat que correspongui en funció de l'àmbit territorial en què desenvolupin principalment les seves activitats, essent-los d'aplicació el règim jurídic previst per a les fundacions espanyoles.”

La llei espanyola es refereix només a les fundacions estrangeres que pretenguin 'exercir activitats estables' en el territori espanyol, a diferència del que establia l'anterior llei 30/1994, que en el seu art. 5 només feia al·lusió a '*ejercer actividades en España*'. Aquest anterior redactat s'interpretava de manera que s'exigia a tota fundació estrangera que volgués desenvolupar alguna activitat, fos estable o no,

---

<sup>1002</sup> Molt il·lustratiu resulta l'exemple de la *Fundació Horstmann* amb seu a Munic, dedicada a activitats relacionades amb el mediambient. Aquesta va decidir a finals dels noranta establir una delegació a Espanya, topant amb una llarga tramitació administrativa, a més d'un sorprenent desconeixement per part de l'Administració del procediment a seguir, complicat per la inexistència del Registre de fundacions de competència estatal a que es remetia la llei. Finalment, donada la poca claredat i seguretat de la normativa espanyola, i per descomptat, desincentivadora, la fundació va circumscriure la seva activitat a l'àmbit regional andalús. Exemple descrit per M.L. TRINIDAD GARCÍA, “Apuntes sobre el registro de fundaciones extranjerías”, *Derecho registral internacional. Homenaje profesor Rafael Arroyo*, 2003, pàg. 109 i ss.

<sup>1003</sup> *Real Decreto 1611/2007, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de fundaciones de competencia estatal*, (BOE núm. 17, 19.1.2008). La dependència del Ministeri de Justícia, en concret, de la DGRN, de moment centra l'administració a la qual atansar-se per rebre informació. La DF3<sup>a</sup>, preveu que entri en vigor el Reglament, d'1 d'octubre de 2008. Que sigui aquest òrgan el competent per determinar el protectorat (ministeri) competent, segur que garantirà la seguretat jurídica, així mateix, serà l'òrgan de relació entre els distints protectorats i els registres autonòmics.

els requisits de delegació i registre<sup>1004</sup>. Amb el nou redactat es corregeix la indeterminació i s'especifica que estaran sotmeses a delegació i registre només les fundacions estrangeres que pretenguin actuar de forma estable en territori espanyol. Per tant, s'admet que fundacions estrangeres duguin a terme activitats en territori espanyol de forma ocasional, i la normativa aplicable en aquestes ocasions serà la corresponent a l'activitat que desenvolupin.

La primera exigència de la llei, per tal que una fundació estrangera actuï de forma estable, és mantenir una delegació en territori espanyol. Tal delegació serà el seu domicili a efectes de la Llei espanyola de fundacions<sup>1005</sup>. L'exigència de delegació es justifica per una banda, perquè sembla lògic que si el que es pretén és exercir una activitat estable en territori espanyol, es precisarà d'un mecanisme per a què aquesta fundació desenvolupi aital activitat, per tant, una delegació, encara que sigui formada per una estructura reduïda. Per altra banda, l'establiment d'una delegació facilita la tasca de control o seguiment que exerceix l'autoritat administrativa local respecte les activitats realitzades per la fundació. Compartiríem l'argument de M. GARDEÑES, que el terme 'delegació' caldria interpretar-lo de forma flexible, de manera que seria suficient un representant o apoderat autoritzat establert a Espanya<sup>1006</sup>. Necessàriament s'ha d'interpretar l'art. 7 LF 50/2002 amb el Reglament que desenvolupa les fundacions de competència estatal (RFCE), en concret l'article 4, dedicat a les "Delegacions a Espanya de fundacions estrangeres". Aquest precepte, exigeix que la delegació d'una fundació estrangera ha d'establir-se per escriptura pública, en la qual s'hi haurà de fer constar:

---

<sup>1004</sup> Per PIÑAR MAÑAS era absurd exigir a tota Fundació estrangera que exercís alguna activitat a Espanya l'obligació d'establir-hi una delegació, per això era obligat interpretar que el precepte es referia a exercici "amb regularitat". J.L. PIÑAR MAÑAS, "Art. 5 Fundaciones extranjeras", R. DE LORENZO GARCÍA et al., *Comentarios a la ley de fundaciones y de incentivos fiscales*, Madrid, 1995, pàg. 40. Així mateix ho expressa M. GARDEÑES: "A mi modo de ver, debe ser objeto de una interpretación restrictiva, puesto que no debiera comprender cualquier tipo de actuación de tales entidades (contratos puramente instrumentales, actividades de pura gestión...), sino únicamente aquellas actividades directamente relacionadas con la finalidad fundacional. (...) entiendo que sería preciso una cierta habitualidad (...)". M. GARDEÑES SANTIAGO, *Las fundaciones en derecho internacional privado español*, Madrid, Eurolex, 2003, pàg. 209; B. CAMPUZANO DÍAZ, "Las fundaciones extranjeras en la nueva ley sobre fundaciones", *BIMJ*, n. 1745, 1995, pàg. 3214 i ss.

<sup>1005</sup> La LF parteix d'un domicili únic, també per les fundacions estrangeres. S'interpreta que la fundació tindrà el seu domicili en els seu propi país, però necessàriament tindrà un altre domicili en territori espanyol, i aquest serà considerat únic a efectes de la Llei 50/2002. J. CAFFARENA LAPORTA, "El domicilio de la fundación", S. MUÑOZ et al. (dir.), *Comentarios a las leyes de fundaciones y de mecenazgo*, Madrid, 2005, pàg. 177.

<sup>1006</sup> M. GARDEÑES SANTIAGO, *Las fundaciones en derecho internacional privado español*, Madrid, Eurolex, 2003, pàg. 211; M. GARDEÑES SANTIAGO, "Capítulo 22: Las fundaciones en el contexto internacional", BENEYTO PÉREZ, J.M. (dir.), *Tratado de Fundaciones*, Bosch, 2007, vol. II, pàg. 1191.

- a) Els fins de la fundació estrangera;
- b) Les dades o documents que acreditin la constitució de la fundació estrangera segons la seva llei personal;
- c) Una certificació de l'acord del seu òrgan de govern pel qual s'aprova establir una delegació de la fundació a Espanya;
- d) La denominació de la delegació, que haurà d'integrar l'expressió 'Delegació de la fundació';
- e) El domicili i l'àmbit territorial d'actuació de la delegació a Espanya;
- f) Les activitats que, en compliment dels fins, pretén realitzar la delegació de forma estable a Espanya, sense que aquests puguin consistir exclusivament en captació de fons;
- g) La identificació de la persona o de les persones que exerciran la representació de la delegació o que integraran els seus òrgans de govern;
- h) El primer pla d'actuació de la delegació a Espanya.

No són poques, doncs, les dades que s'han d'incloure en l'escriptura pública, les quals es descriuran a continuació amb més o menys deteniment, segons la seva importància. És lògica l'exigència de presentar una certificació de l'acord del govern de la fundació pel qual s'aprova i es garanteix la voluntat d'establir una delegació a Espanya (art. 4c RFCE). Aquest acord s'adoptarà segons estableixi la seva *lex foundationis*, que serà la que regirà el seu estatut personal, per tant, també la presa de decisions dels seu òrgan de direcció (art. 9.11 CCEsp).

Ha de constar el primer pla d'actuació (art. 4h RFCE), el qual pot incloure les perspectives de despeses i ingressos. Comprovem que, en cap cas, específica que hagi de constar en l'escriptura la dotació de la fundació que aporta per a dur a terme les seves activitats en territori espanyol. Sí que es deixa oberta la possibilitat que el Protectorat comprovi que el pla d'actuació presentat sigui realitzable amb el patrimoni o aportació de què la fundació disposi, per tant, seria un control indirecte del patrimoni o recursos de la delegació, tot i que cenyits a un sol pla d'actuació (art. 26 RFCE).

A més, es precisa de la descripció de les activitats que pretén realitzar la delegació de forma estable (art. 4.f RFCE), i introdueix una novetat, respecte el Reglament de registre de fundacions de competència estatals de 1998 (derogat). Ens referim a la condició que no admet que l'activitat de la fundació estrangera consisteixi exclusivament en "captació de fons". De la tipologia de fundacions descrites, distingíem aquelles que es dediquen precisament a la captació de fons, les fundacions no operatives (*grantmarketing*) que després redistribueixen el capital tot finançant projectes que no realitzen directament sinó a través d'altres institucions,

o bé, dedicant els fons a projectes d'investigació o beques d'estudi. La llei espanyola no admet que una fundació estrangera estableixi una delegació per captar fons a Espanya. A tenor de la lletra de la norma, només s'admetrien delegacions de fundacions estrangeres operatives. Per contra, una fundació estrangera podria instal·lar-se puntualment en territori espanyol per a realitzar una campanya de recaptació de fons<sup>1007</sup>.

L'apartat d) de l'art. 4 RFCE, estableix que en l'escriptura pública cal que consti la denominació, i precisa que aquesta haurà d'etiquetar-se com 'delegació de la fundació'<sup>1008</sup>.

La determinació del domicili també és una condició bastant generalitzada i, de fet, ja en la llei es preveu que el lloc de situació de la delegació s'entendrà que és el domicili a efectes legals (art. 7.1 LF 50/2002). Serveix per una banda per ubicar i identificar el lloc on es pot cercar els responsables, així com també s'hi identifiquen els representants (4.g)). Per altra banda, la identificació del domicili s'ha d'acompanyar necessàriament de l'àmbit d'actuació territorial (art. 4.d), imprescindible per saber quina norma estatal se li aplicarà, segons si l'àmbit d'actuació comprèn tot el territori espanyol, o en més d'una CA, llavors s'aplicaria la llei espanyola estatal (art. 2.1 b)); o bé, si l'àmbit d'actuació principal s'acota a una CA, la llei aplicable serà la d'aquesta CA.

La segona exigència és la inscripció en el Registre de fundacions competent segons el seu àmbit d'actuació, estatal o autonòmic<sup>1009</sup>. De manera que les fundacions estrangeres que tinguin la intenció d'actuar en tot el territori espanyol, o en més d'una Comunitat Autònoma, s'inscriurien en el Registre de Fundacions

---

<sup>1007</sup> Aquesta opció, sembla que no resulta massa eficient en termes econòmics donats els aranzels tributaris, per això, s'opta per establir col·laboracions puntuals amb fundacions o entitats locals, o bé, establir-hi delegacions. *Vid.* part I, cap. I, apartat 2.2.2.3 b).

<sup>1008</sup> Així mateix en l'art. 32.3.a) RRFCE. En dret societari, l'exigència d'afegir al nom societari l'etiqueta de 'sucursal', es fonamenta amb la necessitat d'evitar confusió amb una societat ja existent, ja que la funció de la denominació és identificar el subjecte responsable de les relacions jurídiques (Resolució de la DGRN 11.09.1990, ref. cap. I). Tenint en compte, que respecte les delegacions de les fundacions estrangeres, s'exigeix certificació de denominació, no seria necessari afegir al nom de la fundació 'delegació de fundació'. Aquesta excusa d'informació amaga sens dubte la protecció de les fundacions nacionals, advertint al possible ciutadà, que és un possible donant, que aquella fundació no és nacional sinó estrangera.

<sup>1009</sup> En l'anterior art. 5 Llei 30/1994, requeria a les fundacions estrangeres que exercien activitats a Espanya la inscripció en el registre sense distingir l'àmbit d'actuació. Vegeu els comentaris al respecte, M. GARDENES SANTIAGO, *Las fundaciones en derecho internacional privado español*, Madrid, Eurolex, 2003, pàg. 211 i ss; M.L. TRINIDAD GARCÍA, "Apuntes sobre el registro de fundaciones extranjeras", *Derecho registral internacional. Homenaje profesor Rafael Arroyo*, 2003, pàg. 113 i ss; M. GARDENES SANTIAGO, "Problemática registral de las fundaciones extranjeras que ejerzan actividades en España", *Derecho registral internacional. Homenaje profesor Rafael Arroyo*, 2003, pàg. 78 i ss.

de competència estatal<sup>1010</sup>. Per contra, quan una fundació estrangera pretengui actuar principalment només en una CA, s'haurà d'inscriure en el registre autonòmic atenent però, a la normativa autonòmica sobre fundacions<sup>1011</sup>. El nou Reglament del Registre de Fundacions de competència estatal<sup>1012</sup>, tot i disposar que s'aplica a les delegacions de fundacions estrangeres que desenvolupin la seva activitat en tot el territori de l'Estat o principalment en el territori de més d'una CA (art. 11), preveu, que en el Registre hi haurà un índex informatitzat on constarà, a més de la denominació de totes les fundacions de nacionalitat espanyola<sup>1013</sup>, també totes les delegacions de fundacions estrangeres que realitzin les seves activitats en territori espanyol, constituïdes conforme preveu l'art. 7 de la llei 50/2002, sense distingir si són delegacions sotmeses a legislació autonòmica o estatal.

Insistim en el fet que la inscripció de les delegacions de les fundacions estrangeres no són constitutives (com sí ho és el registre de fundacions espanyoles), sinó que és una inscripció declarativa de compliment de les condicions per actuar a Espanya<sup>1014</sup>. Tanmateix, la delegació de fundació estrangera pot trobar-se amb

---

<sup>1010</sup> A. PAU PEDRÓN, "El registro de fundaciones", S. MUÑOZ et al. (dir.), *Comentarios a las leyes de fundaciones y de mecenazgo*, Madrid, 2005, pàg. 561. Així es preveu també en l'art. 11 del RRFCE. La inscripció en el registre de fundacions, no obsta que s'hagin d'inscriure en altres Registres públics segons la normativa (art. 37.4 LF). Per tant, una fundació (també estrangera) estaria subjecte a inscripció al Registre industrial, o mercantil, de la propietat, etc., si es donessin les circumstàncies previstes en les normes de registres públics. M. GARDEÑES SANTIAGO, *Las fundaciones en derecho internacional privado español*, Madrid, Eurolex, 2003, pàg. 218 i ss.

<sup>1011</sup> Per exemple, estan registrades onze delegacions de fundacions estrangeres en el Protectorat de la Generalitat de Catalunya. Dades proporcionades per la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques, Departament de Justícia, Generalitat de Catalunya (juliol 2006). Un supòsit diferent és el previst en la LO 1/2002, de 22 de març, sobre associacions, que en l'art. 9.3 si bé també exigeix a l'associació estrangera que desenvolupi activitats de forma estable o duradora a Espanya l'establiment d'una delegació, aquesta s'inscriu únicament al Registre Nacional d'Associacions (RD 1497/2003, 28.11.2003); per tant, només al registre central, si bé aquest ha de comunicar la inscripció a la CA afectada per l'actuació de l'associació.

<sup>1012</sup> Real Decreto 1611/2007, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de fundaciones de competencia estatal, (BOE núm. 17, 19.1.2008).

<sup>1013</sup> Sorprèn a qui subscriu aquest estudi, que en el nou Reglament, de 2008, encara s'utilitzin expressions com fundacions de nacionalitat espanyola, tot i que certament, es pot arribar atribuir aquesta a través de les normes de la Llei 50/2002, o les disposicions generals del CCEsp. Ara bé, encara sobta més, quan en relació a la constància de la identitat o identificació de les persones jurídiques (art. 23.2) s'hagi de fer constar, "*b) la nacionalidad, si fueran extranjerias*". Es ben sabut, no només per la doctrina espanyola sinó en àmbit internacional, i així s'ha palesat, la dificultat que entranya determinar la 'nacionalitat' d'una persona jurídica estrangera, hauria estat millor, seguint la tendència de la normativa europea en matèria societària, abandonar el criteri de la nacionalitat, per el de domicili social o registral, i directament, determinar la llei per la qual s'ha constituït, que serà en definitiva, la que li serà d'aplicació en relació a la seva constitució (art. 3.2) i extinció (art. 40) del mateix reglament. Al legislador però, no se li pot retreure aplicar la mateixa terminologia usada per les normes de DIPr internes (art. 9.11 CCEsp.)

<sup>1014</sup> M. GARDEÑES SANTIAGO, "Capítulo 22: Las fundaciones en el contexto internacional", BENEYTO PÉREZ, J.M. (dir.), *Tratado de Fundaciones*, Bosch, 2007, vol. II, pàg. 1192. Reafirmat per l'art. 3.2 RRFCE,

dificultats en el moment del seu registre, ja que aquest podrà denegar-se per dues causes<sup>1015</sup>. Hi ha implícits, doncs, dos requisits subsegüents a la delegació i registre d'aquesta, que es disposen en l'art. 7.2 LF 50/2002, i que en cas d'incompliment seria causa de denegació de la seva inscripció.

a) La primera causa de denegació seria quan no s'acrediti que ha estat vàlidament constituïda segons la seva llei personal (art. 7.2 LF 50/2002). Per tant, és requisit d'obligat compliment acreditar vàlidament la seva constitució segons la seva llei personal<sup>1016</sup>. Es planteja si el control que s'efectua en el moment del registre de la delegació de la fundació estrangera, s'ha d'exercitar de forma acreditativa de l'existència de la fundació (força probatòria extrínseca) amb els requisits previstos en els art. 323.2 i 144 LEC; o si ha de ser un control de legalitat per part de l'encarregat del registre<sup>1017</sup>. El Reglament de Fundacions de competència estatal estableix en el seu art. 4.1.b), que en l'escriptura pública d'establiment de delegació, hauran de constar: “les dades o documents que acreditin la constitució de la fundació estrangera segons la seva llei personal”. El Reglament del Registre de fundacions de competència estatal sembla haver aclarit la qüestió, en l'art. 32 RRFCE sobre la ‘Primera inscripció de les delegacions de fundacions estrangeres’, en el qual preveu els requisits per a la seva inscripció, que són, val a dir-ho, a semblança de la regulació prevista per a les sucursals de societats estrangeres<sup>1018</sup>. El control es fonamenta en la prova documental que aporta la

---

que preveu l'obligatorietat d'inscripció de les delegacions, tot i que a aquestes a efectes de constitució es registran per la seva llei personal.

<sup>1015</sup> Ens afegim a la crítica que M.J. Santos realitza respecte la inadequada utilització de l'expressió “podrá denegarse”, quan s'hauria d'haver emprat “deberá denegarse”. M.J. SANTOS MORÓN, “La nacionalidad de las fundaciones. Actividad en España de las fundaciones extranjeras”, S. MUÑOZ et al. (dir.), *Comentarios a las leyes de fundaciones y de mecenazgo*, Madrid, 2005, pàg. 188. També en l'art. 32.2 RRFCE es disposen les causes de denegació d'inscripció de delegació de fundació estrangera, que a part dels previstos, afegeix, “Cuando la delegación de la fundación extranjera no vaya a realizar sus actividades principalmente en todo el territorio español o en el territorio de más de una comunidad autónoma”.

<sup>1016</sup> En aquest extrem, requisit per l'ordenament jurídic espanyol seria la personalitat jurídica de la fundació, de manera que no s'admetrien fundacions sense personalitat jurídica o irregulars. *Vid.* part I, cap. I, apartat 2.3, cap II, apartat 1.1.1.

<sup>1017</sup> En l'exemple de la Fundació Horstmann, s'interpreta que el registre es mera informació administrativa, de manera que els documents estrangers es fiscalitzen a efectes de comprovar la seva autenticitat (força probatòria extrínseca), de manera que no es produeix un control de legalitat sobre el fons (seguretat jurídica). Els documents aportats per la Fundació, varen complir amb els requisits de traducció i legalització (en el cas, van ser postil·lats). M.L. TRINIDAD GARCÍA, “Apuntes sobre el registro de fundaciones extranjeras”, *Derecho registral internacional. Homenaje profesor Rafael Arroyo*, 2003, pàg. 110 i 113.

<sup>1018</sup> Art. 32.1 “La primera inscripción de delegaciones de fundaciones extranjeras en territorio español se hará mediante los documentos, debidamente legalizados o apostillados, que acrediten la existencia de la fundación, sus estatutos vigentes y la identidad de los titulares de sus órganos de gobierno, así como el documento por el que se establezca la delegación, de acuerdo con el principio de equivalencia de forma. (...)”. Vegeu art. 300 i art. 297.1 del Reglament del registre mercantil (RD 1748/1996, de 19 de juliol). Ara bé, afegeix, la necessitat de l'informe preceptiu del Protectorat sobre la idoneïtat dels fins (no estableix si



fundació estrangera, documents que en general seran públics, per exemple, certificat emès per Registre estranger. Però existeixen ordenaments jurídics que no precisen de la intervenció pública per constituir una fundació, en aquests casos, la seva existència podria provar-se “mitjançant certificacions i informes de Dret estranger aplicable; és a dir, el Notari hauria de comprovar dues coses: que l'acte fundacional efectivament s'ha dut a terme i que, segons el Dret estranger aplicable, aquest acte és suficient per a la seva vàlida constitució”<sup>1019</sup>. Per tant, primer hi hauria un control documental per part del Notari que redacti l'escriptura pública de constitució de la delegació, i després hi hauria el control registral, que podria denegar la seva inscripció si considera que no s'acredita que ha estat vàlidament constituïda segons la seva llei personal.

b) El segon supòsit de denegació de registre, serà “quan els fins no siguin d'interès general segons l'ordenament espanyol”, entenem doncs, que la qualificació d'aquests fins es realitza imperativament *ex lege fori* (art. 12.1 CCEsp). Per M. GARDEÑES, no comporta problemes una qualificació dels ‘fins d'interès general’ segons la llei del fur, ja que la llei espanyola contempla una àmplia noció (art. 3 LF 50/2002). D'aquesta, però, se n'exclourien les entitats amb fins particulars (fundacions familiars) i les que, malgrat realitzar activitats d'interès general, distribuïssin els beneficis entre els membres de l'entitat, ja que aquesta pràctica les qualificaria com a entitat mercantil<sup>1020</sup>.

---

els fins han de ser de la delegació o de la fundació ‘matriu’). També introdueix la possibilitat d'informe no vinculant sobre l'adequació dels estatuts a la normativa, entenem que aquesta comprovació es realitza respecte la normativa rectora de la fundació (*lex foundationis*), per tant, l'estrangera. En l'art. 40, s'especifica que es cancel·larà el full registral, quan es suprimeixi delegació de la fundació estrangera d'acord amb la seva llei personal, per tant, aquesta norma de DIPr, implicaria no només l'aplicació de la llei nacional de la fundació en la seva constitució (art. 3), sinó també en la seva extinció.

<sup>1019</sup> M. GARDEÑES SANTIAGO, “Capítulo 22: Las fundaciones en el contexto internacional”, BENEYTO PÉREZ, J.M. (dir.), *Tratado de Fundaciones*, Bosch, 2007, vol. II, pàg. 1195. Per aquest autor, també seria possible que un Notari estranger redacti l'escriptura de constitució de delegació, sempre que el Notari compleixi una funció equivalent a la del Notari espanyol.

<sup>1020</sup> Art. 3.3 LF 50/2002: “En ningún caso podrán constituirse fundaciones con la finalidad principal de destinar sus prestaciones al fundador o a los patronos, a sus cónyuges o personas ligadas con análoga relación de afectividad, o a sus parientes hasta el cuarto grado inclusive, así como a personas jurídicas singularizadas que no persigan fines de interés general”. L'ordenament espanyol només admet fundacions constituïdes a favor del fundador, patrons o familiars en les fundacions que tenen com a finalitat la conservació de béns de patrimoni històric espanyol (art. 3.4 LF 50/2002); i les fundacions laborals a favor dels treballadors d'una o varies empreses i les seves famílies (art. 3.2 LF 50/2002). M. Gardeñes assenyala que s'han d'aplicar restrictivament, i critica el fet que s'admetin les fundacions laborals i no les familiars quan la repercussió podria ser la mateixa. També sembla ser que el legislador espanyol admet un tipus de fundació familiar, si més no en els propòsits de la Llei 41/2003, de 18 de novembre, de protecció patrimonial de les persones amb discapacitat, quan preveu la creació de patrimonis especialment protegits, limitats, això sí, a persones amb discapacitat. M. GARDEÑES SANTIAGO, “Capítulo 22: Las fundaciones en el contexto internacional”, BENEYTO PÉREZ, J.M. (dir.), *Tratado de Fundaciones*, Bosch, 2007, vol. II, pàg. 1148; M. GARDEÑES SANTIAGO, *Las fundaciones en derecho internacional privado español*, Madrid, Eurolex, 2003, pàg. 215. *Vid.* part I, cap. III, apartat 2.2.

Per tant, s'impediria, en principi, que es registrin delegacions de fundacions amb finalitats privades o familiars (art. 7.2 LF 50/2002) i, per tant, no podrien actuar en territori espanyol com a tal, ni beneficiar-se del règim fiscal ja que la llei exigeix el registre de les delegacions de fundacions estrangeres (art. 2.d Llei 49/2002). Però que no se'ls permeti desenvolupar activitats amb fins particulars a fundacions constituïdes legalment segons ordenaments jurídics que sí que les preveuen (EUA, Liechtenstein, Alemanya) no implica que no pugui ser reconeguda la seva personalitat i que puguin exercir determinats actes de tràfic jurídic, com seria obrir un compte bancari<sup>1021</sup>. No dubtem, doncs, que una fundació estrangera amb fins familiars ha de ser reconeguda quan hagi estat vàlidament constituïda, però, no podria ser registrada ni establir una delegació, quan pretengui desenvolupar les activitats que li són pròpies en benefici familiar, de manera que atenent a l'art. 7.2 LF 50/2002, segon apartat, no es permet la seva actuació com a fundació.

Però cabria plantejar-se la possibilitat d'admetre la delegació d'una fundació estrangera familiar sense afany de lucre i que a Espanya només dugués a terme activitats d'interès general, i gaudir dels beneficis fiscals previstos<sup>1022</sup>. Aquesta interpretació no es podria reproduir a partir de l'aprovació del Reglament de Fundacions de competència estatal, atenent al que disposa l'art. 4.1 a) i 4.2<sup>1023</sup>. El text del Reglament és curós al precisar que l'informe preceptiu i vinculant que el Protectorat dictaminarà respecte els fins de la fundació, serà respecte els fins de la fundació matriu, i no respecte la delegació de la fundació, entenent, doncs, que perseguiran necessàriament els mateixos fins la fundació originària i la delegada. I, per extensió, creiem que en l'escriptura pública també han de coincidir els fins

---

<sup>1021</sup> L'exemple exposat per M. GARDEÑES: una fundació familiar subjecte al Dret de Liechtenstein i que posseeixi immobles o comptes bancaris a Espanya. M. GARDEÑES SANTIAGO, *Las fundaciones en derecho internacional privado español*, Madrid, Eurolex, 2003, pàg. 206.

<sup>1022</sup> PIÑAR MAÑAS, si bé admet que s'inclouï com a requisit d'exercici d'una fundació estrangera l'actuació en interès general, discrepa en que no es pugui reconèixer una fundació familiar i per tant que s'inscrigui en el registre espanyol. Caldrà precisar però, que si bé no s'exigeix que els fins de la fundació siguin d'interès general, sí que s'exigirà que la seva activitat a Espanya persegueixi fins generals i que estigui vàlidament constituïda segons la seva llei personal. J.L. PIÑAR MAÑAS, "Art. 5 Fundaciones extranjeras", R. DE LORENZO GARCÍA et al., *Comentarios a la ley de fundaciones y de incentivos fiscales*, Madrid, 1995, pàg. 43-44.

<sup>1023</sup> Els fins que persegueix la delegació de la fundació estrangera han de constar en l'escriptura pública que preveu l'art. 4.1.a) del RFCE, i a més, estableix en l'art. 4.2, que: "El Protectorat dictaminarà, de forma preceptiva i vinculant per al Registre de fundacions de competència estatal, si els fins de la fundació matriu són d'interès general d'acord amb l'ordenament jurídic espanyol." Per tant, el control, no és només respecte els fins de la delegació, sinó que s'atendrà a les finalitats previstes en la fundació matriu. En el RRFCE, es limita a reiterar la necessitat d'un informe favorable del Protectorat sobre la idoneïtat dels fins (art. 32).

d'una i altra fundació<sup>1024</sup>. Aquest nou precepte, no dona cabuda a cap altra interpretació, a no ser que la jurisprudència la flexibilitzi, de manera que la fundació delegada tindrà els mateixos fins que la matriu, i aquests han de ser d'interès general d'acord amb el que estableix la normativa espanyola.

En el cas que no compleixin alguna d'aquestes condicions de l'art. 7 LF 50/2002, no es podrà inscriure en el Registre de Fundacions i, tal i com s'indica en el tercer apartat del mateix article, les fundacions estrangeres no podran actuar en territori espanyol sota la denominació de 'fundació'. Segons J.L. PIÑAR MAÑAS, en aquest supòsit “es presumirà que no és una vertadera Fundació i, per tant, no podrà realitzar activitats a Espanya, però no podrà realitzar-les com a Fundació, però res impedeix, en el seu cas, que ho faci com a associació o un altre tipus de persona jurídica si reuneix les condicions”<sup>1025</sup>. Per contra, si es compleixen els requisits, delegació i registre, les delegacions de les fundacions estrangeres gaudiran del mateix tracte jurídic i fiscal que les fundacions nacionals<sup>1026</sup>.

Es planteja si les delegacions de fundacions estrangeres queden sotmeses al control del Protectorat a l'igual que les fundacions espanyoles. Aquesta qüestió ja va suscitar controvèrsies amb la regulació de la llei de 1994, i que es pretenia

---

<sup>1024</sup> Si ens plantejem l'àmbit d'aplicació del RFCE, aquest seria respecte a les fundacions i a les delegacions de competència estatal, per tant, es podrien excloure les delegacions de fundacions estrangeres de competència autonòmica. Ara bé, segons la DFP de la LF 50/2002, l'art. 7 sobre fundacions estrangeres és d'aplicació general a tot l'Estat, per tant a tota fundació estrangera que actui en territori espanyol (sigui exclusivament en una CA o en més d'una), li serà d'aplicació l'art. 7 LF, per tant, estaran subjectes a les prerrogatives exposades, i a les condicions de delegació i registre. Entenem que el desenvolupament reglamentari d'aquest article seria d'aplicació general. Si ho interpretéssim a *sensu contrario*, les lleis autonòmiques no quedarien subjectes a l'art. 4 RFCE, i per tant, podrien admetre, delegacions de fundacions estrangeres que tinguessin com a única finalitat la captació de fons, o fundacions familiars que desenvolupessin en el territori de la CA activitats d'interès general. Per tant, complint el requisit del registre de delegació (art. 7 LF) gaudirien dels beneficis fiscals de la Llei espanyola d'àmbit estatal (per tant, una certa incongruència).

<sup>1025</sup> J.L. PIÑAR MAÑAS, “Art. 5 Fundaciones extranjeras”, R. DE LORENZO GARCÍA et al., *Comentarios a la ley de fundaciones y de incentivos fiscales*, Madrid, 1995, pàg. 43. Un exemple és la Fundació alemanya industrial Bosch, que desenvolupa les seves activitats econòmiques i empresarials a Espanya a través d'una Societat Anònima (Robert Bosch España, S.A.), <[www.bosch.com](http://www.bosch.com)>. Exemple indicat per M.J. SANTOS MORÓN, “La nacionalidad de las fundaciones. Actividad en España de las fundaciones extranjeras”, S. MUÑOZ et al. (dir.), *Comentarios a las leyes de fundaciones y de mecenazgo*, Madrid, 2005, pàg. 191.

<sup>1026</sup> Coincideixen els requisits de l'art. 7 LF 50/2002 per a què una fundació estrangera pugui actuar a Espanya de forma permanent, amb els previstos en la *Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo*, (art. 2 i 3). Però s'hi han d'afegir normes imperatives aplicables tant a les fundacions de competència estatal, com les autonòmiques, així com a les estrangeres: art. 3.2 *Ley 49/2002*, que exigeix a totes les entitats sotmeses al seu àmbit d'aplicació que destinin com a mínim el 70 per 100 de les seves rendes i ingressos a la realització dels seus fins estatutaris; art. 3.3, pel qual no permet desenvolupar explotacions econòmiques alienes a l'objecte o finalitat estatutària; art. 3.4 *Ley 49/2002*, pel que es prohibeix la remuneració del càrrec de patró.

resoldre amb la inclusió en l'art. 7 de l'apartat quart de la LF 50/2002<sup>1027</sup>. El precepte aclareix que la fundació estrangera es sotmetrà al Protectorat de l'àmbit territorial on desenvolupa principalment la seva activitat<sup>1028</sup>. Ocasiona incertesa però, quan el mateix article, a continuació, disposa que s'aplicarà sobre aquesta fundació estrangera el règim jurídic previst per les fundacions espanyoles. ¿S'ha d'interpretar que tot el règim de control i tutela exercit pel Protectorat previst per a les fundacions espanyoles s'aplicarà sobre les fundacions estrangeres? Entenem que estem davant d'un error de redacció per part del legislador i que cal acotar i interpretar la lletra de l'articulat atenent els antecedents legislatius. La llei aplicable a l'estatut personal, és a dir, la constitució, el funcionament, la capacitat, la representació i l'extinció de la fundació estrangera, segons la norma de conflicte de l'art. 9.11 CCEsp, és la llei de la seva nacionalitat i, per tant, el redactat de l'art. 7.4 LF 50/2002 *in fine* contradiu aquesta norma de DIPr. Interpretem que l'actuació del Protectorat es limitarà en les qüestions de control o tutela de l'activitat exercida per la delegació de la fundació estrangera en territori espanyol, sense entrar en els àmbits de l'estatut personal de la fundació. En definitiva, quan la llei espanyola o una de les autonòmiques disposi que cal autorització per realitzar un acte concret, aquest haurà de ser sol·licitat per la delegació estrangera. Així mateix, el Protectorat corresponent exercirà el control comptable, d'auditoria i sobre els plans d'actuació quan així es prevegi a la norma espanyola (art. 25 L50/2002), o en les autonòmiques. S'estudiarà amb deteniment la situació plurilegislativa en el capítol dedicat al Dret interregional espanyols, en el qual s'examinaran els criteris per determinar la llei aplicable i els protectorats o registres competents en àmbit intern, així com les diferents legislacions autonòmiques sobre fundacions.

---

<sup>1027</sup> Art. 7.4 LF 50/2002 “Las delegaciones en España de fundaciones extranjeras quedarán sometidas al Protectorado que corresponda en función del ámbito territorial en que desarrollen principalmente sus actividades, siéndoles de aplicación el régimen jurídico previsto para las fundaciones españolas.”

<sup>1028</sup> Estaríem d'acord doncs, amb M.J. SANTOS: “ (...) hay que entender que el régimen aplicable a las delegaciones de fundaciones extranjeras es exclusivamente el régimen – estatal o autonómico en función del ámbito territorial en el que éstas desarrollen principalmente sus actividades – relativo al cumplimiento de las obligaciones contables, así como aquel conjunto de normas que regule las atribuciones del Protectorado, atribuciones que, como se sabe difieren según que la normativa aplicable resulte ser la estatal o la autonómica. Respecto de otras cuestiones regirá la ley nacional de la fundación extranjera, debiendo tenerse en cuenta, en este sentido, lo dispuesto en el artículo 9.11 CC (...).” M.J. SANTOS MORÓN, “La nacionalidad de las fundaciones. Actividad en España de las fundaciones extranjeras”, S. MUÑOZ et al. (dir.), *Comentarios a las leyes de fundaciones y de mecenazgo*, Madrid, 2005, pàg. 192-194.

## 2.2.2 L'ordenament jurídic francès i les fundacions estrangeres *post mortem*

Es consideraran fundacions estrangeres aquelles que tinguin la seva seu real fora de l'Estat francès (centre d'administració i dret constitutiu)<sup>1029</sup>. Per al reconeixement de fundacions estrangeres, no es disposa de cap regulació normativa, ni tan sols en la llei de 1987 sobre mecenatge, així com tampoc en les seves reformes successives es mencionen les fundacions estrangeres. És mitjançant la jurisprudència que es permet el reconeixement indirecte de la seva personalitat, “el fet que la personalitat de les fundacions franceses no sigui proclamada no és, al nostre entendre, un obstacle al reconeixement d'una personalitat per aplicació de la llei estrangera que l'admet.”<sup>1030</sup> Segons la pràctica dels tribunals francesos de mitjans segle XX es podia admetre la personalitat d'una fundació estrangera ja que la llei francesa no s'oposava a la seva existència legal en territori francès<sup>1031</sup>. El reconeixement és un problema d'eficàcia d'una situació creada regularment a l'estranger i no de creació a França, “si s'exigeix a la fundació estrangera que compleixi amb les mateixes formalitats que una fundació francesa per ser reconeguda, ens trobarem en realitat davant la ‘transformació’ en una fundació francesa”<sup>1032</sup>. Per això, una fundació regularment constituïda per la llei estrangera de la seva seu i que es beneficia segons aquesta llei de personalitat jurídica es reconeix de ple dret a França, sense subordinar-se al compliment de cap formalitat<sup>1033</sup>.

S'ha de destacar que França va signar i ratificar el Conveni de La Haia de 12 de juny de 1956, relatiu al reconeixement de la personalitat jurídica de les societats, associacions, i fundacions estrangeres, si bé aquest no va entrar mai en vigor. I també va signar la Convenció del Consell d'Europa sobre el reconeixement de la personalitat jurídica a les organitzacions no governamentals de 1986, la qual està

---

<sup>1029</sup> Reben la qualificació de ‘franceses’ i es beneficien de la jurisdicció que atribueix l'art. 14 i 15 del Codi civil, les fundacions que tenen la seva seu a França i que s'han constituït segons la llei francesa essent reconegudes d'utilitat pública, les quals gaudeixen de tots els drets reconeguts a aquest tipus de persona jurídica. No importa la nacionalitat del fundador o l'existència de béns a l'estranger, no s'aplica la noció de control estranger. M. REVILLARD, “Fondations en droit international privé”, *Juris Classeur - Droit international*, 5, 2001, pàg. 4.

<sup>1030</sup> Y. LOUSSOUARN, “La condition des personnes morales en droit international privé”, *RCADI*, 1959-I, pàg. 518.

<sup>1031</sup> *Cour d'Appel de Pau*, 2 mars 1936, *RCrDIPr*, 1937, pàg. 153; *Cour d'Appel de Paris*, 16 mai 1960, *JCP*, 1960, II, pàg. 763, nota Gavalda.

<sup>1032</sup> M. REVILLARD, *Droit international privé et pratique notariale*, 5<sup>a</sup> ed., 2001, pàg. 469.

<sup>1033</sup> M.C. DE LAMBERTYE-AUTRAND, “Fondation”, *Encyclopédie Dalloz International*, agost 2004, pàg. 4. Vegeu la jurisprudència que cita i que conforma la base del reconeixement en matèria de fundacions.

encara en vigor<sup>1034</sup>. Tot i aquest interès per als tractats internacionals, la realitat és que el règim estricte previst per a la constitució de fundacions franceses repercuteix en les fundacions estrangeres que pretenen actuar a França. Si bé, les fundacions estrangeres legalment constituïdes per l'ordenament jurídic de la seva seu són reconegudes a França, aquest reconeixement de personalitat jurídica només implica estar autoritzat per complir actes aïllats. Les fundacions estrangeres, que segons la seva llei de constitució disposin de personalitat jurídica, gaudeixen a França d'una certa capacitat, podran: contractar, adquirir i posseir, fer publicitat, i personar-se en justícia<sup>1035</sup>. Però hi ha altres drets o actes jurídics que les fundacions estrangeres no podrien exercir, pel fet de ser activitats reservades a les entitats reconegudes d'utilitat pública, com per exemple, acceptar una liberalitat<sup>1036</sup>.

Considerem que els supòsits més interessants de Dret internacional privat en què s'han hagut de posicionar els tribunals francesos, així com la seva doctrina, van versar sobre la capacitat jurídica de les fundacions estrangeres per acceptar liberalitats de béns situats en territori francès. El centre de la polèmica existent tenia dos vectors: els límits en els drets atorgats a les fundacions estrangeres reconegudes a França, i la prohibició francesa de constituir fundacions *post mortem*.

Fins que no es va modificar la llei francesa sobre el mecenatge l'any 1990<sup>1037</sup>, els tribunals interpretaven que l'art. 906 Codi civil francès s'oposava a la constitució de fundacions per via testamentària, ja que un llegat no seria vàlid si es realitzava en benefici d'una persona que no existia en el moment de la mort del causant. Tampoc s'admetia, doncs, la retroactivitat en el reconeixement d'utilitat pública d'una fundació creada per via testamentària. Aquesta situació comportava problemes en la determinació de la llei aplicable a la capacitat d'una fundació estrangera a rebre un llegat quan encara no existia en el moment d'obertura de la

---

<sup>1034</sup> *Vid.* part II, cap. III, apartat 2.1.3.

<sup>1035</sup> Sí que podrien, per exemple, adquirir un immoble a França, sempre que no tingui com a finalitat realitzar una activitat permanent en territori francès. M. REVILLARD, *Droit international privé et pratique notariale*, 5<sup>a</sup> ed., 2001, pàg. 469.

<sup>1036</sup> "Il est aujourd'hui admis que la personnalité des fondations étrangères est reconnue de plein droit en France, ce qui implique pour elles le droit d'ester en justice, mais n'implique pas le droit d'acquérir à titre gratuit qui, comme pour les associations, semble subordonné à la reconnaissance d'utilité publique." Y. LOUSSOUARN, "La condition des personnes morales en droit international privé", *RCADI*, 1959-I, pàg. 537.

<sup>1037</sup> S'introdueix la possibilitat de constituir fundacions *post mortem* en l'art. 3 de la *Loi du 4 juillet 1990* que modifica la *Loi du 23 juillet 1987*. *Vid.* part I, cap. I, 1.2.1; 1.1.3 (França); part II, cap. III, apartats 1.2 i 2.2.2.

successió. En principi, les fundacions estrangeres només podrien acceptar liberalitats si la seva llei nacional li atorgava tal capacitat, per tant, la llei de la seu fundacional ens hauria de determinar tal capacitat. Però la jurisprudència i, en concret, en el cas de la *Fondation Potocki* (1960), va afirmar que les fundacions estrangeres testamentàries no podien adquirir a França béns immobles perquè no disposaven de la capacitat d'acceptació, ja que no existien en el moment de la mort del causant, tot aplicant imperativament l'art. 906 CCFr<sup>1038</sup>.

Igual d'il·lustratiu, però més recent, va ser el cas de la **Fundació Hans et Helga Eckensberger**<sup>1039</sup>. Per disposicions testamentàries de la vídua Eckensberger del 1966 s'havia de constituir una fundació a Alemanya, la qual seria legatària universal dels béns situats a França. S'obrí la successió el 1973, i es va constituir la fundació a la República Federal Alemanya seguint el procediment legalment previst, adquirint la personalitat jurídica i produint efectes retroactivament al dia de la mort de la causant. El problema sorgí respecte els béns situats a França i que la Fundació Eckensberger va prendre com a legatària universal. La qüestió es va centrar en la validesa del llegat, i l'existència o no del legatari en el moment de

---

<sup>1038</sup> Tribunal civil de la Seine, 1er ch., 26 février 1958, *Fondation Potocki*. Nota d'A. PONSARD, *JDI-Clunet*, 1959 (2), pàg. 430-455. El sr. Potocki, de nacionalitat polonesa, va deixar per testament la totalitat de la seva fortuna per a la constitució d'una fundació que tindria com a finalitat contribuir en la millora de la sanitat dels polonesos, així com la investigació per tractar el càncer i la tuberculosi. Es constituí segons la llei polonesa de 1919, tenia la seu a Varsòvia, i adquirí la personalitat jurídica així com l'autorització del govern polonès el 30 d'octubre de 1934. En el testament s'especificaven tots els béns, els situats a Polònia i els immobles situats a França. Posteriorment, la princesa Céline-Henriette Sapieha i les comtesses Potocka i Gasiorowska, van sol·licitar la revocació de les disposicions testamentàries del causant, segons el codi civil, al·legant inexecució respecte els béns situats a França, dels quals en pretenien la propietat. Per contra, el tribunal suprem polonès interpretant el decret polonès de 1952 (que suprimia les fundacions), entenia que les fundacions amb béns situats a l'estranger i constituïdes segons la llei de 1919, continuarien sotmeses a aquesta norma. El Tribunal civil de Seine, declara no revocables les disposicions testamentàries establertes pel compte Potocki el 1934. No obstant això, en el cas de la fundació Potocki no es va aplicar l'art. 906 del codi civil francès que no admetia la constitució de fundacions *post mortem*, ja que segons la norma "per ser capaç de rebre per testament, és suficient haver estat concebut en el moment de la mort del testador". Així doncs, una fundació constituïda després de la mort del testador no existia, i per tant no es podria reconèixer la seva personalitat jurídica per part de l'autoritat administrativa competent, de manera que no seria possible que optés als immobles situats a França. Comenta la sentència A. PONSARD, que destaca d'antuvi, que les solucions de Dret internacional privat són regides pels principis de dret intern, i que en matèria de fundacions, l'anàlisi jurídic és delicat donada d'absència de regulació, i encara més, quan s'ha de discutir sobre la qualificació de fundacions estrangeres realitzades directament per testament, pràctica no permesa en la regulació d'aquell temps en dret francès. En relació al cas, considera que hi ha suficients connexions amb Polònia, com és que la fundació fou constituïda allà, tenint-hi la seva seu social, i ostentant la personalitat jurídica atorgada pel govern polonès. La regulació francesa no reconeixia fundacions estrangeres que no haguessin complert les condicions exigides per la llei francesa, calia ser reconeguda la seva utilitat pública, de manera que aquesta fundació estrangera se li negava tota personalitat a França, només admetent el dret de ser part en judici, i no se li reconeixia la capacitat per adquirir béns a títol gratuït, i encara menys a una fundació que no se li podia reconèixer el dret d'acceptació perquè no existia en el moment de la mort del testador.

<sup>1039</sup> Cour d'Appel de Paris, 1er ch., sec. B, 26 juin 1981, *Fundació Eckensberger*. Nota de B. ANCEL, *RCrDIPr*, 1982 (3), pàg. 537-551; Cour de cassation, 1er ch. Civ., 22 avril 1981 et 15 février 1983. Nota de B. ANCEL, *RCrDIPr*, 1983, pàg. 645-651.

la mort del testador. Al ser una qüestió successòria, s'aplicarien les normes de DIPr per determinar la llei aplicable a la successió, en el cas, el punt de connexió utilitzat era l'últim domicili de la testadora, el qual és situat pel tribunal francès a França, per tant, s'aplicaria la llei francesa per determinar la validesa del llegat<sup>1040</sup>. En aquest moment és quan intervenen els articles 906 i 910 del Codi civil francès, pels quals es va al legat que aquest llegat era contrari a l'ordre públic francès, perquè es precisava de l'existència de la personalitat jurídica de la fundació en el moment de la mort del testador per disposar de capacitat per percebre un llegat, contràriament al que preveia la legislació alemanya. L'argument de la fundació alemanya es centrava en insistir en el fet que el dret francès reconeixia l'existència de les fundacions estrangeres que resultessin vàlidament constituïdes pel seu dret nacional, i que l'exigència de l'art. 906 CCFr que imposava al legatari, hauria d'interpretar-se segons les condicions de constitució previstes pel dret alemany. La Fundació Eckensberger va demandar davant del tribunal de París l'aplicació de les normes de condició de fundació estrangera a França, que es decretés que es tractava d'una fundació alemanya, fundada per una testadora de nacionalitat alemanya, constituïda per l'autoritat alemanya competent i que per tant, s'havia de beneficiar a França de la personalitat jurídica adquirida a Alemanya. Considerava que tenia dret sobre els béns situats a França sense que se li pogués exigir un decret de reconeixement d'utilitat pública, ni l'aplicació dels articles 906 i 910 Codi civil francès, ja que la personalitat de les fundacions alemanyes existien retroactivament a partir de la mort del fundador.

Finalment, el tribunal va considerar que una fundació constituïda a l'estranger després de la mort de la testadora no podia afectar als immobles situats a França ni els béns mobles que composaven la successió regida per dret francès. L'art. 906 del Codi civil francès s'oposava a que els béns de la successió regits per la llei francesa poguessin estar afectats per testament a una fundació encara per constituir, malgrat que la fundació s'hagués de constituir per llei alemanya i que segons la seva llei es considerés constituïda de forma retroactiva en el moment de l'obertura del testament. En contra d'aquesta jurisprudència, la doctrina considerava que les fundacions estrangeres tenien capacitat jurídica per acceptar les liberalitats a França si la llei de la seva seu social ho admetia.

Aquesta jurisprudència canvia a partir de la reforma de la llei de mecenatge de 1990, la qual permet la constitució de fundacions testamentàriament. Amb

---

<sup>1040</sup> Com assenyala B. ANCEL en la nota, el més fàcil hauria estat excloure l'aplicació de la llei francesa, i usar la llei alemanya, ja que aquesta era la llei de la seu de la fundació i per la qual s'hauria de determinar la capacitat.



l'admissió de les fundacions constituïdes *mortis causa*, i el reconeixement de la seva personalitat jurídica de forma retroactiva al dia de l'obertura de la successió, un cop reconeguda com d'utilitat pública, es posa punt final als problemes sorgits fins el moment. De fet, és una norma de dret material francesa que no seria directament aplicable a les fundacions estrangeres, tanmateix, l'admissió pel dret francès de la retroactivitat de la personalitat jurídica de la fundació francesa, permet que aquest benefici sigui extensible a una fundació estrangera sempre i quan, la llei estrangera de la seu social de la fundació prevegi també la retroactivitat<sup>1041</sup>.

Un altre supòsit a què s'han d'afrontar les fundacions estrangeres és que aquestes no poden desenvolupar les seves activitats estatutàries de forma permanent a França sense que una convenció bilateral o multilateral ho prevegi, o bé, sigui declarada d'utilitat pública pel govern francès<sup>1042</sup>. Així doncs, les fundacions estrangeres han de sol·licitar el reconeixement d'utilitat pública, actuar sota la forma de fundació en compte o crear una fundació d'empresa segons la normativa francesa, per tal de poder utilitzar la qualificació de 'fundació' a França<sup>1043</sup>. Així doncs, el reconeixement d'una fundació no comporta *ipso facto* el dret d'exercir una activitat permanent, sinó que se li exigeix el reconeixement d'utilitat pública, serien, doncs, les *lois de police*, d'aplicació territorial<sup>1044</sup>.

---

<sup>1041</sup> H. BATIFFOL; P. LAGARDE, *Traité de Droit international privé*, vol. I, 8<sup>a</sup> ed., 1993, pàg. 364; M. REVILLARD, *Droit international privé et pratique notariale*, 5<sup>a</sup> ed., 2001, pàg. 470; M.C. DE LAMBERTYE-AUTRAND, "Fondation", *Encyclopédie Dalloz International*, agost 2004, pàg. 4.

<sup>1042</sup> Pel que fa a les obligacions de les societats mercantils amb la seu a l'estranger que pretenen actuar de forma permanent en territori francès, han de complir uns requisits per obrir un establiment a França. Es precisa la seva inscripció en el registre de comerç i de societats i, obtenir l'autorització de la prefectura per als comerciants estrangers. *Décret n° 84-406 du 30 mai 1984, art. 14-15; L. 122-1 du Code de commerce*. A. COURET, "Les sociétés en droit international et européen", J. BÉGUIN; M. MENJUCQ (dirs.), *Droit du commerce international*, Paris, 2005, pàg. 190-197. Es distingeix, segons si la societat té la seu en un Estat de la Comunitat Europea o en un Estat tercer. Per exemple, per als estrangers de tercers Estats se'ls requereix l'acreditació de comercial estranger, en canvi, als estrangers residents a l'Espai Econòmic Europeu estan dispensats. *Décret-loi du 12 novembre 1938 (art. L.122-1 à L.122-4 C.com.)* modificat pel *Décret n° 98-58 du 28 janvier 1998*. Encara està en vigor la *Loi du 30 mai 1857*, relativa al reconeixement internacional de les societats anònimes estrangeres, les quals estan sotmeses a un decret del Consell d'Estat per tal de ser reconegudes. A la pràctica, quasi tots els països han obtingut, per decret o per conveni internacional el reconeixement de la personalitat jurídica de les seves societats anònimes. Aquelles que no l'obtenen poden invocar el Conveni europeu de drets de l'home i llibertats fonamentals per tal d'obtenir el reconeixement, com a mínim, per ser part en judici. Vegeu, J. BÉGUIN, "Un texte à abroger: la loi sur la reconnaissance internationale des sociétés anonymes étrangères", *Mélanges Claude Champaud. Le droit de l'entreprise dans ses relations extérieures à la fin du XXe siècle*, 1997, pàg. 1-21.

<sup>1043</sup> O. BINDER, *Guide juridique et fiscal du mécénat et des fondations à l'usage des entreprises et des entrepreneurs*, 3<sup>a</sup> ed., Paris, 2005, pàg. 206. Una de les justificacions es protegir el terme 'fondation' i garantir que el seu ús sigui destinat només a les fundacions reconegudes d'utilitat pública, o les fundacions en compte. *Vid.* part I, cap. II, apartat 1.3.4.

<sup>1044</sup> B. AUDIT, *Droit international privé*, 3<sup>a</sup> ed., Paris, 2000, pàg. 922-923. Relaciona la legitimitat que té el legislador nacional per exigir aquests requisits amb l'art. 7 del Conveni de La Haia de 1956, que recordem

En definitiva, per a què una fundació estrangera pugui actuar a França de forma permanent hi ha dues opcions: crear una fundació *ex novo* seguint el mateix procediment que qualsevol fundació francesa, adquirint plena capacitat d'actuar com a fundació, tal i com recomanava M. POMEY<sup>1045</sup>. O bé, constituir una associació (com associació declarada o una filial sota la forma d'agrupació amb seu francesa), per tal d'evitar el llarg i feixuc procediment de creació d'una fundació d'utilitat pública, actuant com a associació<sup>1046</sup>.

Considerem contraproductiu obligar a una fundació estrangera que ha estat vàlidament constituïda pel seu ordenament d'origen, que s'hagi de sotmetre a tot el procediment francès, per tant, de creació *ex novo* d'una fundació que no serà estrangera, sinó francesa, o bé actuar com a associació. La utilització del model de seu real, combinat amb una regulació estricta de constitució de fundacions per part de l'ordenament jurídic francès, implica un seguit de normes imperatives que dificulten el trànsit internacional de les fundacions. Si ho comparem amb el dret de societats, l'ordenament francès ha tendit en el darrer mig segle a flexibilitzar la seva normativa de reconeixement. Recordem que el Dret francès de principis del segle XX era restrictiu respecte l'entrada de professionals industrials i comercials<sup>1047</sup>, exigint una autorització administrativa "*carte de commerçant étranger*"<sup>1048</sup>. LOUSSOUARN i BREDIN, criticaven aquesta posició adoptada pel

---

permetia que la llei de l'Estat en què es reconeix la persona jurídica pugui reglar l'admissió de l'establiment, el seu funcionament i l'exercici de la seva activitat en el seu territori. En el mateix sentit es justifica, M.C. DE LAMBERTYE-AUTRAND, "Fondation", *Encyclopédie Dalloz International*, agost 2004, pàg. 5; P. MAYER, *Droit international privé*, Montchrestien, 6<sup>a</sup> ed., 1998, pàg. 673.

<sup>1045</sup> M. POMEY, *Traité des fondations d'utilité publique*, Presses universitaires de France, Paris, 1980, pàg. 94. Posa com a exemples, la *Fondation de la Tour du Valat* (Bâle), la *Fondation Sansouire* (Arles) i les *Fondations Arp* (Alemanya i França). A inicis dels anys vuitanta s'apunta com la solució més eficaç per una fundació estrangera que desitgés exercir una activitat a França, la creació d'una fundació a França, regida per la llei francesa, i així evitar tots els problemes de reconeixement internacional de la personalitat jurídica. Vegeu també, W. LE BRAS, "Les fondations étrangères en France", *Bull. Joly*, 1982, pàg. 1011.

<sup>1046</sup> El procediment és relativament senzill, cal efectuar una declaració a la prefectura del lloc on es troba el seu establiment principal. També té l'opció, l'associació estrangera, de crear una filial constituïda sota la forma d'associació declarada, regida per la llei francesa dotada de personalitat jurídica pròpia, gaudint dels mateixos drets que una associació francesa. No són pocs els casos de fundacions de dret suís o belga que actuen a França per mitjà d'associacions. V.A., "Rendre plus attractif le droit des fondations", *Collection Études et documents Conseil d'Etat. La documentation française*, Paris 1997, pàg. 137.

<sup>1047</sup> "Pendant de nombreuses années, la tradition française d'hospitalité a conduit à ne faire aucune discrimination entre français et étrangers quant à l'accès aux professions industrielles et commerciales. Ce n'est qu'à la veille de la seconde Guerre Mondiale que le législateur s'est décidé à "filtrer" l'accès des étrangers aux dites professions et, d'une façon plus générale, à contrôler l'exercice des diverses activités professionnelles des étrangers en France." Y. LOUSSOUARN; J.D. BREDIN, *Droit du Commerce International*, Paris, 1969, pàg. 136.

<sup>1048</sup> Segons l'art. 2 de la llei de 30 de maig de 1857 "Un décret impérial rendu en Conseil d'Etat peut appliquer à tous autres pays le bénéfice de l'article 1er". Amb aquesta disposició es suprimia el reconeixement de ple dret de la personalitat jurídica de les societats anònimes a França. Aquest tipus de requisits legals van esdevenir mesures discriminatòries condemnades pel Tractat de Roma i que van

Govern francès, ja que l'exigència al comerciant estranger d'una autorització administrativa constituïa una barrera a l'exercici del comerç a França per als estrangers, actuació que es contraposava a la majoria de polítiques permissives dels països veïns que si permetien l'entrada d'actors forans, per això, es va suprimir. Actualment, el sistema de seu real per a reconèixer una societat estrangera, no requereix conèixer el lloc on està situada la seu real, sempre i quan es demostrï la regularitat de la constitució per les lleis de l'Estat on s'ha registrat. Les societats estrangeres gaudeixen avui dia dels mateixos drets que les societats franceses, menys en el cas que existeixi un text legal que exceptuï expressament un dret particular, límit, però, que no s'imposa si existeix un tractat internacional bilateral o multilateral entre l'Estat de la nacionalitat de la societat i França<sup>1049</sup>. En àmbit comunitari europeu<sup>1050</sup>, a conseqüència de l'aplicació més generalitzada pel model de la incorporació per garantir la llibertat d'establiment considerem que, a la llarga, és possible que afecti també a les entitats sense afany de lucre. Si es dóna aquesta conjuntura, l'ordenament francès haurà d'acabar admetent el reconeixement de les fundacions estrangeres vàlidament constituïdes per un altre ordenament comunitari que pretenguin actuar de forma estable en el seu territori i, de retruc, evitar la fugida de les seves fundacions nacionals vers a ordenaments més flexibles.

---

desaparèixer, però no va ser fàcil de suprimir. Y. LOUSSOUARN, "La condition des personnes morales en droit international privé", *RCADI*, 1959-I, pàg. 511 i ss. Y. LOUSSOUARN; J.D. BREDIN, *Droit du Commerce International*, Paris, 1969, pàg. 147-148.

<sup>1049</sup> L'equiparació té la seva base jurídica a l'art.11 del Codi civil francès "L'étranger jouira en France des mêmes droits civils que ceux qui sont ou seront accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle il appartient", M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*. Montchrestien, 2001, pàg. 73 i ss. Les societats estrangeres, però, han de respectar la reglamentació administrativa i fiscal a l'igual que les societats franceses, perquè són *lois de police*, en el sentit de l'art. 3.1 *Code civil*. B. AUDIT, *Droit international privé*, 3<sup>a</sup> ed., Paris, 2000, pàg. 923. Darrerament s'ha suscitat en la jurisprudència francesa la qüestió de si les societats estrangeres han de gaudir o no de personalitat jurídica segons el seu ordenament de constitució per tal de ser reconegudes a França, dues sentències es contradueixen en aquest sentit, finalment però, sembla admissible reconèixer una societat estrangera com a titular de drets a França encara que no disposi de personalitat jurídica en el seu país d'origen. El cas del Tribunal d'apel·lació de Paris de 30 d'abril de 1997, el tribunal no reconeix una societat simple suïssa per ser part en judici, ja que no tenia personalitat jurídica segons el dret suís. Per contra, el Tribunal d'apel·lació de Versalles de 14 de gener de 1999, si reconeix una agrupació alemanya en la forma de *Offene Handelsgesellschaft* (OHG) la qual no gaudeix de personalitat jurídica segons el dret alemany. Vegeu M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, Montchrestien, 2001, pàg. 62; 63-65.

<sup>1050</sup> Les societats procedents d'un Estat membre de la Comunitat Europea es beneficien de la prohibició de discriminació entre nacionals de diferents Estats membres. Tot i aquesta equiparació, les societats nacionals franceses i les estrangeres estan sotmeses a les lleis de policia, és a dir, a les normes materialment imperatives, per exemple normes relatives als drets de representació dels assalariats, o bé, l'afiliació a la seguretat social. Recentment, cas de la Cort de cassació de 18 de març de 1999, citat per M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, Montchrestien, 2001, pàg. 77.

### 2.2.3 Les fundacions estrangeres en l'ordenament jurídic italià

El reconeixement o no reconeixement dels ens estrangers en l'ordenament italià, és prèvia a les *Leggi del 30 giugno 1853 i del 27 ottobre 1860 n° 4387*, que eren originàries dels Estats sards i que van esdevenir, després de la unificació, disposicions legislatives del Regne d'Itàlia. Posteriorment, el Codi de comerç de 1882 (*Codice del commercio*), incloïa per primera vegada, en la part relativa al tracte a la societat estrangera a Itàlia (art. 230 a 232), un principi general de reconeixement de les societats estrangers<sup>1051</sup>. Segons l'art. 16.2 de les disposicions preliminars del CCIIt (en vigor), s'admet que les persones jurídiques estrangeres gaudeixin dels drets civils sota la condició de reciprocitat. Per altra banda, també és d'aplicació l'art. 25 de la Llei de DIPr italiana, que en la determinació de la llei aplicable a una fundació, en principi, per la llei de la incorporació, comporta, directa o indirectament, el reconeixement de l'ens amb l'estatut que l'acompanya<sup>1052</sup>. Assenyala T. BALLARINO, que la combinació de l'art. 16 CCIIt, amb l'art. 25 LDIPrIt, provoca situacions complexes de resoldre amb solucions contradictòries<sup>1053</sup>.

S'ha indicat, en relació a la llei aplicable a les societats i d'altres ens, que l'art. 25 de la Llei de DIPr italiana, preveu que la llei aplicable serà la llei de l'Estat del lloc on s'ha constituït, afegint, però, que també seria d'aplicació la llei italiana quan la seu administrativa es trobés a Itàlia, o fos en aquest país on es desenvolupessin principalment les activitats<sup>1054</sup>. S'interpreta, en relació a les societats estrangeres que actuen a Itàlia (i hi tenen la seu real), així com les que hi constitueixen un establiment secundari, que els són d'aplicació les disposicions del *Codice civile* que

---

<sup>1051</sup> Citant A. SANTAMARIA, G. CIAN; A. TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice civile, Diritto internazionale privato e Diritto societario prima della riforma*, Cedam, 2004, pàg. 49.

<sup>1052</sup> M.V. BENEDETTELLI, "La legge regolatrice delle persone giuridiche dopo la riforma del diritto internazionale privato", *Rivista delle Società*, 1997, n. 42, pàg. 66. La subsistència de la personalitat jurídica d'un ens estranger es valora en base a la llei de l'Estat per la qual s'ha constituït. Corte di Appello di Milano, 14 gennaio 2000, Veneta Mineraria s.p.a.c. Ammainer. F. POCAR, *Il nuovo diritto internazionale privato italiano*, Giuffrè editore, 2ª ed., 2002, pàg. 319-323.

<sup>1053</sup> Posa l'exemple d'una societat constituïda pel dret anglès i amb seu social a França, tots dos països consideraran que la societat té la seva nacionalitat. Si apliquem el dret italià, l'estatut de la societat es registrarà per la llei anglesa tal i com indica la norma de conflicte (art. 25 LDIPrIt), però també se l'haurà de reconèixer com a francesa segons l'art. 16 CCIIt. "Prima, applicando l'art. 16, si era costretti a scegliere una legge ed una sola; ora, l'applicazione di due norme può condurre ad un risultato contraddittorio". T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, 3ª ed., 1999, pàg. 361.

<sup>1054</sup> Ja era així en l'anterior regulació, de manera que en les darreries del segle XX, s'exigia en els articles 2505 i 2510 CCIIt, que les societats estrangeres que pretenien ser reconegudes a Itàlia, complissin amb les condicions previstes per la seva llei nacional, però també aquelles proposades per la llei italiana. Art. 2505 anterior: "Le società costituite all'estero, le quali hanno nel territorio dello Stato la sede dell'amministrazione ovvero l'oggetto principale dell'impresa, sono soggette, anche per i requisiti di validità dell'atto costitutivo a tutte le disposizioni della legge italiana".

s'ocupen “Delle società costituite all'estero”<sup>1055</sup>, a no ser que hi hagi un Conveni internacional de reciprocitat que admeti el reconeixement *de plano*. Aquest segon apartat de l'art. 25.1, és una norma imperativa, que no serà d'aplicació respecte les societats vàlidament constituïdes per un ordenament jurídic d'un Estat membre de la Comunitat Europea en base a la llibertat d'establiment. Així s'ha disposat en el nou art. 2507 CCIIt, de manera que es limitarà la possibilitat d'aplicar les obligacions i sancions previstes en aquest Capítol XI del Títol V a les societats constituïdes per l'ordenament d'un altre Estat de la Unió Europea<sup>1056</sup>.

En relació a les fundacions, però, entenem que mentre no hi hagi un posicionament en contra per part del TJCE, sí que serà d'aplicació en tota la seva extensió l'art. 25 LDIPrIt. Així doncs, malgrat que una fundació s'hagi constituït per la llei d'un altre Estat membre, la qual seria la seva *lex foundationis*, també li serà d'aplicació la llei italiana en relació a les matèries de l'art. 25.2 (constituïció, etc.) si la fundació té la seu administrativa a Itàlia, o bé, hi exerceix les principals activitats. Se li aplicarà acumulativament els dos estatuts, la *lex foundationis* i la llei italiana que la readaptarà a les condicions previstes per les fundacions italianes.

Per tant, a una fundació estrangera, amb independència que hagi estat legalment constituïda per un ordenament jurídic d'un Estat membre de la Comunitat Europea o no, se li reconeixerà la seva personalitat jurídica per actuar a Itàlia, personalitat que inclouria la capacitat per contractar i d'estar en judici, en virtut de l'art. 16.2 CCIIt Ara bé, si pretén actuar permanentment a través de delegació, o desplaçar-hi la seu real, també li serà d'aplicació la normativa italiana (art. 25 LDIPrIt).

#### **2.2.4 Les fundacions estrangeres en l'ordenament jurídic holandès**

El dret internacional privat holandès es basa, com s'ha explicat, en el model de la incorporació (*incorporatiethoorie*). Així doncs, es considerarà estrangera la persona jurídica (*corporatie*) que s'hagi constituït pel dret d'un altre Estat, amb independència d'on es trobi la seva seu. Per qualificar una persona jurídica d'holandesa caldrà que aquesta es constitueixi segons el Dret holandès i tingui el seu domicili estatutari en territori holandès, domicili que no implica la seva administració central, per tant, poden tenir el seu centre principal de negocis fora

---

<sup>1055</sup> Actualment, arts. 2507-2510 CCIIt, del Capítol XI del Títol V del Llibre V.

<sup>1056</sup> Art. 2507. Rapporti con il diritto comunitario: “L'interpretazione ed applicazione delle disposizioni contenute nel presente capo è effettuata in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee”. Per tant, es distingiria les societats extracomunitàries de les constituïdes per un ordenament d'un Estat membre de la Comunitat europea.

dels Països Baixos. La concepció de persona jurídica holandesa (*Nederlandse rechtspersoon*) comprèn: associacions, associacions mutuels d'assegurances (*Onderlinge Waarbormaatshappijen*); cooperatives, fundacions (*Stichtingen*); societats de capital (NVs, BVs), i l'Agrupació europea d'interès econòmic. La persona jurídica obté validesa a partir de l'acte notarial, i en les societats de capital s'exigeix un certificat de no objecció per part del Ministeri de Justícia.

El reconeixement de persones jurídiques estrangeres és *de plano*, sempre i quan aquesta s'hagi constituït vàlidament, sense importar la seva residència, de manera que pot dur a terme negocis als Països Baixos rebent el mateix tracte jurídic que una empresa holandesa<sup>1057</sup>. La teoria general sobre persones jurídiques s'aplica a les fundacions estrangeres, de manera que aquesta es reconeixerà sense formalismes. El dret holandès parteix de la distinció entre les fundacions que desenvolupen activitats comercials, de les que no. Si la fundació estrangera no actua en l'àmbit mercantil, no se li exigeix registre a la Cambra de Comerç (*Kamer van Koophandel, KvK*)<sup>1058</sup>. En el cas que la fundació estrangera pretengui el seu registre, serà necessari constituir-hi una delegació mitjançant el dret holandès, constitució notarial en virtut dels articles del Codi civil (arts. 286 i ss *Netherlands Burgerlijk Wetboek, BW*). Per tant, segons les activitats que duguin a terme les fundacions estrangeres no estan obligades a registrar-se, tanmateix, es considera útil per part dels seus usuaris o col·laboradors. Per altra banda, les fundacions estrangeres que duguin a terme activitats comercials als Països Baixos, sí que estan obligades a registrar-hi una delegació a la Cambra de Comerç, serà la seva oficina (adreça professional holandesa), que es regirà pel seu dret nacional. Les fundacions registrades necessiten, a més, ser inscrites per l'Autoritat Fiscal

---

<sup>1057</sup> *Wet conflictenrecht corporaties 1997* (stb 699). La personalitat jurídica de les entitats estrangeres, es reconeix sempre, encara que no es conegui la forma en el dret holandès o no sigui equivalent. Aquesta llei holandesa aplicable des del 1998, substitueix la Llei de 25 de juliol de 1959 que implementava la Convenció de la Haia de 1956 sobre el Reconeixement de la Personalitat Jurídica de les Societats estrangeres, Associacions i Fundacions, en què s'inclouia la reserva a l'art. 2 del Conveni, de manera que s'excloïa l'aplicació del criteri de seu real. També va ser summament important a partir dels anys seixanta la jurisprudència del la *Hoge Raad* (Tribunal Suprem). Vegeu: TH.M. DE BOER, "The Hague Conference and dutch choice of law: some criticism and a suggestion", *Netherlands International Law Review*, XL, 1993, pàg. 1-13; TH.M. DE BOER; R. KOTTING, "Chapter 15: Private International Law", E.H. HONDIUS et al. (ed.), *Introduction to Dutch Law*, The Hague, 1999, pàg. 265-288; R.VAN ROOIJ; M.V. POLAK, *Private Interational Law in The Netherlands*, The Hague, 1987; el suplement de 1995.

<sup>1058</sup> *Kamer van Koophandel*: < [www.kvk.nl](http://www.kvk.nl)>. Informació amablement facilitada per E. KAT, de la Cambra de Comerç d'Amsterdam, així com, per l'advocat i professor associat de la Universitat Catòlica de Nímgengen, J.M BLANCO FERNÁNDEZ.

holandesa. Segons el tipus d'activitats que desenvolupin, necessiten un número per tal de declarar l'IVA, i per contribuir en l'impost de societats<sup>1059</sup>.

A inicis del present segle es van detectar varies fundacions instal·lades als Països Baixos que destinaven fons a l'organització Al-Qaeda, fet que va plantejar la necessitat de prendre mesures de control respecte les fundacions estrangeres, per tal d'evitar frauds i actuar preventivament contra les donacions a fundacions que destinen el seu actiu a finançar causes criminals<sup>1060</sup>. Però les propostes del Ministeri de Justícia per sotmetre a control els comptes de les fundacions, han estat fallits, de manera que el reconeixement de les fundacions estrangeres als Països Baixos continua essent automàtic i *de plano*<sup>1061</sup>.

Comprovem que la llei holandesa és essencialment no discriminatòria per als estrangers, però trobem excepcions previstes en normes imperatives. La regulació més significativa en aquests sentit va ser aprovada a finals dels anys noranta en matèria societària, que no ens podem estar de comentar. La nova normativa pretenia evitar el que es coneixia com "Delaware Corporation", amb normes de protecció per a les societats holandeses en oposició de les societats constituïdes segons el dret d'altres països<sup>1062</sup>. La novetat de la regulació era la submissió de les

---

<sup>1059</sup> Se'ls pot exigir també el dipòsit dels comptes anuals a la Cambra de comerç en el supòsit que les activitats comercials ascendeixin a 4,4 milions d'euros l'any.

<sup>1060</sup> *Vid.* part I, cap. II, apartat 1.2.3. No és habitual per part de les fundacions holandeses publicitar les dades econòmiques respecte els seus ingressos i la seva procedència, per això, en un primer moment varen ser hostils a sotmetre's a un estudi proposat per la l'Associació de Fundacions dels Països Baixos (FIN). L'any 2000 es va publicar "Endowed foundations: critical and independent Research on endowed foundations completed", era la primera vegada en la història que es realitzava un estudi d'aquest tipus. The Association of Foundations in the Netherlands-FIN, <<http://www.verenigingvanfondsen.nl>>. Després dels atemptats de l'onze de setembre, i amb la sospita que fundacions establertes als Països Baixos finançaven actes terroristes, es van iniciar estudis per proposar mesures de control, per exemple, el proposat per la *Financieel Expertise Centrum (FIN)* "Quick scan Non-profitorganisaties en terrorismefinanciering" de 21 gener 2004. Aquell mateix any, la FIN, va publicar el "Code of conduct for members of the Association of Foundations in The Netherlands".

<sup>1061</sup> Actualment s'està reformant la normativa fiscal holandesa, sobretot en relació a les donacions transfrontereres, amb la intenció d'eximir-les de tributació. Ara bé, aquesta exempció es preveu que vagi acompanyada de mecanismes de control respecte la legalitat de la procedència i destinació de les donacions. *Vid.* part III, cap. I, apartat 3.2 (Països Baixos).

<sup>1062</sup> Així s'explicava en el portal de la Cambra de Comerç holandesa, (febrer 2004): "In the past some Dutch entrepreneurs chose to formally register a company abroad. These companies would operate as separate legal entities, meaning that the liability of the entrepreneur was limited, just as with a Dutch BV or NV.(private and public limited companies respectively). At the same time they did not have to deal with the problems of starting up a BV, such as the obligation to have start-up capital of 18,000 EURO, or to co-operate with a background investigation. Abuse: Since it was easier to opt for a registration abroad, this opportunity was often abused in the past. For example, people who did not want to set up a BV so that they could avoid a background investigation would register a company abroad. In some cases this was improper use of this option. Experience shows that the interests of third parties could sometimes be prejudiced. A bona fide business could be left with unpaid accounts owed by these 'foreign' companies. Naturally, not all foreign registered companies are untrustworthy, since there may also be good reasons

empreses estrangeres (*Forma Foreign Entity*) a un seguit de requisits imposats per la llei sobre societats formalment estrangeres (*Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen* (WFBV))<sup>1063</sup>, considerada com a llei de policia (normes d'aplicació immediata)<sup>1064</sup>. Regula doncs, les societats estrangeres que desenvolupen les seves activitats completament, o principalment als Països Baixos, i que no tenen connexions significatives amb el seu país d'origen. Disposa que la societat estrangera ha de complir amb certes normes de la legislació holandesa sobre 'company law', com seria el requeriment de lliurar certa informació en el registre d'empreses comercials "*Handelsregister*". A més, cal registrar-la amb la menció "*formeel buitenlandse vennootschap*" (societat formalment estrangera) i utilitzar aquesta denominació en totes les seves activitats mercantils<sup>1065</sup>. Aquesta norma holandesa va originar la intervenció del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees, en el conegut cas *Inspire Art Ltd*, de 30 setembre 2003, que va sentenciar que era contrària a les normes comunitàries i que, per tant, no es podia aplicar en l'àmbit de la UE<sup>1066</sup>. Arrel de la sentència europea, la norma holandesa s'aplica només a les societats estrangeres extracomunitàries, o a les fundacions estrangeres que disposin d'accionistes o capital social, però no a les empreses o fundacions constituïdes per la llei d'un Estat membre de la UE o un Estat part de l'Associació Europea de Lliure Canvi (AELC).

### **2.2.5 El reconeixement dels *charitable trust*: el *Conveni de La Haia d'1 de juliol de 1985, sobre la llei aplicable al trust i el seu reconeixement***

En la primera part s'exposaven els problemes jurídics que sorgeixen en la qualificació dels *charitable trusts*. L'opinió dominant entre els juristes de mitjans del

---

for the use of a foreign company registration in the Netherlands. However, if the only reason is the avoidance of Dutch laws, we can say that there is improper use of a formal foreign company registration."

<sup>1063</sup> Va entrar en vigor l'1 de gener de 1998 (1997 S. 697)

<sup>1064</sup> Aquesta norma es considera que és aplicable perquè té connexions o vincles més estrets amb la llei holandesa, és la doctrina de la "voorrangregels", les regles d'aplicació immediata, o *mandatory rules*, mereix apuntar que part de la doctrina no hi està d'acord. Aquestes normes pretenen salvaguardar l'aplicació de provisions que protegeixen interessos socioeconòmics. De vegades aquesta doctrina es dirigeix a protegir la part dèbil, d'altres, protegeix l'agent (en dret de comerç). K. BOELE-WOELKI, et al. "Duch private international law at the end of the 20th century: pluralism of methods", E.H. HONDIUS (ed.), *Netherlands reports to the fifteenth international congress of comparative law*, Bristol, 1998, pàg. 207.

<sup>1065</sup> Vegeu: S.R. SCHUIT et al., *Corporate law and practice of the Netherlands*, The Hague, 2002, pàg. 15 i ss.

<sup>1066</sup> El tribunal de Luxemburg va estimar que l'aplicació de la llei nacional holandesa era contrària a les normes europees de llibertat d'establiment, ja que era discriminatòria en relació a societats constituïdes segons ordenaments d'altres Estats membres de la UE. Si bé s'admeten certes discriminacions, aquestes han de justificar-se per raons imperioses d'interès general, han de ser adequades per garantir la realització de l'objectiu que persegueixen i no han d'anar més enllà del necessari per assolir tal objectiu (apartat 33). Assumpte C-167/01.



segle XX era d'oposició a la creació d'un *trust* o el seu reconeixement en els sistemes de *civil law*. Actualment però, ja existeixen ordenaments de tradició civilista que preveuen legalment aquesta possibilitat, i es disposa d'un Conveni internacional de La Haia que preveu el seu reconeixement<sup>1067</sup>. Els *trusts*, com indica A.F. SCHNITZER, també han de ser reconeguts en els Estats en els quals entrin en contacte. L'ordenament de recepció, en principi, no tindria l'obligació de reconèixer-los, però el refús a reconèixer una institució desconeguda o no idèntica a una del propi fur, ha estat descartada per la doctrina i jurisprudència en interès del comerç jurídic internacional. Per això, ja en jurisprudència de mitjans de segle passat es reconegueren *trusts* a França i a Suïssa, i es determinava com a llei aplicable al seu estatut personal, la llei del país de la seva constitució. També es precisava en aquesta jurisprudència que s'aplicava la llei del fur (la llei de l'Estat receptor) en les relacions jurídiques que implicava la transferència d'uns béns situats en tal territori, complint els actes jurídics prescrits per la llei d'aquest país<sup>1068</sup>. Així doncs, en els països de Dret civil on es desconeix la figura, la pràctica judicial indica que l'èxit o la frustració en el reconeixement d'un *trust* o un *charitable trust* depèn, en gran mesura, del tracte que ofereixi l'aplicador del dret<sup>1069</sup>. En els ordenaments del *common law*, es preveuen normes específiques per determinar la validesa dels *charitable trust*, generalment, segons la llei del lloc d'administració d'aquest o, la llei de l'Estat del domicili del testador o *settlor* o bé, la llei de l'Estat on es troben situats els béns immobles<sup>1070</sup>.

El traspàs de fronteres de la figura jurídica del *trust* va impulsar, en el si de la Conferència de La Haia, els treballs per elaborar un Conveni internacional per pal·liar els conflictes de lleis i els problemes de reconeixement que sorgien en relació a aquesta figura anglosaxona<sup>1071</sup>. El resultat va ser el "Conveni de la Haia d'1 de juliol de 1985, sobre la llei aplicable al trust i el seu reconeixement", en

---

<sup>1067</sup> *Vid.* part I, cap. I, apartat 2.2.2.1; 2.2.2.2; 2.3.1; part II, cap. I, apartat 2.2.5; cap. III, apartat 1.5.

<sup>1068</sup> A.F. SCHNITZER, "Le trust et la fondation dans les conflits de lois", *RCrDIPr*, 1965, pàg. 488-490.

<sup>1069</sup> A.E. OVERBECK, *Rapport explicatif, actes et documents de la quinzième session*, vol. II: Trust-loi applicable et reconnaissance, 1985, pàg. 401.

<sup>1070</sup> Així en la jurisprudència nord-americana, G.T. BOGERT, "Trusts and conflict of laws problems", *Trusts*, (6<sup>a</sup> ed.), 1987, pàg. 733 i ss.

<sup>1071</sup> "(...) La présente Convention veut régler une institution, le trust, connue de certains Etats membres de la Conférence, le plus souvent Etats de *common law*, mais qu'ignorent la plupart des Etats de *civil law*, Membres de la Conférence. (...) la Convention met à disposition des règles de conflit de lois relatives au trust; puis elle indique en quoi doit consister la reconnaissance du trust, mais aussi les limites de cette reconnaissance". A.E. OVERBECK, *Rapport explicatif, actes et documents de la quinzième session*, vol. II: Trust-loi applicable et reconnaissance, 1985, pàg. 372-373; E. GAILLARD; D.T. TRAUTMAN, "La Convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance", *RCrDIPr*, 1986, I, pàg. 1-31.

l'actualitat, aplicable en onze Estats<sup>1072</sup>. L'entrada en vigor del Conveni suposa, per als Estats parts pertanyents al *common law*, deixar d'aplicar la seva norma interna de reconeixement per aplicar la convencional<sup>1073</sup>. Per part dels Estats part de tradició civil, significa la introducció d'una norma específica que facilita el reconeixement de la figura forana en l'ordenament del fur, determinar-ne la seva llei aplicable sense necessitat de tècniques analògiques poc satisfactòries. Es poden destriar tres finalitats del Conveni: a) indicar als països de Dret civil que s'entén per *trust*; b) fer reconèixer en els ordenaments de dret civil aquesta institució; c) disposar normes uniformes sobre conflictes de llei en matèria de *trust*, sobretot per als països del *common law*<sup>1074</sup>.

Aquest Conveni de La Haia, com assenyala C. GONZÁLEZ BEILFUSS, prescindeix del mètode tradicional d'aproximar la institució desconeguda a partir de la institució interna equivalent, i adopta un mètode nou que deixa de banda la comparació, basant-se en la inserció de la categoria desconeguda en el sistema de DIPr dels Estats que els és estranya. Opta per reconèixer el *trust* com a tal, per això, ofereix una descripció que permet als aplicadors del Dret dels Estats que desconeixen la institució determinar si es troben o no davant d'un *trust* i, conseqüentment, si resulten aplicables les normes de DIPr establertes pel mateix conveni<sup>1075</sup>.

Respecte el reconeixement, aquest és implícit gràcies a la definició proposada en el Conveni (art. 2)<sup>1076</sup>. En el seu art. 11.1 disposa: “Serà reconegut com a tal tot

---

<sup>1072</sup> Són Estats part: Austràlia, Canadà, Itàlia, Luxemburg, Malta, Països Baixos, Regne Unit i Irlanda del Nord, Liechtenstein, San Marino, Suïssa, Mònaco (març de 2008, consulteu <www.hcch.net>).

<sup>1073</sup> En l'ordenament anglès s'introdueix la regulació del Conveni de La Haia en la *Recognition of Trusts Act 1987*. L. COLLINS (ed.), *Dicey and Morris on The Conflict of Laws*, vol. II, 13<sup>a</sup> ed., London, 2000, pàg. 1092 i ss.

<sup>1074</sup> M.E. DI GIANDOMENICO; D. FESTA, *Consortzi, fondazioni e trust*, Maggioli Ed., 2005, pàg. 27. També pot tenir com a conseqüència, entre els Estats del *common law*, una unificació de les normes de DIPr que fins el moment eren divergents. C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *El Trust. La institución angloamericana y el derecho internacional privado español*, Bosch, Barcelona, 1997, pàg. 58.

<sup>1075</sup> C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *El Trust. La institución angloamericana y el derecho internacional privado español*, Bosch, Barcelona, 1997, pàg. 12 i 104.

<sup>1076</sup> Art. 2: “Als efectes del següent Conveni, el terme *trust* es refereix a les relacions jurídiques creades – per acte *inter vivos* o *mortis causa* – per una persona, el constituent, mitjançant la col·laboració dels béns sota el control del *trustee* en interès d'un beneficiari o amb un fi determinat. El *trust* posseeix les característiques següents: a) els béns del *trust* constitueixen un fons separat i no forma part del patrimoni del *trustee*; b) el títol sobre els béns s'estableix en nom del *trustee* o d'una altra persona per compte del *trustee*; c) el *trustee* té la facultat i l'obligació, de les que ha de retre compte, d'administrar, gestionar o disposar dels béns segons les condicions del *trust* i les obligacions particulars que la llei li imposi. El fet que el constituent conservi certes prerrogatives o que el *trustee* posseeixi certs drets com a beneficiari no és incompatible necessàriament amb l'existència d'un *trust*”. *Vid.* part I, cap. I, apartat 2.2.2.1; 2.2.2.2; 2.3.1.

*trust* creat de conformitat amb la llei a que es refereix el capítol precedent”, per tant, segons la llei que es determini en aplicació dels art. 6 i 7, ja estudiats.

Respecte l'abast i conseqüències del reconeixement del *trust*, ens fixem en els efectes jurídics mínims que comportarà l'aplicació de la llei estrangera que regeix el *trust*. Per tant, el reconeixement implicaria l'obligació de l'Estat a reconèixer o acceptar la característica essencial de la separació patrimonial dels béns en *trust*, respecte els béns o patrimoni del *trustee*, de manera que els creditors no podran atacar els béns en *trust*. Per això, hi ha autors que qualifiquen d'impròpia la utilització de l'expressió reconeixement, perquè en el fons el que es reconeix no és la figura jurídica sinó les normes o efectes que comporta l'aplicació del dret estranger. El reconeixement, *stricto sensu* del *trust*, seria la comprovació que aquest ha estat constituït conforme al previst per la llei aplicable, tal i com indica el primer apartat de l'art. 11<sup>1077</sup>.

Aquest reconeixement, però, té un límit establert en l'art. 13, segons el qual: “Cap Estat estarà obligat a reconèixer un *trust* quan els elements més significatius del qual, exceptuant l'elecció de la llei aplicable, el lloc d'administració i la residència habitual del *trustee*, estiguin vinculats més estretament amb Estats que desconeguin la institució del *trust* o la classe de *trust* de que es tracti”. Com indica M. CHECA MARTÍNEZ, aquesta norma pretén evitar supòsits de localització artificial del *trust* en un ordenament que conegui tal institució. No es produiria un reconeixement en els casos en què la localització en un ordenament que coneix la institució hagi estat produïda artificialment, a través de l'element més rellevant, quan una altra llei que desconeix la figura es troba més vinculada, aleshores no es podrà obligar a reconèixer el *trust*<sup>1078</sup>. L'exemple de M. CHECA es contraposa amb la pràctica italiana. Segons l'autor aquest article 13 evitaria que es constituís un *trust* per part d'un italià amb el patrimoni situat a Itàlia, i que pretenguí constituir un *trust* sota la llei anglesa per elecció del constituent; o que hagi designat un

---

<sup>1077</sup> La qüestió no va ser fàcil de dilucidar, i de fet, en el text convencional quan es parla de reconeixement, s'al·ludeix, en realitat, als efectes de la llei aplicable: “el *trust* és simplement una institució estrangera subjecta a unes normes de Dret internacional privat que designen un Dret material del que deriven certs efectes (...)” C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *El Trust. La institución angloamericana y el derecho internacional privado español*, Bosch, Barcelona, 1997, pàg. 133; M. CHECA MARTÍNEZ, *El trust angloamericano en el Derecho español*, Madrid, 1998, pàg. 98; Segons L. COLLINS: “Accordingly, Article 11 of the Convention provides that recognition implies, as a minimum, that the trust property constitutes a separate fund, that the trustee may sue and be sued in his capacity as trustee, and that he may appear or act in this capacity before a notary or any person acting in an official capacity. (...)”. L. COLLINS (ed.), *Dicey and Morris on The Conflict of Laws*, vol. II, 13<sup>a</sup> ed., London, 2000, pàg. 1092.

<sup>1078</sup> M. CHECA MARTÍNEZ, *El trust angloamericano en el Derecho español*, Madrid, 1998, pàg. 100-101.

*trustee* anglès resident a Anglaterra. La jurisprudència italiana ha pres una altra direcció i ha acceptat, no sense intensos debats doctrinals, els '*trusts interni*'<sup>1079</sup>.

Cal citar altres articles del Conveni que afecten al reconeixement, així l'art. 12, facilita la inscripció del *trust* en els ordenaments de dret civil, sempre i quan no estigui prohibit per la normativa de l'Estat en què s'ha de registrar. I finalment, els articles 15 i 16 del Conveni que preveuen la possibilitat d'aplicar normes imperatives del fur, i la possibilitat de no reconèixer el *trust* que sigui contrari a l'ordre públic del fur (art. 18).

Amb aquest Conveni de La Haia, els Estats part admeten el reconeixement automàtic dels *trust* o, com s'ha indicat, reconeixen les normes o efectes que comporta l'aplicació del dret estranger. La resta d'ordenaments jurídics que no han signat aquest Conveni, en especial, els que pertanyen a la tradició civil, no disposen de cap mecanisme per reconèixer un *trust*, per tant, un *charity trust*, ja que és una figura desconeguda en el seu ordenament i, conseqüentment, o bé no es reconeixerà per manca de personalitat jurídica, o bé, s'efectuaran qualificacions forçades identificant-la amb una figura similar, per tal d'aplicar-li una normativa sobre reconeixement que li permeti gaudir de certa capacitat d'actuació<sup>1080</sup>.

---

<sup>1079</sup> *Vid.* part I, cap. I, apartat 2.2.2.2 (Itàlia).

<sup>1080</sup> *Vid.* part I, cap. I, apartat 2.3.1.

## CAPÍTOL IV

### SITUACIÓ EN ESTATS PLURILEGISLATIUS: REFERÈNCIA AL DRET INTERREGIONAL ESPANYOL

Característica comuna dels diferents tipus d'Estats plurilegislatius de base territorial, ja sigui federal, confederat o autonòmic, és la convivència de normes jurídiques sobre la mateixa matèria, emanades d'institucions públiques amb capacitat legislativa, que poden entrar en contacte, no sempre pacífic, generant els anomenats conflictes de lleis interns. Per resoldre aquests conflictes de lleis interterritorial es disposa del *droit intercantonal* (Suïssa); *droit interlocal*; *l'interstate law* (EUA, Austràlia); el *droit interprovincial* (Canadà); o el dret interregional (Espanya)<sup>1081</sup>. En alguns sistemes compostos caldrà preveure mecanismes per determinar la jurisdicció competent territorial, la llei aplicable i el reconeixement de les resolucions judicials d'un Estat a un altre (en Estats federals com EUA i Canadà), i en d'altres només es preveuen els mecanismes per determinar la llei aplicable ja que es disposa de jurisdicció única (en l'Estat de les autonomies espanyol).

Les normes que resolen aquests conflictes de lleis interns, en alguns casos, empren les mateixes normes de DIPr adaptades a les situacions internes, en d'altres, es pretén trobar la resposta en la distribució competencial constitucional. Però aquestes respostes jurídiques no són generalment suficients, essent necessària la intervenció de la jurisprudència, generalment constitucional. Malgrat ser conflictes que succeeixen diàriament, no sempre és possible trobar una solució jurídica objectiva que es fonamenti legalment, ja que en aquest tipus de controvèrsies s'hi mescla incisivament la política.

Podem distingir, en atenció al present estudi, dos tipus d'Estats plurilegislatius en matèria de fundacions:

---

<sup>1081</sup> Per a una aproximació general a les característiques dels diferents sistemes de resolució de conflicte de lleis en els Estats plurilegislatius, vegeu: A. BORRÁS, "Les ordres plurilégislatifs dans le Droit international privé actuel", *RCADI*, vol. 249, 1994, pàg. 145-368; M. SUMAMPOUW, "Droit interregional privé et droit international privé", *Comparability and Evaluation. In Honour of Dimitra Kokkini-Iatridou*, The Hague, 1994, pàg. 291-306; K. LIPSTEIN, "Interpersonal conflict of laws", *IECL*, vol. III, Ch. 10; E. VITTA, "Interlocal conflict of laws", *IECL*, vol. III, Ch. 9; R. DE NOVA, "Diritto interlocale e diritto internazionale privato: ancora un raffronto", *RDIPP*, 1976, pàg. 5-15; P. GANNAGÉ, "La distinction des conflits internes et des conflits internationaux de lois", *Mélanges Roubier*, Paris, 1961, vol. I, pàg. 229-240; G. BEITZKE, "Droit international privé et droit interrégional privé", *Revue Hellénique de droit international*, 1955, pàg. 131-147; P.A. LALIVE, *Droit interrégional et droit international privé*, *Recueil de travaux suisses présentés au IV<sup>e</sup> Congrès international de droit comparé*, 1954, pàg. 103-115; P. ARMINJON, "Les systèmes juridiques complexes et les conflits de lois et de juridictions auxquels ils donnent lieu", *RCADI*, vol. 74, 1949, pàg. 79-190.

- a) Els Estats plurilegislatius on coexisteixen pluralitat de normes sobre fundacions pertanyent a la mateixa família jurídica. Seria el cas dels ordenaments espanyol, alemany o suís.
- b) Els Estats plurilegislatius on coexisteixen pluralitat de normes sobre fundacions pertanyent a diferents famílies jurídiques, per tant, hi ha normes de *civil law (corporate)* coexistent amb normes del *common law (charitable trust)*, com és el cas de Canadà-Quebec.

Ens centrarem bàsicament en el cas espanyol per ser el més proper per qui subscriu aquest treball. En concret ens centrarem en la distribució competencial que permet legislar en matèria de fundacions a les diferents administracions territorials; els conflictes de lleis que suscita la coexistència de tals normes; el punt de connexió utilitzat per determinar la llei aplicable; el problema afegit de la pluralitat d'òrgans administratius de control i de registre, així com la inexistència (de moment) de coordinació entre aquests. Comprovarem que la solució als conflictes de lleis sobre fundacions, es troba en una doble vessant utilitzant tècniques reglamentàries diferents, per una banda, a través d'una norma de conflicte interregional que respon a una adaptació maldestre de la norma de Dret internacional privat i, per l'altra, a través de les normes autolimitades autonòmiques.

Passarem de puntetes per un exemple diferent, el de Canadà-Quebec, observant la coexistència de les dues famílies jurídiques (o l'adaptació de l'originària francesa a l'anglosaxona) al Quebec, model que utilitza les normes constitucionals per resoldre possibles conflictes de lleis.

Finalment, mostrada la problemàtica sorgida en Estats plurilegislatius es provarà de presentar un paral·lelisme respecte la situació existent en l'Europa comunitària en matèria de fundacions.

## **1. ELS CONFLICTES DE LLEIS DE FUNDACIONS EN DRET INTERREGIONAL ESPANYOL**

Espanya és un Estat compost que es caracteritza per la coexistència dins del mateix ordenament estatal de diversos sistemes jurídics autònoms. La jurisdicció és única, per això, en principi, no hi ha conflicte de jurisdiccions, però sí que sorgeixen problemes de Dret aplicable, els quals per a ser resolts es remeten a

l'aplicació de les normes de Dret internacional privat amb algunes adaptacions<sup>1082</sup>.

L'Estat espanyol és formalment plurilegislatiu, però és conflictualment unitari, així, malgrat que les Comunitats Autònomes (CA) disposen d'autonomia legislativa, les normes per resoldre els conflictes de lleis és competència exclusiva de l'Estat (art. 149.1.8 Const.). Però aquest centralisme normatiu es troba alterat per l'existència de normes autonòmiques que fixen unilateralment el seu àmbit d'aplicació, com així succeeix en les lleis autonòmiques sobre fundacions. Si aquestes normes autolimitades es consideren com una tècnica més per resoldre els conflictes de lleis, entendríem que s'immiscirien en la competència reservada al legislador estatal. Segons A. BORRÁS, la diferència de considerar les normes delimitatives autonòmiques com a mecanisme per resoldre conflictes de lleis o no, depèn del posicionament que s'adopti respecte l'abast de les competències de què disposen les CA. És a dir, si no es desitja limitar les competències d'aquestes, s'interpretarà "conflicte de lleis" de forma literal, de manera que "s'entendrà que són competència exclusiva de l'Estat únicament les normes de conflicte, és a dir, només el procediment tècnic consistent en la remissió a un o altre ordenament, però sense regular la institució en qüestió". Per contra, si es pretén limitar al màxim les competències de les CA, s'entendrà el terme "conflicte de lleis" en sentit lat, és a dir, "referint-se a la totalitat de procediments tècnics per a la

---

<sup>1082</sup> D'entre la bibliografia existent, recomanem: A. FONT I SEGURA, *Actualización y desarrollo del sistema de derecho interregional*, Universidade de Santiago de Compostela, 2007; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *Estudios de Derecho interregional*, Universidade de Santiago de Compostela, 2007; J.L. IRIARTE ÀNGEL, "Los conflictos internos en el sistema español", J.L. IRIARTE ÀNGEL (coord.), *Propiedad y derecho internacional*, 2007, pàg. 133-163; les obres de J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, "The Spanish Constitution and Private International Law in constitutional jurisprudence", *Spanish Yearbook of International Law*, vol. IX, 2003, pàg. 1-59; "La reforma del sistema español de Derecho internacional privado. Algunas propuestas para un debate", *REDI*, 2000-2, pàg. 351-369; "Los conflictos interregionales en el sistema español de Derecho internacional privado", Capítulu III de *Derecho internacional privado*, UNED, 2000; "El marco constitucional de los conflictos internos en España", *Europäischer Binnenmarkt Internationales Privatrecht und Rechtsangleichung*, Heidelberg, 1995, pàg. 7-34; E. GINEBRA MOLINS, *La qualitat jurídica de català i l'aplicació del Dret civil de Catalunya*, Estudis dret privat català, n. 6, Barcelona, 2002; J.L. IRIARTE ÀNGEL, "Parámetros constitucionales para los conflictos internos en materia civil", *Conflictos de leyes de Derecho Civil Vasco*, Bilbao 1999, pàg. 39-62; R. ARENAS GARCÍA, "Derecho forales, Derechos locales y Derechos consuetudinarios en España: Origen histórico y determinación de su ámbito de aplicación territorial", *Revista jurídica de Asturias*, 1997, n.º 21, pàg. 93-113; E. ROCA TRÍAS, "Fonti del diritto civile: Differenze e pluralità in Spagna", *Politica del Diritto*, 1996-3, pàg. 445-468; E. ZABALO, "Pluralidad legislativa y conflictos de leyes internos en el ordenamiento español", *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz 1994*, Vitoria-Gasteiz, 1995, pàg. 253-302; E. ZABALO, "Art. 16.1 CC", *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, t. I, vol. 2, Madrid, 1995, pàg. 1259-1282; E. ZABALO, "El fraude de ley en el Derecho interregional. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1994", *Poder Judicial*, n. 36, 1994, pàg. 397-402; A. ARCE JANÁRIZ, *Constitución y derechos civiles forales*, Madrid, 1987; A. ARCE JANÁRIZ, *Comunidades Autónomas y conflictos de leyes*, Madrid, 1987; A. BORRÁS, *Calificación, reenvío y orden público en el Derecho interregional español*, Barcelona, UAB, 1984; L. GARAU, "Comunidades Autónomas y Derecho interregional", *Constitución, Comunidades Autónomas y Derecho Internacional*, Santiago de Compostela, 1982; E. ROCA TRÍAS, *L'estructura de l'ordenament civil espanyol*, Barcelona, 1982; J. DE DIOS TRÍAS, *El Derecho inter-regional según el artículo 15 del Código civil*, Barcelona, 1889.

regulació dels supòsits de tràfic privat interregional i com a terme equivalent, doncs, al dret interregional”<sup>1083</sup>. Deixant apartades les valoracions teòriques, el fet és que, a la pràctica, els legisladors autonòmics han previst pluralitat de normes delimitatives des de fa més de vint anys i, respecte les quals, el Tribunal Constitucional ha declarat, en la majoria dels casos, la seva constitucionalitat, o bé, s’han acabat retirant els recursos d’inconstitucionalitat que s’havien plantejat al respecte<sup>1084</sup>. Les normes autonòmiques que delimiten el seu àmbit d’aplicació són un mètode complementari al conflictual, per tant, admetem que és un mecanisme per resoldre conflictes de lleis (encara que actuïn de manera preventiva). No hem de caure en el parany de pensar que substitueix al sistema conflictual recollit per la legislació espanyola, sinó que el complementa. La raó de la subsistència d’aquestes normes autolimitades podria fonamentar-se en la necessitat, per una banda, que les CA siguin partícips en l’elaboració de normes de resolució de conflictes interns<sup>1085</sup>. Per altra banda, l’altre argument es basa en

---

<sup>1083</sup> A. BORRÁS, *Calificación, reenvío y orden público en el Derecho interregional español*, Barcelona, UAB, 1984, pàg. 12-13; A. BORRÁS, “Les ordres plurilégislatifs dans le Droit international privé actuel”, *RCADI*, vol. 249, 1994, pàg. 252 i ss. A favor d’una interpretació àmplia de normes per resoldre conflicte de lleis, i per tant, d’exclusiva competència de l’Estat: LL. GARAU JUANEDA, “Comunidades Autónomas y Derecho Interregional”, *Constitución, Comunidades Autónomas y Derecho Internacional*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1982, pàg. 143 i ss. Amb matisacions, ARCE JANÁRIZ és de l’opinió que aquesta competència exclusiva de l’Estat no ha de suposar un “encotillament” respecte les normes autonòmiques i proposa, “una vàlvula d’escapament consistent en admetre que una Comunitat Autònoma pugui fixar l’àmbit d’aplicació espacial de les seves normes, quan la tradició històrica de la institució foral per elles regulada ho justifiqui”. A. ARCE JANÁRIZ, “Claves constitucionales de revisión de conflictos internos”, *REDI*, 1984, pàg. 547-576.

<sup>1084</sup> Aquest seria el cas de moltes normes autonòmiques, p.ex. lleis autonòmiques d’unions de fet. En ocasions, però, es va declarar la inconstitucionalitat de normes delimitatives de l’àmbit d’aplicació, com va ser el cas de la Sentència del TC 73/1983, de 29 de juliol, respecte la llei basca de cooperatives: “(...) la disposició que es tracta seguiria essent inconstitucional, perquè contindria una norma de solució de conflicte amb altres lleis (prevalença de la llei impugnada en funció del criteri de domicili), quan el cert és que la competència de dictar normes per a resoldre els conflictes de Lleis es troba reservada a l’Estat amb caràcter exclusiu per l’article 149.1.8 de la Constitució, segons ja hem assenyalat” (FJ6). Destaquem en matèria de fundacions, el recurs presentat a la primera llei de fundacions després d’entrar en democràcia. L’advocat de l’Estat interposà recurs d’inconstitucionalitat a la Llei 1/1982, de 3 de març de Fundacions privades, que finalment es va retirar. L’advocat entenia que era matèria civil, i segons l’art. 149.1.8 Const. el govern català només podria legislar sobre les matèries incloses en la Compilació catalana de 1960, en aquest cas, no es contemplava la fundació. Tampoc es podia emparar el legislador català en la competència atribuïda en l’article 9.24 EAC, ja que considerava que només era una competència de vigilància i no de desenvolupament, la qual corresponia a l’Estat. R. LLEVADOT I ROIG, “Competències de la Generalitat de Catalunya en matèria d’associacions i fundacions. Estat actual de la qüestió” *Les persones jurídiques en dret civil de Catalunya: Associacions i fundacions. Novenes Jornades de Dret Català a Tossa*. Tirant lo blanch, 1996, pàg. 36-37.

<sup>1085</sup> Segons S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, s’evidencia un buit legislatiu estatal que articuli un dret interregional, que sovint es supleix a través de les normes de delimitació unilateral de l’àmbit d’aplicació, “por estar más cerca del problema o, a veces, por ‘reivindicarse’ frente al legislador estatal”. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “¿Derecho interregional civil en dos escalones?”, *Libro Homenaje a Idelfonso Sánchez Mera*, Madrid, 2002, vol II, pàg. 1787-1808; i en: *Estudios de Derecho interregional*, Universidad de Santiago de Compostela, pàg. 15-43. A favor de la participació autonòmica en l’elaboració de normes per resoldre conflictes de lleis a través de tècniques combinades: J.J. ÁLVAREZ RUBIO, “La necesaria reforma del sistema español de Derecho



la incompletesa que suposa aplicar les normes de DIPr en àmbit interregional, sobretot en relació al dret públic econòmic, donat que, generalment, les normes de resolució de conflictes interns són de dret civil<sup>1086</sup>.

Efectivament, manquen normes conflictuals en matèries híbrides com és la fundació, en què s'evidencia la mescla de normes de vessant privades i públiques. En els conflictes que sorgeixen cal determinar, no només la llei de dret privat aplicable a la fundació (llei personal), sinó també, resoldre la submissió a les exigències administratives i de control dels Protectorats que coexisteixen. Comprovarem que, en matèria de fundacions, les normes delimitatives autonòmiques de l'àmbit d'aplicació no eviten els conflictes d'aquestes lleis, ja sigui perquè poden actuar extraterritorialment o bé, per utilitzar connexions territorials distintes. Per això, s'acudirà a les normes existents de dret interregional que, com és sobrerament sabut, es remeten a les normes de Dret internacional privat amb unes particularitats (art. 16 CCEsp). Però aquestes anacròniques normes, insuficientment adaptades a les situacions que s'originen, no resolen l'amalgama de conflictes de lleis privats, ni tampoc els que conjuminen aspectes públics.

Una proposta general de solució, gens original, seria l'aprovació d'una llei especial de Dret interregional adequada a la situació real existent en el si de l'Estat, aclarir el repartiment competencial entre l'Estat i les CA, així com conceptes com 'normativa bàsica' o 'efectes extraterritorials'. Seria també necessari limitar l'ús de principis constitucionals, com el 'principi d'unitat econòmica' del qual se'n fa un ús excessiu, juntament amb d'altres principis, que s'utilitzen per desproveir de competència als legisladors autonòmics que observen com les competències atribuïdes de forma exclusiva en els respectius Estatuts d'autonomia es troben

---

interregional", *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1997, Madrid, 1998, pàg. 310. Vegeu les interessants consideracions que realitza respecte les normes autonòmiques delimitatives, posicionant-se a favor de la seva declaració d'inconstitucionalitat, A. FONT I SEGURA, *Actualización y desarrollo del sistema de derecho interregional*, Universidad de Santiago de Compostela, 2007, pàg. 95 i ss.

<sup>1086</sup> El dret públic econòmic, és una 'nova' dimensió interregional, conseqüència de l'exercici per part de les CA de les competències assumides en els respectius Estatuts d'Autonomia, en concret en l'ordenació administrativa que es tradueix en l'atorgament d'autoritzacions i permisos als particulars. També doncs, respecte les fundacions, a les quals se les aplica, juntament al dret privat (plurilegislatiu), el dret administratiu plurilegislatiu. Segons J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, la normativa econòmica autonòmica ha de respectar un seguit de límits constitucionals que responen a competències exclusives de l'Estat: la unitat de mercat (art. 149.1.13 Const. competència de l'Estat en l'ordenació general de l'economia); llibertat d'empresa en l'economia de mercat (art. 38 Const.); la igualtat de tots els espanyols en drets i obligacions en qualsevol part del territori de l'Estat (art. 139.1 Const.). J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, "El marco constitucional de los conflictos internos en España", *Europäischer Binnenmarkt, IPR und Rechtsangleichung* (Hommelhoff-Jayme-Mangold, Hrsg.), Heidelberg, 1995, pàg. 7-34; Vegeu també: N. MAGALLÓN ELÓSEGUI, "Una aproximación práctica a los conflictos de leyes en el Derecho público económico", *AEDIPr*, t. V, 2005, pàg. 413-450; T. LADRÓN RONDA, "Unidad de mercado: Estado, Comunidades Autónomas y Comunidad Europea", *RGD*, n. 667, 2000, pàg. 3837-3881.

desplaçades per un principi constitucional<sup>1087</sup>. La necessitat d'una normativa de Dret interregional desvinculada del sistema de Dret internacional privat és una idea reiterada per la doctrina<sup>1088</sup>. Paral·lelament, comença a plantejar-se els efectes que la comunitarització del dret internacional privat suposarà a la resolució de conflicte de lleis intern, essent una possibilitat desplaçar l'actual regulació interna per la normativa comunitària<sup>1089</sup>.

### 1.1 Legislació en matèria de fundacions: competència compartida sobrevinguda

Segons la ubicació de l'art. 34 de la Constitució espanyola de 1978, exceptuant la remissió que fa a l'art. 22 Const., li és d'aplicació l'art. 53.1 Const., el qual preveu la necessitat de desenvolupar el contingut constitucional per mitjà de llei

---

<sup>1087</sup> El panorama actual, sembla lluny del que es preveia en els inicis de la democràcia: “Se ha dicho que el Derecho internacional privado era un ‘sistema de conexiones’; pues la conexión en una norma de conflicto es el criterio regulador de una determinada materia, al determinar el ordenamiento que debe regirla. Teniendo esto en cuenta, si la elección de la conexión o su régimen jurídico quedan en el ámbito de competencia de los legisladores autonómicos, como nos muestran los ejemplos anteriores, la competencia exclusiva atribuida al Estado será más aparente que real; y podrá estimarse que el Derecho de los conflictos internos en España abandona la vía de la ‘uniformidad de soluciones’- tradicional en el pasado y que inspira el art. 149.1.8 CE- para avanzar en una dirección distinta y más próxima al modelo que ofrecen algunos Estados federales”. J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, Prólogo a A. ARCE JANÁRIZ, *Comunidades Autónomas y conflicto de leyes*, Madrid, 1987, pàg. 17.

<sup>1088</sup> Així ho assenyalava A. ARCE JANÁRIZ, quan proposava la “cristal·lització de los conflictos interregionales en una ley especial, vieja reclamación doctrinal (...)”, remetent-se a diversos autors com: Beato Sala, Lacruz Berdejo, Pecourt García, o a les conclusions del II Congrés Jurídic Català de 1971. A. ARCE JANÁRIZ, “Claves constitucionales de revisión de conflictos internos”, *REDI*, 1984, pàg. 572, nota núm. 6. Advocant per una llei especial essent crític amb la situació actual, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ: “No puede haber mayor muestra de indolencia que el abrazar la aplicación analógica de un régimen concebido para otra cosa a una realidad cuya complejidad crece de forma exponencial al hilo de la voluntad política (ésta nítida) de los legisladores autonómicos por modernizar y ampliar su Derecho civil: aplicar a los conflictos interregionales las normas concebidas para dar respuesta a situaciones privadas internacionales no se justifica. (...) La pervivencia de un precepto como el artículo 16.1 del Código civil es tan anacrónica como perturbadora”. No s'està de considerar que el DIPr espanyol no s'ocupa de la situació jurídica i política de l'Estat, entès aquest com a Estat plurilegislatiu: “(...) las soluciones concebidas para el Derecho internacional privado (...) por no tener convenientemente en cuenta el carácter plurilegislativo de España. (...) El sistema de Derecho internacional privado es desleal en relación con la plurilegislación.” S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Igualdad, competencia y deslealtad en el sistema español de Derecho interregional (y en el de Derecho internacional privado)”, *REDI*, 2001, pàg. 49-74. Distingint la dualitat de mecanismes de solució segons el tipus de conflicte intern, la dimensió tradicional fonamentada en els drets històrics i el dret públic econòmic: J.J. ÁLVAREZ RUBIO, “La necesaria reforma del sistema español de Derecho interregional”, *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1997, Madrid, 1998, pàg. 275-321. Més recentment: S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Derecho interregional: claves para una reforma”, *AEDIPr*, t. III, 2003, pàg. 37-73; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “La reforma del sistema español de Derecho internacional privado. Algunas propuestas para un debate”, *REDI*, 2000, pàg. 363.

<sup>1089</sup> S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Derecho internacional privado europeo, plurilegislación civil española y derecho interregional”, *Estudios de Derecho interregional*, Universidade de Santiago de Compostela, pàg. 135-169; A. FONT I SEGURA, *Actualización y desarrollo del sistema de derecho interregional*, Universidade de Santiago de Compostela, 2007, espec. pàg. 209-216; LL. GARAU JUANEDA, “El Derecho interregional español ante un Derecho Internacional Privado europeo común”, *AEDIPr*, t.VI, 2006, pàg. 161-164. *Vid.* part II, cap. IV, apartat 3.

ordinària. Per tant, no es tracta d'una reserva de llei de caràcter estatal (perquè no precisa d'una llei orgànica), ara bé, no hi ha cap títol competencial específic en matèria de fundacions que atribueixi la competència a l'Estat o a les CA. Tampoc s'inclou la matèria fundacional en l'art. 149 Const. com a competència exclusiva de l'Estat, per això s'interpreta que en virtut de l'art. 53.1 Const., queden vinculats tots els poders públics, inclosos doncs, els legisladors autonòmics<sup>1090</sup>. Les Comunitats Autònomes han assumit aquesta competència en els respectius Estatuts d'autonomia i, posteriorment, han dictat lleis en matèria de fundacions. De la mateix manera, l'Estat, en virtut de diferents articles constitucionals, com per exemple establir les bases respecte el dret de fundacions (art. 149.1.1 Const.), també ha aprovat lleis estatals sobre fundacions.

De l'absència de distribució competencial en matèria fundacional que s'ha exposat en les línies precedents, s'origina un incombustible debat entre la doctrina sobre la competència o no de legislar per part de les CA i, en cas afirmatiu, quines CA certament podrien legislar i quines no, i amb quines limitacions. Per una part de la doctrina, la potestat legislativa de les CA en matèria de fundacions es trobaria limitat a aspectes administratius, sense poder tenir competències en matèria civil, ja que seria competència exclusiva de l'Estat (art. 149.1.8 Const.). S'admetria, però, l'excepció de Navarra, ja que aquesta sí preveia alguna regulació sobre fundacions en la seva Compilació. Altres sectors consideren que només algunes CA estan legitimades per regular les qüestions civils de les fundacions, i serien totes aquelles CA que estaven dotades de Dret civil foral o especial. Es fonamenten amb la interpretació àmplia que el Tribunal Constitucional va fer en la Sentència 88/1993, de 12 de març, del terme "desenvolupar" de l'art. 149.1.8 Const.<sup>1091</sup>. Finalment, hi ha el sector que considera que tota CA pot regular qualsevol aspecte referit a les fundacions, amb o sense Dret civil foral o especial, amb independència del procediment pel qual hagués accedit a l'autonomia. Interpreten que el silenci en aquesta matèria dels articles 148 i 149 Const., i essent matèria assumida en els respectius Estatuts d'autonomia, els habilita per dictar lleis sobre fundacions.

---

<sup>1090</sup> R. DE LORENZO GARCÍA, *El nuevo derecho de fundaciones*, Madrid, 1993, pàg. 172; J.J. MARÍN LÓPEZ, Pròleg de la *Legislación sobre Fundaciones*, MARÍN LÓPEZ, J.J. (ed.), Tecnos, 1998, pàg. 46; M.A. CABELLOS ESPÍERREZ, "Algunos aspectos competenciales de la Ley 30/1994. En particular, la nueva interpretación legislativa del artículo 149.1.1 CE", *Las personas jurídicas en dret civil de Catalunya: Associacions i fundacions. Novenes Jornades de Dret Català a Tossa*, Tirant lo blanch, 1996, pàg. 240; STC 37/1981, de 16 de novembre (FJ 29); STC 48/1988, de 22 de març (FJ 2); STC 341/2005, de 21 de desembre (FJ2).

<sup>1091</sup> Sentència TC 88/1993, de 12 de març: "considera que cabe que las Comunidades Autónomas regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización e innovación de los contenidos de ésta."

El cert és que els Estatuts d'autonomia contenen aquesta competència per legislar en matèria de fundacions. No va ser, però, un procediment uniforme ni senzill, sinó que va ser paral·lel al procediment de construcció de l'Estat autonòmic<sup>1092</sup>. Totes les CA assumien la competència exclusiva en matèria de fundacions. Ara bé, aquesta competència exclusiva autonòmica es trobarà posteriorment retallada per les disposicions contingudes en la llei estatal, la qual s'empara en les competències que els art. 149.1.1, 8, 6 i 14 Const. atribueix a l'Estat.

L'any 1994 el legislador estatal va dictar la Llei 30/1994 de 24 de novembre, de fundacions i incentius fiscals a la participació privada en activitats d'interès general<sup>1093</sup>. Va ser una llei aplaudida, ja que suposava acabar amb dècades de diversificació jurídica i que va derogar les obsoletes normes anteriors<sup>1094</sup>, així com va suposar ordenar la distribució competencial entre l'Estat i les CA<sup>1095</sup>. Però aquesta llei estatal va arribar molt tard, quasi quinze anys després de la previsió

---

<sup>1092</sup> Es distingia entre les CA de primer grau que van assumir la competència sobre fundacions en els respectius Estatuts d'Autonomia durant una primera fase (1978-1983), els Estatuts de la Generalitat de Catalunya (art. 9.24 EACat); el País Basc (art. 10.13 EAEus); Canàries (art. 29.7 EACan); Andalusia (art. 13.25 EAAnd); i el País Valencià (art. 31.23 EAPV), Galícia (art. 27 EAGal). També Navarra, que assumí la competència en l'art. 44.20 de la LORAFNA. Les CA de segon grau, accedeixen a l'autonomia mitjançant la via que disposa l'article 143 CE. En alguns casos, València i Canàries incorporaren directament la competència sobre fundacions en els seus Estatuts d'Autonomia, per això s'han inclòs en el primer grup. En d'altres casos, l'assumpció de la competència sobre fundacions va ser posterior als Estatuts d'Autonomia, i en algun d'aquests Estatuts preveïen una reserva d'aquesta competència, com per exemple, els Estatuts de Castilla-La Mancha, Extremadura, Illes Balears i Castilla-León. Segona fase: (1983-1993), amb l'aplicació de la LO 9/1992, de 23 de desembre, de transferències de competències a CA que accediren a l'autonomia per la via de l'art. 143 de la Constitució, es va fer efectiva la transferència de la competència sobre fundacions. Així, aquestes CA van adquirir la competència exclusiva sobre les fundacions que desenvolupessin principalment les seves funcions a la CA (art. 2.f). És a partir d'aquell moment, que es dicten Reals Decrets de traspàs de funcions i serveis de l'Administració de l'Estat als diferents governs autonòmics en matèria de fundacions. Per la seva consulta: J.J. MARÍN LÓPEZ, (ed.), *Legislación sobre Fundaciones*, Tecnos, 1998.

<sup>1093</sup> BOE n° 282, de 25 de novembre de 1994.

<sup>1094</sup> Exposició de Motius de la Llei 30/1994, apartat II, "(...) La situación actual es la de una maraña legislativa constituida por reglas dispersas y dispares, con una vigencia e incluso validez más que dudosas y del más variado tipo. Se hace imprescindible, por consiguiente, simplificar el sistema dotándole de claridad y racionalidad y reforzando la seguridad jurídica, al tiempo que se facilita la labor de los destinatarios de las normas. A ello atiende el Título I de la Ley a tal fin dirige sus objetivos, que pueden resumirse en los siguientes: (...) b) Ofrecer una regulación sistemática, ordenada y precisa de las fundaciones, acorde con la trascendencia económica, jurídica y social del hecho fundacional." *Vid.* part I, cap. I, apartat 1.2.1 (Espanya).

<sup>1095</sup> Exposició de Motius, apartat II, Llei 30/1994: "A ello atiende el Título I de la Ley y a tal fin dirige sus objetivos, que pueden resumirse en los siguientes: a) Acomodar la regulación de las fundaciones a la Constitución y a la actual distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. b) Ofrecer una regulación sistemática, ordenada y precisa de las fundaciones, acorde con la trascendencia económica, jurídica y social del hecho fundacional. c) Unificar el régimen aplicable a todas las fundaciones y garantizar el cumplimiento de los fines fundacionales que han de ser, necesariamente, de interés general. Así, el protectorado por las Administraciones Públicas se configura en el título I de la Ley como instrumento garantizador del recto ejercicio del derecho de Fundación, sin llegar a un intervencionismo que pudiera ser esterilizante y perturbador."

constitucional, quan ja existien diverses lleis autonòmiques reguladores de les fundacions (catalana, gallega, canària, navarresa i basca), les quals van haver d'adaptar-se a la tardana norma estatal. Posteriorment, mentre s'aprovaven més lleis autonòmiques, es va substituir la primera llei estatal de fundacions per l'actualment vigent, la Llei 50/2002, de 26 de desembre, de Fundacions. En aquesta ocasió però, es regula en una llei separada els aspectes fiscals Llei 49/2002, de 23 de desembre, de règim fiscal de les entitats sense fins lucratiu i dels incentius fiscals de mecenatge.

Aquest és el mapa actual de lleis sobre fundacions a Espanya:

a) Legislació estatal:

- Llei 50/2002, de 26 de desembre, de Fundacions<sup>1096</sup>
- Reglament de fundacions de competència estatal<sup>1097</sup>
- Reglament del Registre de fundacions de competència estatal<sup>1098</sup>.

b) Legislació autonòmica (lleis i decrets constitutius de Registres autonòmics de fundacions):

- Llei 9/2008, de 3 de juliol, de modificació de la Llei 8/1998, de 9 de desembre, de Fundacions de la Comunitat Valenciana<sup>1099</sup>.
- Llei 4/2008, del 24 d'abril, del llibre tercer del Codi civil de Catalunya relatiu a les persones jurídiques<sup>1100</sup>
- Llei 1/2007, de 12 de febrer, de Fundacions de la Comunitat Autònoma de La Rioja<sup>1101</sup>.
- Llei 12/2006, d'1 de desembre, de Fundacions d'interès galleg<sup>1102</sup>.
- Llei 10/2005, de 31 de maig, de fundacions de la Comunitat Autònoma d'Andalusia<sup>1103</sup>
- Llei 12/2003, de 3 d'octubre, de reforma de la Llei 13/2002, de 15 de juliol, de Fundacions de Castilla y León<sup>1104</sup>.

---

<sup>1096</sup> BOE núm. 310, 27.12.2002.

<sup>1097</sup> Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, BOE núm. 279, 22.11.2005.

<sup>1098</sup> Real Decreto 1611/2007, de 7 de diciembre, BOE núm. 17, 19.1.2008.

<sup>1099</sup> BOE n. 192 de 9.12.2008.

<sup>1100</sup> DOGC n. 5123 de 2.5.2008, que deroga la Llei 5/2001, de 2 de maig, de Fundacions de Catalunya BOE n. 134 de 5.6.2001.

<sup>1101</sup> BOE n. 59 de 9.3.2007. S'ha interposat: *Recurso de inconstitucionalidad n.º 4368-2007, en relación con los apartados 1 y 3 del artículo 37 de la Ley 1/2007, de 12 de enero, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de La Rioja*. BOE n. 151 de 25.6.2007.

<sup>1102</sup> BOE n. 14, 16.1.2007) Aquesta llei deroga la *Ley 7/1983, de 22 de junio, de régimen de las fundaciones de interés gallego*, i la Llei 11/1991, de 8 de novembre, de modificació de l'anterior.

<sup>1103</sup> BOE n. 156 de 1.7.2005.

- Llei 1/1998, de 2 de març, de Fundacions de la Comunitat de Madrid<sup>1105</sup>
- Llei 2/1998, de 6 d'abril, de Fundacions Canàries<sup>1106</sup>.
- Llei foral de Navarra 10/1996, de 2 de juliol, reguladora del règim tributari de les fundacions i de les activitats de patrocini<sup>1107</sup>.
- Llei 12/1994, de 17 de juny, de Fundacions del País Basc<sup>1108</sup>.
- Decret 61/2007 de 18 de maig, de regulació del Registre Únic de Fundacions de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears i d'organització de l'exercici del protectorat.<sup>1109</sup>
- Decret 34/1998, de 18 de juny, pel qual es crea i regula el registre de Fundacions Docents i Culturals d'Interès General del Principat d'Astúries, modificat pel Decret 12/2000.
- Decret 276/1995, de 19 de desembre, de la Diputació General d'Aragó, pel que es regula les competències en matèria de Fundacions i es crea el Registre de Fundacions.

També s'ha de tenir en compte la legislació fiscal, que compta amb una llei estatal: *Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo*<sup>1110</sup> i dues d'autonòmiques (País Basc i Navarra)<sup>1111</sup>, així com la normativa comptable<sup>1112</sup>.

Seria lògic que de l'existència de diferents lleis sobre fundacions es deduís que el contingut varia d'una a l'altra, però el cert és que els matisos, en alguns casos, són reduïts. La uniformització de les normes es va estendre sobretot després de l'aprovació de la llei estatal de fundacions, primer la de 1994 i després la del 2002,

---

<sup>1104</sup> BOE n. 183 de 1.8.2002 reforma: BOE n. 252 de 21/10/2003.

<sup>1105</sup> BOE de 12.08.1998.

<sup>1106</sup> BOE n. 108 de 6.5.1998, i en la Disposició derogatòria respecte la *Ley 1/1990, de 29 de enero, de Fundaciones Canarias*.

<sup>1107</sup> BOE n. 244 de 9/10/1996.

<sup>1108</sup> BOPV n. 135 de 15/7/1994.

<sup>1109</sup> BOIB, n. 77, 24.5.2007.

<sup>1110</sup> BOE núm. 307, 24.12.2002.

<sup>1111</sup> Navarra: Ley Foral 10/1996, de 2 de julio, reguladora del régimen tributario de las fundaciones y de las actividades de patrocinio; País Basc: Álava - Norma Foral 16/2004 de 12 de julio, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos e incentivos fiscales al mecenazgo; Guipúzcoa - Norma Foral 3/2004 de 7 de abril, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo; Vizcaya - Norma Foral 1/2004, de 24 de febrero, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo.

<sup>1112</sup> Real Decreto 776/1998, de 30 de abril, Plan General de Contabilidad para las entidades sin fines lucrativos y normas de información presupuestaria de las mismas (Corrección de errores del Real Decreto 776/1998), Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas y los criterios contables específicos para microempresas; Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad; Real Decreto 296/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el régimen simplificado de la contabilidad.

que en les seves disposicions finals va establir una *pseudo* redistribució competencial atribuint a l'Estat la competència per legislar sobre determinades qüestions que esdevenen bàsiques per totes les lleis autonòmiques<sup>1113</sup>. Segons aquesta disposició es diferencien matèries regulades per la llei estatal i que són aplicables a tot l'Estat, de les matèries que poden ser regulades per totes les CA, així com de les qüestions que determinades CA poden preveure particularitats en les seves normes. Actualment, la redistribució competencial es troba prevista en la Disposició final primera sobre 'aplicació de la llei' de la Llei 50/2002, que exposem:

- Són **d'aplicació general les condicions bàsiques** a l'empara de l'art. 149.1.1 Const.: el concepte de fundació (art. 2); els fins de la fundació, que han de ser d'interès general (art. 3.1); el benefici a col·lectivitats genèriques (art. 3.2), l'exclusió de les fundacions amb fins familiars (art. 3.2); la personalitat jurídica de les fundacions, la necessitat de seva inscripció registral, i l'ús de la denominació de fundació (art. 4); l'obligació de Patronat com a òrgan de govern i de representació (art. 14); les causes d'extinció (art. 31); la funció principal del Protectorat de vetllar pel correcte exercici del dret de fundació i per la legalitat de la seva constitució i funcionament (art. 34.1).
- També són **d'aplicació general**, a l'empara de l'art. 149.1.1 i 149.1.8 Const.: el domicili de la fundació (art. 6); la regulació de les fundacions estrangeres (art. 7) i respecte els efectes de la normativa d'altres registres públics (art. 37.4).
- Així mateix, són **d'aplicació general per ser legislació processal** a l'empara de l'art. 149.1.6 Const.: l'acció de responsabilitat davant autoritat judicial (art.

---

<sup>1113</sup> No podem considerar adequat utilitzar una llei ordinària per establir la distribució de competències i l'àmbit d'aplicació de les normes autonòmiques. Així ho expressa J.L. PIÑAR MAÑAS en relació a la Llei estatal de 1994: "Afirmar, como hace la Ley, que los artículos a los que ahora nos referimos son de aplicación general a todas las fundaciones incluso a aquellas cuya competencia corresponda, de acuerdo con lo previsto en sus respectivos Estatutos de Autonomía, si bien únicamente de aplicación supletoria en las Comunidades Autónomas con competencia en materia de derecho civil, foral o especial, es adelantar una interpretación constitucional que seguramente no le corresponde al legislador. Pues, en definitiva, lo que está haciendo es interpretar el alcance de las previsiones constitucionales y estatutarias sobre la materia. ¿Puede el legislador estatal disponer cómo deben interpretarse los preceptos de los Estatutos de Autonomía que atribuyen competencia sobre fundaciones a las Comunidades Autónomas? Evidentemente, no, y sin embargo esto es lo que hace la disposición que estudiamos. No quiero decir con esto que lo que la Ley dice no sea correcto; lo que quiero resaltar es que seguramente la Ley no puede decirlo." J.L. PIÑAR MAÑAS, "Disposición Final Primera", R. DE LORENZO GARCÍA et al., *Comentarios a la Ley de fundaciones y de incentivos fiscales*, t. I, Madrid, 1995, pàg. 717. Certament, calia aclarir l'abast de la competència en el marc autonòmic, però hauria estat preferible una sentència del Tribunal Constitucional (per exemple, haver aprofitat el recurs d'inconstitucionalitat de la Llei 1/1982, de 3 de març de Fundacions privades, que es va retirar, tal i com es lamentava J.J. MARÍN LÓPEZ, Pròleg de la *Legislación sobre Fundaciones*, MARÍN LÓPEZ, J.J. (ed.), Tecnos, 1998, pàg. 46.

17.3); la suspensió cautelar dels patrons per part de jutge (art. 18.3); les accions de responsabilitat per acords lesius (art. 21.3).

- És **d'aplicació general la normativa civil, exceptuant en els casos en què s'aplicarà preferentment la normativa de Dret civil foral o especial si existeix**: la denominació (art. 5); la constitució de la fundació, per tant, la capacitat per fundar, les modalitats de constitució, l'escriptura de constitució, els estatuts, la dotació, la regulació de la fundació en procés de formació (arts. 8, 9, 10, 11, 12, 13); la responsabilitat dels patrons (art. 17.1 i 2); la substitució, cessament i suspensió dels patrons (art. 18.1, 2 i 4); la composició del patrimoni de la fundació (art. 19.1); de l'acceptació d'herències i llegats (art. 22.1,2); respecte la modificació dels estatuts (art. 29.1,2,3,5); de la fusió (art. 30.1,3,4); les formes d'extinció (art. 32); la intervenció temporal.

- La resta d'articles no anomenats seran **d'aplicació només a les fundacions de competència estatal**: objecte de la llei (art.1); la regulació del patronat, la delegació i apoderaments (arts. 15 i 16), respecte l'administració, titularitat de béns i drets , alienació i gravamen del patrimoni (arts. 19.2, 20, 21); el funcionament i activitats de la fundació: activitats econòmiques, comptabilitat auditoria, pla d'actuació, obtenció d'ingressos, destinació de les rendes i ingressos, autocontractació (arts. 23, 24, 25, 26, 27, 28); la liquidació (art. 33); les funcions del protectorat (art. 35); el registre de fundacions de competència estatal (arts. 36, 37); el Consell Superior de Fundacions (art. 38, 39, 40); autoritzacions administratives, recursos jurisdiccionals (arts. 41 i 43); fundacions del sector públic estatal (arts. 44, 45, 46).

En definitiva, es distingeixen tres blocs: a) les normes que s'apliquen de forma general a totes les fundacions, per tant, per ser normativa bàsica haurà de ser respectada per totes les lleis autonòmiques sobre fundacions; b) les normes que malgrat ser bàsiques, no li seran d'aplicació a les lleis autonòmiques amb dret civil foral o especial propi, però que si s'aplicarà a la resta de lleis; c) la resta de qüestions, que només seran d'aplicació a les fundacions de competència estatal, per tant, les lleis autonòmiques podran tenir una regulació diferent<sup>1114</sup>.

Respecte la normativa bàsica sorgeixen diferents qüestions. En primer lloc, respecte la utilització de l'art. 149.1.1Const.<sup>1115</sup> com a mitjà per atribuir

---

<sup>1114</sup> Vegeu el resum del procediment legislatiu i la distribució competencial en la Sentència del TC 341/2005, de 21 de desembre de 2005 (BOE n. 17 suplemento, 20.1.2006), FJ 2 i 3.

<sup>1115</sup> Competència exclusiva de l'Estat en la regulació de les condicions bàsiques que garanteixin la igualtat de tots els espanyols en l'exercici dels drets i en el compliment dels drets constitucionals.



competència legislativa a l'Estat, ressaltem que ha despertat curiositat per part de la doctrina, ja que és un article difícil de definir o acotar fins i tot pel mateix TC<sup>1116</sup>. El seu ús ha estat qualificat de 'limitador' a les potestats legislatives autonòmiques, susceptible de ser utilitzat a l'arbitri del legislador estatal, respecte el qual caldria delimitar el seu abast<sup>1117</sup>. En relació a les bases que s'establiren en la Llei estatal de fundacions de 1994, les CA no es van qüestionar l'adequació d'aquesta competència que l'Estat es va autoatribuir, assumint aquesta 'reserva constitucional' a favor de l'Estat, sense interposar cap recurs d'inconstitucionalitat per cap govern autonòmic. S'accepten, doncs, les bases, i sorgeix la necessitat de determinar-ne l'abast, i les conseqüències implícites respecte les competències legislatives autonòmiques. En aquest punt, mereix recordar que no s'ha de confondre l'acció de respectar les normes bàsiques, o principis bàsics, amb el seu desenvolupament. No s'hauria de caure en el parany de pensar que és l'Estat qui estableix bases que posteriorment les CA desenvoluparan. Les CA desenvoluparan les matèries de les quals són competents, simplement han de respectar unes bases comunes. D'aquesta manera es crea un cercle respectuós entre les competències autonòmiques i les condicions

---

<sup>1116</sup> En aquesta qüestió també es troba a faltar una interpretació del Tribunal Constitucional que hauria de valorar cas per cas la competència i adequació per dictar bases. Per exemple, en la STC 48/1988, de 22 de març, es qüestiona la legitimitat de la LORCA per dictar les bases en matèria de Caixes d'estalvi. (FJ3) "En qualsevol cas, el concepte de bases, com a delimitador de les competències entre l'Estat i les Comunitats Autònomes, és un concepte material i no formal, i això implica que no tot el que el legislador estatal qualifica formalment de base ho sigui necessàriament. Certament, correspon a l'Estat determinar mitjançant llei, com a regla general, el que ha de considerar-se bàsic, això és, el comú denominador normatiu necessari per a garantir la unitat fonamental prevista per les normes del bloc de la constitucionalitat que estableixen la distribució de competències. Però la definició concreta d'aquest comú denominador realitzada pel legislador no vincula a aquest Tribunal que, com a intèrpret suprem de la Constitució, pot, i en els seu cas, ha de sotmetre-la al corresponent examen, amb la finalitat de comprovar si la uniformitat bàsica establerta és conseqüent o no amb la finalitat objectiva perseguida al reservar a l'Estat la competència per a fixar bases en una determinada matèria. Per conseqüent, no resulta admissible la tesi del Lletrat de l'Estat, segons la qual les prescripcions de la LORCA han de ser respectades pels legisladors autonòmics per l'única raó de que el legislador estatal les ha definides com a bàsiques".

<sup>1117</sup> J. MARCO MOLINA, "La incorporación de directivas en materia de Derecho patrimonial por el legislador catalán", *Ier Congrés de Dret Civil Català: El dret patrimonial en el futur codi civil de Catalunya*, La Notaria, 2001, vol. II, pàg. 25; 31-32, considera que l'art.149.1.1Const. és un dels tres límits que l'Estat ha invocat pre restringir la potestat autonòmica d'adaptar i desenvolupar el propi Dret en consonància a les normes comunitàries, i que es pot fer extensiu a l'àmbit legislatiu autonòmic. M.A. CABELLOS ESPIÉRREZ, "Algunos aspectos competenciales de la Ley 30/1994. En particular, la nueva interpretación legislativa del artículo 149.1.1 CE" *Les persones jurídiques en dret civil de Catalunya: Associacions i fundacions. Novenes Jornades de Dret Català a Tossa*, Tirant lo blanch, 1996, pàg. 243; 260, "En este sentido, el artículo 149.1.1 CE va a funcionar como norma que da una cierta prevalencia a la legislación estatal sobre la autonómica, y por tanto también sobre la normativa emanada de las Comunidades dotadas de Derecho civil propio, por cuanto cierra el paso a éste. De aquí se deduce inmediatamente que si no se otorga una interpretación restrictiva al alcance del art. 149.1.1 CE, al contrario de lo que ha sido usual, la posibilidad de los derechos forales o especiales de renovarse y aun de mantenerse va a verse amenazada en muchos ámbitos."

bàsiques establertes pel legislador estatal<sup>1118</sup>. La tria de les qüestions que havien de ser considerades com a bàsiques en matèria de fundacions també va generar debat entre la doctrina<sup>1119</sup>.

No és gens fàcil resumir les atribucions competencials autonòmiques, per això, l'explicació realitzada serveix, bàsicament, per mostrar, que si bé coexisteix una pluralitat important de normes sobre fundacions (cal puntualitzar que moltes d'elles són un calc de la norma estatal<sup>1120</sup>), aquesta amalgama, si es vol, amb efectes poc eficaços, ha estat propiciada precisament per la Carta Magna i, per tant, legítimament vigent. Inevitablement sorgeixen dubtes respecte l'adequació del sistema actual de distribució de competències en matèria de fundacions, arribant a plantejar-se la necessitat de la pluralitat legislativa. Mereix insistir, però, que ha estat la poca destresa en l'ordenació competencial la que ha desdibuixat l'idea originària d'un sistema descentralitzat i amb aspiracions federals que pel context històric del moment, es va suplir per un sistema tan innovador com mancat d'experiència, anomenat Estat de les autonomies. Aquest pretenia, precisament, palesar les diferències legislatives territorials procedents de la història. Malauradament, la poca habilitat política no ha respectat l'esperit

---

<sup>1118</sup> “D’aquesta manera, les Comunitats Autònomes amb competència sobre fundacions podran exercir-la realment, sense que l’enteniment de l’art. 149.1.1 CE com a títol transversal de potencialitat pràcticament il·limitada els privi de fer-ho”, M.A. CABELLOS ESPIÉRREZ, “Algunos aspectos competenciales de la Ley 30/1994. En particular, la nueva interpretación legislativa del artículo 149.1.1 CE” *Les persones jurídiques en dret civil de Catalunya: Associacions i fundacions. Novenes Jornades de Dret Català a Tossa*, Tirant lo blanch, 1996, pàg. 247-248. També es distingeix entre fixar les bases o legislació bàsica de l'Estat, de la competència d'execució de la matèria exclusiva atribuïda a la CA, no sense precisar que això possiblement redueix el pluralisme legislatiu i, conseqüentment, els conflictes de lleis en l'àmbit del Dret públic econòmic (en referència a l'art. 149.1.13 Const). J. GONZÁLEZ CAMPOS, “El marco constitucional de los conflictos internos en España”, *Europäischer Binnenmarkt Internationales Privatrecht und Rechtsangleichung*, Heidelberg, 1995, pàg. 17.

<sup>1119</sup> Una posició fermament crítica en relació a les matèria incloses com a bàsiques en la LF de 1994 era la de J.J. MARÍN LÓPEZ, Pròleg de la *Legislación sobre Fundaciones*, MARÍN LÓPEZ, J.J. (ed.), Tecnos, 1998, pàg. 52; amb una posició intermitja: M.A. CABELLOS ESPIÉRREZ, “Algunos aspectos competenciales de la Ley 30/1994. En particular, la nueva interpretación legislativa del artículo 149.1.1 CE”, *Les persones jurídiques en dret civil de Catalunya: Associacions i fundacions. Novenes Jornades de Dret Català a Tossa*, Tirant lo blanch, 1996, pàg. 251 i ss. En la posterior Llei de 2002 es van observar algunes de les crítiques, a títol d'exemple, en la Llei 30/1994, la capacitat per fundar era condició bàsica, en canvi, en la Llei 50/2002, passa a ser de dret civil.

<sup>1120</sup> Respecte la reproducció de l'articulat de la llei espanyola de fundacions en les normes autonòmiques, el Tribunal Constitucional ha tingut oportunitat de pronunciar-se en la Sentència 341/2005, de 21 de desembre de 2005 (BOE n. 17 suplemento, 20.1.2006). Segons el FJ 9, es distingirien dos supòsits, quan la norma reproduïda s'enquadra en una matèria sobre la que ostenta competència tant l'Estat com la CA, malgrat es podria retreure la tècnica legislativa, la conseqüència no seria la inconstitucionalitat, sinó que caldria valorar els efectes; per altra banda, si la reproducció es concreta en normes relatives en matèries en les que la CA no ostenta competència, s'ha de declarar la seva inconstitucionalitat, exceptuant el cas que la reproducció tingui per finalitat dotar de sentit i intel·ligibilitat el text normatiu (STC 47/2004, 29 març, FJ8). Vegeu el comentari d'E. RUBIO TORRANO, “Fundaciones y Competencia autonómica”, *Aranzadi Civil*, març 2006, n. 20, pàg. 11-14.

originari de preservació de les tradicions jurídiques coexistents, provocant un desordre jurídic complex de superar, com succeeix en matèria de fundacions.

## **1.2 L'àmbit d'aplicació de les lleis de fundacions: extraterritorialitat de les normes autonòmiques**

Es diferencien, doncs, dos tipus de fundacions segons la llei que li serà aplicable: les fundacions de competència estatal i les fundacions autonòmiques<sup>1121</sup>. El criteri per diferenciar-les es basa en la connexió utilitzada per adscriure una fundació a un territori, que serà, en general, 'el lloc de desenvolupament principal de les seves activitats'<sup>1122</sup>. Així, s'aplicarà la norma territorial autonòmica quan l'activitat de la fundació es desenvolupa principalment en el seu territori. Per altra banda, la Llei estatal sobre fundacions 50/2002, té com a objectiu, a part de desenvolupar el dret de fundació i establir un règim jurídic de fundacions, regular les fundacions de competència estatal (art. 1). La seva definició es troba en el Reglament de fundacions de competència estatal, en l'art. 2 sobre l'àmbit d'aplicació, "les fundacions que desenvolupin la seva activitat en tot el territori de l'Estat, o principalment en el territori de més d'una comunitat autònoma, sens perjudici de la seva possible actuació a l'estranger". La delimitació seria a priori senzilla, s'utilitzaria per una banda un criteri de connexió basat en 'l'activitat principal' en un territori concret, o bé, respecte a més d'un territori o en el conjunt de l'Estat.

En aquest punt és important recordar que les normes autonòmiques tenen fixat l'àmbit d'aplicació territorial de les seves lleis en el propi Estatut d'autonomia, establint el límit de validesa i eficàcia de les normes autonòmiques<sup>1123</sup>. S'argüeix que tal precisió no seria necessària en els Estatuts, ja que el vincle entre competència autonòmica en el territori prové de l'organització territorial que estableix la Constitució espanyola en l'art. 137. Ambdues normes, autonòmiques i constitucional, estableixen que l'àmbit d'aplicació de les seves disposicions i

---

<sup>1121</sup> Hi ha un tercer tipus que són les fundacions estrangeres, sobre les quals, en principi, ostenta la competència el legislador estatal (DF1ª LF2002), el qual exigeix la constitució d'una delegació a la que s'aplicarà la seva llei personal en tot el referent a l'estatut personal. Ara bé, la delegació de la fundació estrangera pot ser de competència estatal o autonòmica, segons el territori on desenvolupi principalment les seves accions, per tant, li seria d'aplicació la llei estatal, quan actuï en tot el territori estatal, o en més d'una CA, o bé, la llei autonòmica si desenvolupa principalment les seves accions en aquest territori.

<sup>1122</sup> Criteri reproduït en la majoria d'Estatuts d'Autonomia, en virtut del disposat en el art. 2 f) de la *Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre*, que atribuïa la competència exclusiva sobre "fundaciones que desarrollen principalmente sus funciones en la Comunidad Autónoma".

<sup>1123</sup> Per exemple, disposava l'art. 14.1 EACat 1978: "Les normes i les disposicions de la Generalitat i el dret civil de Catalunya tenen eficàcia territorial, sens perjudici de les excepcions que es puguin establir en cada matèria i de les situacions que s'hagin de regir per l'estatut personal o per altres normes d'extraterritorialitat."

actuacions s'entenen referides en el seu territori, per tant, delimiten l'espai geogràfic on desenvoluparan les competències i l'àmbit d'aplicació del propi dret autonòmic, base del principi de la territorialitat<sup>1124</sup>. Però aquest límit territorial és relatiu, ja que en ocasions són possibles els efectes extraterritorials<sup>1125</sup>. Per al cas que ens interessa, l'extraterritorialitat pot resultar d'aplicar normes que determinen l'aplicació a través de criteris personals. Aquesta situació es dona quan no s'aplica la norma territorial *stricto sensu*, sinó la norma personal vinculada al subjecte, la qual haurà estat prèviament determinada (per una connexió) en la norma que determina l'aplicació de la llei personal. Aquest tipus de norma autonòmica és unilateral, i determina l'àmbit d'aplicació intern. Mentre coincideix la seva aplicació en el si del territori no sorgeixen conflictes de lleis, el problema rau quan per la vinculació personal prevista hi ha repercussions extraterritorials en una altra CA, seria en aquest moment quan poden sorgir conflictes de lleis. S'admet l'extraterritorialitat de les normes autonòmiques, tant perquè així es preveu en alguns estatuts d'autonomia, com perquè així ho ha interpretat el Tribunal constitucional<sup>1126</sup>. En el cas que ens pertoca analitzar, les normes de fundacions autonòmiques també són susceptibles d'actuar més enllà del territori autonòmic quan les seves activitats es desenvolupin en un altre territori (criteri funcional), i la llei que estableix l'estatut personal de la persona jurídica la segueixi<sup>1127</sup>. Per tant, per determinar la llei aplicable a la persona jurídica fundació, atendrem a la vinculació establerta per les normes entre la fundació i el

---

<sup>1124</sup> No existiria eficàcia sense validesa. La distribució competencial constitucional seria el pressupòsit de validesa material de les normes autonòmiques, mentre que el principi de territorialitat respondria a la validesa o eficàcia espacial: "(...) el límit territorial en sentit positiu no és una altra cosa que un límit de validesa (...). El territori es presenta, per tant com a límit de validesa- imposició de les normes atributives de competència- i com a límit d'eficàcia de la llei autonòmica. (...) el territori com a límit d'eficàcia de la legislació autonòmica pressuposa la seva funcionalitat com a límit de validesa. (...) La regla de base sembla ser, (...) la de que límit de validesa i límit d'eficàcia coincideixen". A. ARCE JANÁRIZ, *Comunidades Autónomas y conflicto de leyes*, Madrid, 1987, pàg. 137-141.

<sup>1125</sup> A. BLASCO I ESTEVE, "Abast territorial de les competències (EAC 25.1)", *Comentaris sobre l'Estatut d'Autonomia de Catalunya*, vol. I, Barcelona, 1988, pàg. 345 i 346; N. MAGALLÓN ELÓSEGUI, "Una aproximación práctica a los conflictos de leyes en el Derecho público económico", *AEDIPr*, t. V, 2005, pàg. 422 i ss.

<sup>1126</sup> Ja s'ha transcrit l'exemple de l'art. 14 EACat. Per altra banda, inicialment les sentències constitucionals varen ser molt restrictives respecte l'extraterritorialitat de les normes autonòmiques, vegeu: A. BLASCO I ESTEVE, "Abast territorial de les competències (EAC 25.1)", *Comentaris sobre l'Estatut d'Autonomia de Catalunya*, vol. I, Barcelona, 1988, pàg. A. BLASCO I ESTEVE, "Abast territorial de les competències (EAC 25.1)", *Comentaris sobre l'Estatut d'Autonomia de Catalunya*, vol. I, Barcelona, 1988, pàg. 347-353. Vegeu l'admissió de l'extraterritorialitat de les normes autonòmiques en la STC 37/1981, de 16 de novembre.

<sup>1127</sup> A. ARCE JANÁRIZ, *Comunidades Autónomas y conflicto de leyes*, Madrid, 1987, pàg. 21; F. BADOSA I COLL, "Eficàcia territorial de les normes", *Comentaris sobre l'Estatut d'Autonomia de Catalunya*, vol. I, Barcelona, 1988, pàg. 276 (nota núm. 34).

territori, sense que tal vinculació impossibiliti la seva actuació extraterritorial mantenint el dret aplicable al seu estatut personal.

### 1.3 Normes delimitatives autonòmiques de l'àmbit d'aplicació

Per determinar quina norma s'aplica de les que concorren en el territori espanyol en matèria de fundacions, s'atendrà en un primer moment a l'àmbit d'aplicació que les pròpies normes delimitatives expressen. En aquest apartat deixarem de banda la discussió de la seva inconstitucionalitat, a la qual ja s'ha fet referència en la introducció del dret interregional espanyol. Es comprovarà a continuació que totes les lleis de fundacions que conviuen en aquest Estat plurilegislatiu determinen el seu àmbit d'aplicació i, per fer-ho, la connexió utilitzada generalment és la funció-activitat principal vinculada a un espai (un territori). Són normes caracteritzades com a unilaterals, per tant, que determinen l'aplicació de la mateixa norma on són contingudes de manera que no es remeten a cap altra norma. La determinació del seu àmbit d'aplicació es realitza en virtut de diferents criteris de connexió. Aquesta connexió és important que no s'excedeixi en l'àmbit d'aplicació, és a dir, s'ha de limitar a situacions vinculades amb la CA que l'adopta, en cas contrari, si la connexió fos excessiva podria provocar el refús per part de les altres CA. Així també ho expressa A. BORRÁS, "D'aquesta manera, mitjançant una norma unilateral el legislador autonòmic determina l'àmbit d'aplicació espacial d'aplicació de la norma. Però en aquest cas, existeix un límit derivat de la territorialitat de les normes autonòmiques. D'aquí que, per una part, ha d'existir una "vinculació raonable" del supòsit amb el territori (...)”<sup>1128</sup>. En relació a la naturalesa i conseqüències d'aquest tipus de normes, és il·lustrativa l'explicació de J.D. GONZÁLEZ CAMPOS:

“Ens trobem, doncs, davant una legislació que inclou normes de conflicte que poden ser qualificades com 'unilaterals', en la mesura en què el legislador autonòmic delimita l'àmbit d'aplicació en l'espai de la pròpia llei. (...) això implica que s'han de produir uns efectes jurídics directes *ad intra*. Però, malgrat estar circumscrit l'àmbit d'aplicació al propi territori, és possible que també es produeixin certs efectes o conseqüències jurídiques de la norma o de l'acte autonòmic *ad extra*, més enllà del territori de la Comunitat. (...) poden suscitar, conflictes de lleis en atenció a la delimitació espacial dels supòsits contemplats pels diferents legisladors. Fet que

---

<sup>1128</sup> A. BORRÁS, "Les ordres plurilégislatifs dans le Droit international privé actuel", *RCADI*, vol. 249, 1994-V, pàg. 288.

comporta directament l'examen de les connexions utilitzades, per tal de precisar el seu abast.”<sup>1129</sup>

En aquest punt, considerem interessant descriure el contingut de les normes delimitatives autonòmiques en matèria de fundacions, analitzant les connexions utilitzades, que en general són: “exerceixin les funcions *principalment, essencialment o, majoritàriament*, en un territori”. Per tant, utilitzen una connexió fàctica territorial, coincidint amb la Llei estatal de fundacions 50/2002, i amb la lletra dels respectius Estatuts d'autonomia. Per altra banda, estableixen, en general, l'obligació de domiciliació en el seu territori d'aquelles fundacions que desenvolupin principalment les seves activitats dins de l'àmbit territorial i, en ocasions, exigeixen la coincidència amb la seu del Patronat. Es presenten a continuació les lleis autonòmiques, deixant apartades les normes de rangs inferiors per sobrepassar el present estudi.

- Llei 9/2008, de 3 de juliol, de modificació de la Llei 8/1998, de 9 de desembre, de Fundacions de la Comunitat **Valenciana**<sup>1130</sup>. Segons el que disposa l'art. 1 sobre l'objecte i l'àmbit d'aplicació, la llei regula les fundacions de competència de la Generalitat valenciana, segons l'art. 49.23 de l'Estatut d'Autonomia, i es regiran per aquesta llei: les fundacions que hi desenvolupin principalment les seves funcions en el seu territori; les delegacions de les fundacions estrangeres que actuïn principalment en aquest territori; les fundacions que s'inscriguin en el Registre de fundacions valencià per desenvolupar una de les seves activitats principals a l'estranger. En el tercer apartat aclareix que per determinar la submissió a la present llei s'atendrà al que determinin els Estatuts de la fundació sobre l'àmbit territorial en què hagin de desenvolupar principalment les seves activitats.

---

<sup>1129</sup> J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “El marco constitucional de los conflictos internos en España”, *Europäischer Binnenmarkt Internationales Privatrecht und Rechtsangleichung*, Heidelberg, 1995, pàg. 21. Va ser amb la STC 37/1981, de 16 de novembre, que resol un recurs d'inconstitucionalitat interposat a alguns articles de la Llei basca 3/1981 sobre centres de contractació de càrregues en transports terrestres de mercaderies que admet l'extraterritorialitat de les normes autonòmiques: “la unitat política, jurídica, econòmica i social d'Espanya impedeix la seva divisió en compartiments estancs, i conseqüentment, la privació a les Comunitats autònomes de la possibilitat d'actuar quan els seus actes poguessin originar conseqüències més enllà dels seus límits territorials equivaldria necessàriament a privar-les, pura i simplement, de tota capacitat d'actuació.” Així mateix, respecte diversitat de matèries com seria per exemple, les cooperatives o la protecció dels consumidors que es regulen en les normes autonòmiques i que poden tenir efectes extraterritorials.

<sup>1130</sup> BOE n. 192 de 9.12.2008.

- Llei 4/2008, del 24 d'abril, del llibre tercer del Codi civil de **Catalunya** relatiu a les persones jurídiques<sup>1131</sup>. En el Títol I de Disposicions generals preveu en l'art. 311.1, l'Àmbit d'aplicació, en concret: b) les fundacions que exerceixen llurs funcions majoritàriament a Catalunya; c) Les delegacions a Catalunya d'associacions i fundacions regulades per altres lleis, incloses les que, d'acord amb la legislació estatal, tenen la consideració d'estrangeres, en els casos i amb els efectes que aquest llibre disposa. En l'art. 315.1 sobre els Registres de persones jurídiques, en el segon apartat, indica que s'inscriuen en els registres de persones jurídiques dependents de la Generalitat de Catalunya: a) les entitats subjectes al dret català; b) les delegacions d'associacions i fundacions estrangeres establertes a Catalunya, si hi exerceixen majoritàriament llurs activitats. En l'art. 331.9 sobre els Estatuts de la fundació, s'ha d'inscriure entre d'altres: c) el domicili; d) Les finalitats fundacionals i les activitats que es proposa a terme, indicant-ne l'àmbit territorial principal.

- Llei 1/2007, de 12 de febrer, de Fundacions de la Comunitat Autònoma de **La Rioja**<sup>1132</sup>. En l'art. 1 disposa que l'objecte de la llei és establir el règim jurídic de les fundacions que desenvolupin principalment la seva activitat en el territori de La Rioja, d'acord amb el que estableix l'art. 8.I.34 del seu Estatut d'Autonomia. Afegeix l'art. 5, que el domicili social de les fundacions objecte de la llei, radicarà en l'àmbit territorial de la Comunitat Autònoma de La Rioja. Les fundacions tindran el seu domicili estatutari en el lloc on es trobi la seu del seu patronat o bé en el lloc on desenvolupin principalment les seves activitats.

- Llei 12/2006, d'1 de desembre, de Fundacions **d'interès gallec**<sup>1133</sup>. Segons l'art. 1 la llei gallega té per objecte regular les fundacions d'interès gallec, i aquestes, segons l'art. 2, seran les que desenvolupin principalment les seves activitats i tinguin en el seu domicili en el territori de la comunitat autònoma. Vincula el domicili, amb el territori en què es realitzen principalment les activitats i, a més, segons l'art. 5.3, preveu la seva inscripció en el Registre de Fundacions d'Interès Gallec per a què pugui utilitzar la denominació (original) de 'Fundacions d'interès gallec'. En l'art. 11 d) obliga contenir en l'estatut de la fundació, el domicili de la fundació i l'àmbit territorial en què desenvoluparà principalment les seves

---

<sup>1131</sup> DOGC n. 5123 de 2.5.2008, que deroga la Llei 5/2001, de 2 de maig, de Fundacions de Catalunya BOE n. 134 de 5.6.2001, DOGC n. 3388, 15.5.2001.

<sup>1132</sup> BOE n. 59 de 9.3.2007. S'ha interposat: *Recurso de inconstitucionalidad n.º 4368-2007, en relación con los apartados 1 y 3 del artículo 37 de la Ley 1/2007, de 12 de enero, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de La Rioja*. BOE n. 151 de 25.6.2007 (sobre la fusió de fundacions).

<sup>1133</sup> BOE n. 14, 16.1.2007. Aquesta llei deroga la *Ley 7/1983, de 22 de junio, de régimen de las fundaciones de interés gallego*, i la Llei 11/1991, de 8 de novembre, de modificació de l'anterior.

activitats. No pot passar in advertit que aquesta llei gallega de 2006 ha modificat la connexió territorial que es contenia en les anteriors regulacions de 1983 i 1991, com s'exposarà en línies posteriors.

- Llei 10/2005, de 31 de maig, de fundacions de la Comunitat Autònoma d'**Andalusia**<sup>1134</sup>, en l'art. 1.1 estableix que s'aplica la llei a les fundacions de competència de la CA d'Andalusia segons el seu apartat tercer respecte "les fundacions que desenvolupin principalment les seves funcions a Andalusia (...) i així es disposi en els seus Estatuts". A continuació aclareix que aquestes són les fundacions que desenvolupen les activitats a Andalusia, sens perjudici de les relacions instrumentals que es pugui dur a terme amb tercers en un altre àmbit territorial. L'art. 6 disposa que hauran d'estar domiciliades a Andalusia les fundacions que desenvolupin principalment les seves activitats en el territori andalús, i aquest domicili estatutari amb el lloc on es trobi la seu del patronat, o bé, en el lloc en què desenvolupin principalment les seves activitats.

- Llei 12/2003, de 3 d'octubre, de reforma de la Llei 13/2002, de 15 de juliol, de Fundacions de **Castilla y León**<sup>1135</sup>. En l'art. 1 disposa que l'objecte de la llei és el règim jurídic de les fundacions que desenvolupin principalment les seves activitats en el territori de la Comunitat. El domicili de la fundació haurà de radicar en l'àmbit territorial de la Comunitat de Castilla y León (art. 5). S'hauran d'inscriure en el Registre de Fundacions de la Comunitat, les fundacions que desenvolupin principalment la seva activitat i compleixin els seus fins en l'àmbit territorial de la comunitat, fet que han de manifestar expressament en l'escriptura de constitució.

- Llei 1/1998, de 2 de març, de Fundacions de la Comunitat de **Madrid**<sup>1136</sup>. En el seu primer article es disposa que té per objecte la regulació de les fundacions de competència de la Comunitat de Madrid, perquè desenvolupen principalment les seves funcions en el seu territori. En l'art. 4 indica la necessitat d'estar domiciliades a Madrid les fundacions que hi desenvolupin les seves activitats dins del seu territori i, en concret, tindran el seu domicili social en el municipi on es trobi la seu de l'òrgan de govern<sup>1137</sup>.

---

<sup>1134</sup> BOE n. 156 de 1.7.2005.

<sup>1135</sup> BOE n. 183 de 1.8.2002 reforma: BOE n. 252 de 21.10.2003.

<sup>1136</sup> BOE n. 12.08.1998.

<sup>1137</sup> A aquesta llei es va interposar el recurs d'inconstitucionalitat 2544/1998, que es va resoldre amb la Sentència del TC 341/2005, de 21 de desembre de 2005 (BOE n. 17 suplemento, 20.1.2006). El recurs es centrava en la inconstitucionalitat dels art. 11.1 i 2; 17.2 últim incís; 24.3; 27.2; 28.2, incís final. La sentència només estima parcialment la inconstitucionalitat i nul·litat de l'incís de l'art. 17.2 i 24.3. El que



- Llei 2/1998, de 6 d'abril, de Fundacions **Canàries**<sup>1138</sup>, l'àmbit d'aplicació de la llei és respecte les fundacions que desenvolupen essencialment les seves funcions a Canàries, i aquestes seran les que tinguin el seu domicili en l'arxipèlag, “encara que es relacionin amb tercers fora d'ella mitjançant relacions instrumentals del seu tràfic assistencial, cultural o docent”. Les fundacions tindran el seu domicili en el lloc en què es trobi la seu del seu òrgan de govern (art. 2).

- Llei 1/1973, de la Compilació del Dret civil Foral de **Navarra**<sup>1139</sup>. Disposa que la condició de foral de Navarra de les persones jurídiques es determinarà pel seu domicili (*ley 15*); la Compilació es complementa amb la Llei 10/1996, de 2 de juliol, reguladora del règim tributari de les fundacions i de les activitats de patrocini<sup>1140</sup>, que disposa el seu àmbit d'aplicació respecte les fundacions constituïdes a l'empara de la Llei 44 de la Compilació de Navarra (art. 1). Ens detindrem especialment en aquesta connexió en línies posteriors.

---

ens interessa del recurs, és respecte la inadmissibilitat de clàusules de reversió o desafectació patrimonial de l'interès general, de manera que en cas de dissolució de la fundació el seu patrimoni retorni al patrimoni familiar per voluntat del fundador (art. 27.2). Es consideren perjudicades les fundacions genuïnes envers les noves fundacions fiduciàries “pues, compartiendo la misma denominación y aparente identidad en la naturaleza jurídica, no será posible saber qué fundación mantendrá afectado su patrimonio al interés general, incluso en el supuesto de extinción, cuál no”. Es manté que el legislador autonòmic madrileny no tenia competència per establir una regulació civil diferent, ja que aquesta està reserverdada al legislador estatal (exceptuant les Comunitats autonòmiques amb dret civil foral o especial), i també fonamentat en el mateix art. 34 Const. El lletrat de la Comunitat de Madrid, argumenta que la llei madrilenya no ampara les fundacions d'interès particular, “lo que no impide que, una vez extinguidas, a los bienes se les dé el destino previsto por el fundador, aunque ese destino no responda al interés general”. El TC estima constitucional l'art. 27.2, perquè no incompleix cap repartiment competencial, ara bé, respecte la contradicció amb la normativa bàsica i en concret l'art. 34 Const., especifica que la llei autonòmica pot establir que el fundador disposi la destinació dels béns liquidats, però que si es percep una desviació patològica en aplicació de la llei “de suerte que la liquidación produjera un lucro para el fundador (o para las personas físicas o jurídicas designadas por él), incompatible con el interés general que debe presidir el instituto de la fundación, el Estado de Derecho cuenta con instrumentos suficientes para arbitrar los controles oportunos que cada supuesto requiera, a la vista de la legislación civil y de la normativa concreta en materia de fundaciones. En tal sentido deberá tenerse en cuenta que la caracterización de las fundaciones como organizaciones sin afán de lucro no resultaría compatible con eventuales cláusulas de reversión que alcanzaran a bienes o derechos distintos de quéllos con los que el propio fundador dotó a la fundación.” (FJ7) Al respecte hi ha un vot particular formulat per la Presidenta M.E. Casas Baamonde. Mereix advertir, que la Compilació foral de Navarra, en la Ley 47, possibilita la reversió, sempre que així s'hagi disposat en l'acte fundacional o en els estatuts, a favor dels hereus del fundador o de determinades persones, siguin o no familiars, amb el límit de la ley 224 (sobre les substitucions fideïcomissàries).

<sup>1138</sup> BOE n. 108 de 6.5.1998, que derota la *Ley 1/1990, de 29 de enero, de Fundaciones Canarias*.

<sup>1139</sup> BOE ns. 57 a 63 de març de 1973.

<sup>1140</sup> BOE n. 244 de 9/10/1996. D'aquell mateix any és el *Decreto Foral 613/1996, de 11 de noviembre, por el que se regula la estructura y el funcionamiento del Registro de Fundaciones*.

- Llei 12/1994, de 17 de juny, de Fundacions del **País Basc**<sup>1141</sup>. La llei s'aplicarà, segons l'art. 2, a les fundacions que desenvolupin les seves funcions principalment al País Basc. En els seus estatuts hauran de constar el domicili, que necessàriament radicarà al País Basc, i l'àmbit territorial en què desenvoluparà principalment les seves activitats (art. 7.1 c) i e)).

Hi ha Comunitats Autònomes que no han aprovat una llei sobre fundacions, però que sí han previst la regulació sobre Registre i Protectorat de fundacions, com succeeix a Aragó<sup>1142</sup>, Astúries<sup>1143</sup> i les Illes Balears<sup>1144</sup>, en què es preveu l'àmbit d'aplicació també utilitzant la connexió de funcionalitat vinculat a un territori determinat.

Finalment, mereix ressaltar que Navarra<sup>1145</sup> i el País Basc<sup>1146</sup> compten amb normativa fiscal pròpia aplicable a les fundacions de la seva competència, mentre que la resta de fundacions, siguin de competència estatal o bé autonòmiques, resten sotmeses al mateix règim fiscal, per tant, el previst en la Llei 49/2002.

En l'actualitat, doncs, totes les lleis de fundacions utilitzen una connexió de funcionalitat (vinde d'activitat relacionat amb un territori) per determinar la llei aplicable a la fundació que es considera autonòmica. Aquesta legislació les acompanya (en relació a l'estatut personal), i poden comportar efectes extraterritorialment. De la lectura de les lleis autonòmiques també es desprèn que en tots els casos el domicili ha de coincidir amb l'àmbit territorial d'actuació i, en alguns casos, també s'exigeix la coincidència amb la seu del Patronat.

Abans de continuar és imprescindible ressaltar que, fins fa poc temps, no totes les connexions autonòmiques eren territorials. Hi havia una excepció en la derogada

---

<sup>1141</sup> BOPV n. 135 de 15.7.1994. Posteriorment: *Decreto 100/2007, de 19 de junio, por el que se aprueba el Reglamento del Protectorado de Fundaciones del País Vasco; Decreto 101/2007, de 19 de junio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Fundaciones del País Vasco.*

<sup>1142</sup> Decret 276/1995, de 19 de desembre, de la Diputació General d'Aragó, pel que es regula les competències en matèria de Fundacions i es crea el Registre de Fundacions.

<sup>1143</sup> Decret 34/1998, de 18 de juny, pel qual es crea i regula el registre de Fundacions Docents i Culturals d'Interès General del Principat d'Astúries, modificat pel Decret 12/2000. En l'art. 2, disposa que la norma és d'aplicació respecte les fundacions que desenvolupin principalment les seves funcions en el Principat d'Astúries.

<sup>1144</sup> Decret 61/2007 de 18 de maig, de regulació del Registre Únic de Fundacions de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears i d'organització de l'exercici del protectorat (BOIB, n. 77, 24.5.2007).

<sup>1145</sup> *Ley Foral 10/1996, de 2 de julio, reguladora del régimen tributario de las fundaciones y de las actividades de patrocinio.*

<sup>1146</sup> Álava - *Norma Foral 16/2004 de 12 de julio, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos e incentivos fiscales al mecenazgo*; Guipúzcoa - *Norma Foral 3/2004 de 7 de abril, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo*; Vizcaya - *Norma Foral 1/2004, de 24 de febrero, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo.*

llei gallega de 1983 (que mantenia la posterior llei de modificació de 1991). En l'art. 1 de la norma gallega, es disposava que l'àmbit d'aplicació de la llei eren les “fundacions d'interès gallec”, i aquestes eren “les que estant domiciliades o desenvolupant principalment les seves funcions a Galícia, estiguin constituïdes per persones naturals o jurídiques que destinin o afectin un patrimoni a la realització sense afany de lucre de fins d'interès general en benefici de persones no determinades individualment”. Continuava en l'apartat 3 “en el cas de les fundacions que tinguin per objecte la consecució de fins d'interès gallec i en les que concorren conjuntament les característiques de desenvolupar les funcions principalment fora de la Comunitat Autònoma i no tinguin el domicili a Galícia, el fundador podrà encomanar a la Junta de Galícia tasques concretes de salvaguarda de la seva voluntat sempre que no siguin contràries a la normativa que resulti d'aplicació”. Distingia, doncs, les fundacions que eren d'interès gallec i que actuaven en territori gallec, de les que no actuaven en aquest territori però que es consideraven d'interès gallec per l'activitat que desenvolupaven. Aquestes últimes havien estat desenvolupades en el Decret 248/1992, de 18 de juny, Reglament d'organització i funcionament del Protectorat de les fundacions d'interès gallec. L'objectiu era que les fundacions que no actuaven en territori gallec però que tenien per objecte la consecució de fins d'interès per Galícia, també els fos d'aplicació la Llei gallega. Per tant, podem afirmar que aquesta regulació autonòmica tenia efectes extraterritorials. La utilització de connexions disperses comportava que fundacions no domiciliades a Galícia fossin considerades d'interès gallec per desenvolupaven fins gallecs, però també, que fundacions simplement domiciliades a Galícia també fossin d'interès gallec<sup>1147</sup>.

La utilització de connectors diferents respecte les altres lleis autonòmiques, així com l'estatal o estrangera, podien suscitar conflictes de lleis positius. Per exemple, una fundació domiciliada a Galícia se li aplicaria la Llei gallega de fundacions, però si aquesta fundació desenvolupés les seves principals activitats a Catalunya (amb fins d'interès gallec), també li seria d'aplicació la llei catalana en virtut del seu text legal, considerant-la fundació catalana per l'àmbit d'actuació principal. La situació seria de conflicte entre dues normes unilaterals autonòmiques que

---

<sup>1147</sup> Per la seva determinació, en el mateix Reglament, art. 2, apartat 1.2 entenia que una fundació desenvolupava principalment les funcions a Galícia quan concorrien conjuntament els següents requisits: “a) Que el conjunt dels seus actius que radiquin o es trobin dipositats en territori de la CA tinguin un valor d'inventari superior a la meitat total dels seus béns inventariats; i b) Que habitualment inverteixin o destinin a Galícia la part més important del seu pressupost de despeses, o bé que desenvolupin a Galícia el més rellevant de les seves funcions.” El legislador gallec, era plenament conscient que atribuïa a Galícia una competència més àmplia i diferent respecte el criteri utilitzat per les altres legislacions autonòmiques (vegeu l'exposició de motius de la Llei de Fundacions gallega).

preveien el seu àmbit d'aplicació sobre la mateixa fundació. En aquest cas, una possible solució seria utilitzar el criteri del domicili de l'art. 41 CCEsp, complementat per l'art. 6 Llei 50/2002, i entendre que la llei aplicable seria la del lloc on es situa el Patronat, ara bé, s'estaria desplaçant el vincle legalment previst en els Estatuts d'autonomia i el criteri previst pel legislador estatal, fonamentat en el "principal lloc d'actuació". En el supòsit plantejat, la fundació podria tenir el domicili a Galícia, però les activitats a Catalunya, dues possibilitats que contemplava la norma gallega i que resultava difícil d'aplicar sense deixar sense eficàcia l'altra norma autonòmica, o l'estatal. Podria comportar, a més, un conflicte de competències, de manera que la llei gallega s'extralimitava quan a més de regular les fundacions domiciliades en el seu territori, també ho feia respecte fundacions que desenvolupessin principalment les activitats en un altre territori.

Aquest problema ha estat percebut pel legislador gallec, raó per la qual es dedueix que s'ha modificat el vigent art. 2 de la Llei de Fundacions d'interès gallec de 2007, ja que no es fa esment a tal problemàtica en l'Exposició de Motius. Recordem que actualment, l'art. 2 utilitza la mateixa connexió que la resta de lleis autonòmiques i que l'estatal per determinar el domicili, que correspondrà al lloc en què desenvolupen principalment les seves activitats, que també serveix per determinar o subjectar la fundació a una determinada llei.

Subsisteix una altra norma autonòmica que estableix un criteri diferent a la resta de lleis de fundacions, es tracta de la Llei 44 de la Compilació de Dret Civil Foral de Navarra. Tal llei s'aplica a les "fundacions constituïdes segons el Dret Foral de Navarra". Per conèixer quan s'apliquen les normes navarreses s'ha d'atendre al títol primer de 'persones jurídiques' de la Compilació, en concret, en la Llei 42 es disposa que la Diputació foral de Navarra pot atorgar o reconèixer personalitat jurídica com a corporació, associació o fundació a les institucions o serveis que radiquin a Navarra. Segons l'art. 15 i 16 de la mateixa Compilació la condició de foral de Navarra de les persones jurídiques es determina pel seu domicili, per tant, tindrien la condició de fundacions navarreses les domiciliades a Navarra i constituïdes pel seu dret. Utilitza la teoria de constitució, ja explicada, condicionant la coincidència entre el domicili estatutari i la llei de constitució de la fundació. No obliga, però, que el domicili coincideixi amb el territori on es desenvolupa principalment l'activitat, de manera que es possibilita que existeixin fundacions domiciliades a Navarra, constituïdes segons el Dret navarrès, però que desenvolupin les seves principals activitats en una altra CA. Tampoc exigeix que el domicili coincideixi amb el lloc on es troba el Patronat. En aquesta norma no s'utilitza cap dels dos criteris per determinar el domicili previst en l'art. 6 de la

Llei 50/2002, ja que no cal que el Patronat estigui domiciliat a Navarra, i tampoc que hi desenvolupi les seves activitats de forma principal. Només es requereix que el domicili s'estableixi en el lloc segons el Dret del qual s'ha constituït. Posteriorment, en la *Ley Foral 10/1996, de 2 de julio, reguladora del régimen tributario de las fundaciones y de las actividades de patrocinio*, que és d'aplicació a les Fundacions constituïdes a l'empara de la Llei 44 de la Compilació de Dret Foral de Navarra, preveu en l'art. 5 c) que en els estatuts haurà de constar, "el domicili de la Fundació i l'àmbit territorial en què hagi de desenvolupar principalment les seves activitats". Per tant, no desapareix la possibilitat que una fundació es pugui constituir segons el dret navarrès i que s'apliqui el dret fiscal de Navarra a una Fundació que tingui el domicili i l'àmbit d'actuació en un altre territori, ja que la norma no constreny en cap cas que el domicili hagi d'estar a Navarra, ni tampoc que s'hagi de desenvolupar l'acció en aquesta CA. Poden sorgir inevitablement conflictes de lleis, que atenent a la norma que s'hauria d'utilitzar, com es desenvoluparà posteriorment, l'art. 9.11 CCEsp en relació a l'art. 41 CCEsp o l'art. 6 LF 50/2002, no soluciona la determinació de la llei, ja que el domicili es pot establir, o bé per lloc on radica el govern de la fundació, o bé, pel lloc on radiquen les activitats, sense contemplar la tercera possibilitat que introdueix de forma unilateral la llei navarresa, el domicili estatutari (teoria de la incorporació)<sup>1148</sup>.

Es podria intentar titllar, a semblança del que succeeix en matèria de successions interregionals, d'ús fraudulent de la normativa navarresa, ja que les fundacions podrien construir-se segons el Dret de Navarra, regint-se per aquest, i actuar en un altre territori, gaudint dels beneficis fiscals navarresos, ja que Navarra (així com el País Basc) disposen d'Hisenda pròpia concertada amb l'estatal, evitant l'aplicació d'una altra normativa autonòmica o de l'espanyola, atenent el criteri de seu social o d'explotació. El problema no escapa de l'observació dels internacionalprivatistes, per exemple, J.D. GONZÁLEZ CAMPOS expressava en relació a la diversitat de punt de connexió utilitzats en les normes unilaterals

---

<sup>1148</sup> "Mas lo cierto es que la proliferación de leyes autonómicas de fundaciones no sólo determina una duda razonable en el régimen jurídico aplicable (por ejemplo, de aceptar las soluciones autonómicas, una fundación de interés gallego, constituida conforme a la ley navarra, para desempeñar su actividad principal en Cataluña, estaría aparentemente regulada por las tres legislaciones) por mor del tradicional descuido de la legislación estatal en el establecimiento de normas claras para la resolución de los "conflictos de leyes internos", sino que también genera un notable grado de incertidumbre en las fundaciones extranjeras que pretendan ejercer su actividad principal de forma estable en España". S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "Recensión a GARDEÑES SANTIAGO, M.: *Las fundaciones en Derecho internacional privado español*. Fundación Centro de Estudios Comerciales, Madrid, 2003, 263 pp.", *REDI*, 2004-1, pàg. 624. En relació a l'anterior llei de fundacions d'interès gallec, M. GARDEÑES SANTIAGO, *Las fundaciones en derecho internacional privado español*, Madrid, Eurolex, 2003, pàg. 182.

utilitzades pels legisladors autonòmics, “(...) encara que no existeixi vulneració de l'ordre competencial en la limitació de l'àmbit espacial del Dret autonòmic, és possible que les divergències de dos o més legisladors de les distintes Comunitats quan adopten el criteri o criteris de connexió dels supòsits amb el territori pugui generar un conflicte de lleis, positiu o negatiu, afectant a l'exercici dels drets dels particulars”. Continuava expressant la seva reserva respecte la utilització de les normes per resoldre els conflictes de lleis contingudes en el Codi civil espanyol per resoldre els conflictes positius, “donat que no només són de distinta naturalesa les matèries en els que aquests es susciten sinó també els caràcters propis d'aquests conflictes de lleis”<sup>1149</sup>. S'ha comprovat que, en matèria de fundacions, les normes unilaterals autonòmiques poden provocar aquests conflictes de lleis de ‘segon nivell’, vegem a continuació com l'art. 9.11 CCEsp, destinat a resoldre els conflictes interregionals, tampoc aporta una solució satisfactòria.

#### **1.4 La determinació de la llei aplicable: l'insuficient art. 9.11 CCEsp**

Per determinar la llei aplicable quan s'origina un conflicte de lleis intern en matèria de fundacions, que no es resol a priori per la norma delimitativa del seu propi àmbit d'aplicació, caldrà atendre a la norma de conflicte prevista en el sistema espanyol de resolució de conflictes interns. Per tant, coexisteix una doble connexió, una territorial del lloc en què es desenvolupen les funcions a través de les normes autolimitades, i una connexió personal de la persona jurídica fundació<sup>1150</sup>.

---

<sup>1149</sup> J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “El marco constitucional de los conflictos internos en España”, *Europäischer Binnenmarkt Internationales Privatrecht und Rechtsangleichung*, Heidelberg, 1995, pàg. 23-24; 32.

<sup>1150</sup> Aquesta dualitat està expressada en l'apunt que fa ARCE JANÁRIZ en referència a la llei personal de les persones jurídiques i la seva plasmació pràctica en dret interregional quan estudia la STC de cooperatives basques. Expressa la problemàtica de la infortunada regulació. “Subyace en este planteamiento (*fa referència al FJ5*) una disyuntiva de gran trascendencia entre la utilización de una conexión personal y su sustitución por una conexión territorial centrada en el lugar donde se desarrolle la actividad y las relaciones instrumentales de las cooperativas. Se trata, en fin, de mantener, adaptada al sistema interregional, la regla de Derecho internacional privado contenida en el artículo 9.11 del C.c. (...), o, por el contrario, de introducir en su lugar una regla distinta de signo territorial, o por mejor decir, de estatuir una conexión doble, articulada en el artículo 9.11 para las relaciones cooperativas internas y en la aplicación del Derecho (del territorio) del lugar de realización para las actividades instrumentales.” A. ARCE JANÁRIZ, “Claves constitucionales de revisión de conflictos internos”, *REDI*, 1984, pàg. 551-552, (nota núm. 8). Així mateix, A. BORRÁS, considera que en el sistema espanyol, malgrat es pretengui sostenir que només existeix un sol sistema de reglamentació de conflictes interns, el previst en el Codi civil espanyol a través de normes de conflicte, existeixen també normes de delimitació en les diferents normes autonòmiques. A. BORRÁS, “Les ordres plurilégislatifs dans le Droit international privé actuel”, *RCADI*, vol. 249, 1994-V, pàg. 252 i ss. Amb l'exemple de les regulacions sobre fundacions, veiem com en dret interregional espanyol existeix la tècnica de reglamentació, consistent aquesta en incloure en les lleis materials normes que delimitin el seu propi àmbit d'aplicació. El resultat de l'aplicació d'aquesta tècnica, l'hem apuntat en les línies precedents, és que determinen la llei aplicable a les fundacions sense que s'origini un conflicte de

En àmbit interregional, la norma de conflicte aplicable és la prevista en l'art. 9.11 CCEsp, en virtut de l'art. 16 CCEsp que, recordem, remet la resolució de conflictes de lleis que puguin sorgir per la coexistència de distintes legislacions civils en el territori de l'Estat, a les normes del capítol IV del CCEsp, aquestes són les normes de Dret internacional privat amb algunes particularitats. Aquest art. 9.11 CCEsp està redactada en clau internacional, per això, utilitza com a connexió la 'nacionalitat' de la persona jurídica per determinar la llei aplicable al seu estatut personal, connexió que perd utilitat en àmbit interregional<sup>1151</sup>. Per aquest motiu, s'hauria de substituir per una connexió territorial, raonament que s'interpreta de la jurisprudència constitucional a través del 'domicili social'<sup>1152</sup>. Fem extensiva aquesta interpretació en l'àmbit de fundacions, de manera que en àmbit interregional es determinarà la seva llei aplicable a través del domicili de la fundació. Per determinar el domicili d'una fundació disposem de la norma general continguda en l'art. 41 CCEsp, segons la qual, si no s'ha fixat el domicili en els estatuts, el domicili de la persona jurídica s'entendrà que el té en el lloc en què es trobi establerta la seva representació legal, o bé, on exerceixi les principals funcions del seu institut. Aquest article es complementa amb la norma especial continguda en la Llei estatal de fundacions 50/2002, que en l'art. 6, dedicat al domicili i d'aplicació general a tot l'Estat, estatueix una doble possibilitat de vinculació per determinar el domicili d'una fundació, per una banda 'la seu del Patronat' o bé, 'el lloc on es desenvolupa principalment la seva activitat en un territori', coincideix doncs amb l'art. 41 CCEsp. La doble possibilitat per determinar el domicili (lloc de seu del Patronat o lloc on es desenvolupa principalment la seva activitat) hauria de coordinar-se amb les normes de l'àmbit d'aplicació de les lleis autonòmiques (basades en els respectius Estatuts d'autonomia) i de la llei estatal, que en general preveuen com a criteri el 'lloc principal d'actuació'. Però no es dona tal coordinació. Per això, com assenyala M. GARDEÑES, no admètriem l'aplicació d'aquest art. 6 LF 50/2002 com a norma de dret interregional espanyol, que advoca per una doble possibilitat, contravenint la

---

lleis, també hem precisat que hi ha unes excepcions a aquesta tècnica, de manera que hi ha la possibilitat de que s'originin conflictes de lleis que es resoldran mitjançant el sistema previst en el Codi civil.

<sup>1151</sup> Segons l'ordenament jurídic espanyol, la constitució d'una fundació, es realitzarà necessàriament a través d'una persona jurídica (art. 4LF) norma bàsica d'aplicació en tots els ordenaments coexistents (DF1ªLF). Com a persona jurídica se li aplicarà la llei que regula el seu estatut personal (capacitat, constitució, representació, funcionament, transformació, dissolució i extinció).

<sup>1152</sup> Vegeu la STC 72/1983, de 29 de juliol, relativa al recurs d'inconstitucionalitat interposat contra la Llei basca de cooperatives. En concret, en els vots particulars dels Magistrats DÍAZ PICAZO i RUBIO LLORENTE, critiquen al TC per haver deixat passar l'oportunitat d'aprofundir en la possible regionalitat de les persones jurídiques. Posteriorment, amb la STC 48/1988, de 22 de març, sobre Caixes d'estalvi, disposa com a criteri de vinculació d'aquestes amb la norma autonòmica que la regiran, a través del seu 'domicili social' (FJ 4).

connexió fàctica, ‘lloc en què es desenvolupi principalment les seves activitats’ de la pròpia llei espanyola de fundacions i dels Estatuts d’Autonomia. Això no obsta que les lleis autonòmiques sobre fundacions estableixin la necessitat de coincidència entre el lloc d’actuació principal de la fundació i el seu domicili, com s’ha indicat anteriorment<sup>1153</sup>.

### **1.5 Les conseqüències implícites de la plurilegislatió en matèria de fundacions: ‘race to the bottom a l’autonòmica’**

Quan es fa referència a la fundació com a entitat jurídica híbrida s’indica que li és d’aplicació la normativa privada i pública sobre aquest mateix subjecte<sup>1154</sup>. Per això, en referència a les normes de dret interregional, se la situa en una doble vessant, com a conflicte de lleis de dret civil (per determinar la *lex foundationis*) i, alhora, com a matèria de dret públic econòmic (per determinar el Protectorat competent que la supervisa i a qui s’ha de retre comptes). La pluralitat de registres autonòmics ha originat qüestions espinoses sobre la seva naturalesa i possible inconstitucionalitat, que deixem apartades<sup>1155</sup>. Sigui com sigui, els registres de

---

<sup>1153</sup> Podríem estar d’acord amb el raonament M. Gardeñes que nega a l’art. 6.2 LF la condició de norma de Dret interregional: “(...) la adscripción estatal o autonómica de una fundación – y, en consecuencia, la determinación de la ley estatal o autonómica a la que quede sometida – se determina, no por su sede o domicilio, sino por el ámbito territorial de sus principales actividades. Es decir, el hecho de que una fundación ubique su domicilio en uno u otro lugar no puede tener por resultado un cambio en la ley que le resulte aplicable, puesto que, por imperativo de los Estatutos de Autonomía, ésta dependerá de su ámbito territorial de actuación, no de su domicilio. Por este motivo, entendemos que la norma sobre domicilio del art. 6.2 LF no permite resolver los conflictos de leyes en el seno del Estado español. En consecuencia, corresponderá a cada Comunidad Autónoma determinar si las fundaciones de su competencia están o no obligadas a situar su domicilio estatutario dentro de su ámbito territorial y, por tanto, la regla alternativa sobre domicilio del art. 6.2 LF sólo sería aplicable a las fundaciones de competencia estatal, y ello a pesar de lo que diga la Dips. Final 1ª, 2 a) LF.” M. GARDEÑES SANTIAGO, “Nota a la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones”, *AEDIPr*, 2004, pàg. 372. Certament, per determinar la regulació aplicable, l’adscripció a un Protectorat en concret, s’utilitza com a criteri per part de les normatives autonòmiques (autolimitades) i per les mateixes de l’Estat, el criteri del desenvolupament principal de l’activitat en el territori d’una CA, o en tot el territori estatal o de més d’una CA (les fundacions de competència estatal), amb independència de quin sigui el seu domicili. G. PALAO MORENO; A. CUENCA GARCÍA, “Artículo 6. Domicilio”, J. OLAVARRÍA (coord.), *Comentarios a la Ley de fundaciones*, Tirant lo blanch, València, 2008, pàg. 186-187.

<sup>1154</sup> A títol de recordatori, LL. PUIG I FERRIOL: “Això indica que la llei catalana de fundacions és en part una llei que conté elements de dret privat, ja que regula l’exercici d’un dret privat del qual en resulta la creació d’una persona jurídica de tipus fundacional, la seva capacitat, domicili i extinció; i és a la vegada una llei que conté elements de dret públic, com són els que fan referència a la funció del protectorat de les fundacions, que implica sotmetre a un control públic l’exercici del dret de fundació i l’actuació de la persona jurídica de tipus fundacional.” LL. PUIG I FERRIOL “Les fundacions privades catalanes”, LL. PUIG I FERRIOL; E. ROCA I TRIAS, *Instituciones del dret civil de Catalunya. Dret de la persona i dret de família*, vol. II, Tirant lo Blanch, València, 1998, pàg. 275. *Vid.* part I, cap. I, apartat 2.

<sup>1155</sup> Ens remetem a l’explicació de la primera part de l’estudi. *Vid.* part I, cap. II, apartats 1.2.1 i 1.2.2; 1.3.2 (Espanya). Afegim que la pluralitat de regulacions de registres comporta diferències de criteris en el procediment d’inscripció. “En el extremo analizado la normativa estatal perjudica, en relación con lo establecido en las legislaciones autonómicas, a los titulares del derecho de fundación que ejerciten el mismo al amparo de aquélla. En función del lugar en el que se constituya la fundación, y puesto que el legislador ha elegido el criterio de la territorialidad para definir el ámbito de aplicación de cada una de las



fundacions exerceixen control respecte el compliment dels requisits que han d'acomplir les fundacions en el moment de la inscripció i són l'instrument de publicitat formal respecte els tercers que es relacionen amb la fundació. Aquests registres intervenen també posteriorment, per exemple, respecte les modificacions dels estatuts o de la dotació, els nomenaments i canvis dels membres del Patronat, la fusió i l'extinció, així com són els dipositaris de documents com el pla d'actuació o els comptes anuals. Pluralitat de Comunitats Autònomes compten amb registre de fundacions a l'igual que de Protectorats, els quals, en ocasions, assumeixen la funció de registre. L'Administració General de l'Estat s'ocupa del Registre i supervisió de les fundacions de competència estatal (i respecte les delegacions estrangeres que actuen en tot el territori de l'Estat o en més d'una CA de forma principal, que serien les delegacions de fundacions estrangeres de competència estatal). Tal escomesa l'exerceixen els Ministeris corresponents segons la matèria o objectius fundacionals, per tant, hi ha pluralitat de Protectorats. Igual succeeix respecte els registres, que mentre no entri en funcionament el Registre de fundacions de competència estatal, estan vinculats a cada Protectorat, per tant, als Ministeris<sup>1156</sup>. Per altra banda, en àmbit autonòmic, els Protectorats poden raure en una sola institució que també exerceix el registre, o bé, dividir-se per matèries adscrites a diferents conselleries o departaments<sup>1157</sup>.

La pluralitat de normes de dret privat, de Protectorats i de Registres que s'apliquen a través d'una connexió fàctica d'actuació territorial, absolutament variable, comporta la possibilitat de conflicte mòbil, i la subsegüent inseguretat jurídica a les pròpies fundacions. L'imperatiu del sotmetiment als Protectorats territorials i, per tant, a la llei del territori quan es desenvolupa principalment

---

leyes autonómicas, concretamente el lugar en el que la fundación realice principalmente sus funciones, en unos casos habrá que esperar a que el Protectorado emita el preceptivo y vinculante informe previsto en el artículo 35.1.a) de la Ley de Fundaciones y en otros no.” V. DE PRIEGO FERNÁNDEZ, “Consideraciones sobre las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de fundaciones”, *RDP*, 2004, pàg. 655.

<sup>1156</sup> Els diferents Departaments Ministerials implicats segons les finalitats de les fundacions són: Ministerio de Cultura (culturals, artístics i de patrimoni històric cultural); Ministerio de Educación y Ciencia (docents, d'investigació científica i esportius); Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación (ensenyament agrícola i ramaderia, divulgació de temes relacionats amb l'agricultura, pesca i alimentació); Ministerio de Medio Ambiente (defensa del medi ambient i la naturalesa); Ministerio de Industria, Turismo y Comercio (desenvolupament de la societat de la informació i desenvolupament tecnològic) i, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (laborals, beneficoassistencials, de discapacitat i tota la resta).

<sup>1157</sup> Aquests Protectorats poden ser exercits per a un òrgan administratiu únic, o per diversos, és a dir, poden ser centralitzats o descentralitzats. Tenen un sol Protectorat: Aragó, Canàries, Cantàbria, Catalunya, Castilla-La Mancha, Extremadura, La Rioja, País Basc, País Valencià. Disposen de Protectorat múltiple: Balears, Galícia, Madrid, Múrcia, Navarra, Castilla-León, Andalusia, Astúries. La diversitat de Protectorats és valorat de dues maneres diferents: negativament per possibilitar actuacions i criteris diferents d'un Protectorat a un altre, o bé, positivament per entendre que des dels departaments més propers als fins de les fundacions és més fàcil exercir les tasques del Protectorat.

l'activitat en aquest, amb obligacions de domiciliació, plantegen la necessitat de determinar si la seva actuació és principal o no, amb indiferència del que es disposi en els estatuts de la fundació. L'activitat que duen a terme les fundacions pot variar d'un projecte a un altre, en diferents períodes de temps i amb distinta intensitat, comportant el canvi territorial d'actuació i, correlativament canvi de llei aplicable i de retruc d'administració pública competent de control. La utilització d'un concepte jurídic indeterminat com és el lloc principal d'activitat, difícil de mesurar, considerem que implica la utilització d'altres criteris que auxiliïn en la seva determinació, som seria el domicili estatutari de la fundació, la seu del Patronat o la voluntat fundacional. A la pràctica, quan els Protectorats han de determinar la llei aplicable a una fundació acudeixen als seus estatuts, de manera que el domicili que consti, o l'espai territorial d'actuació previst, és l'indicador de la llei aplicable al seu estatut personal.

Per altra banda, les fundacions legalment constituïdes pel dret d'una CA, o de competència estatal que actuen en el territori d'una altra CA, tenen competència per actuar i participar en projectes en d'altres territoris, però només quan l'actuació no és permanent o regular. En cas contrari, s'exigeix la constitució d'una delegació. Efectivament, les activitats que es duen a terme en un territori autonòmic (que no siguin principals), s'han de sotmetre igualment al control del Protectorat i, per això, s'exigeix la constitució de delegacions (art. 7 LF 50/2002, i les normes anàlogues autonòmiques).

Per contra, si l'actuació és principal s'exigiria el trasllat del domicili estatutari, per tant, adaptació dels estatuts i nou registre (creació quasi *ex novo*), en cas contrari no tindria per què reconèixer-se la seva condició de fundació (art. 7 LF 50/2002). La necessitat de traslladar la seu, el sotmetiment a distints Protectorat, la creació de delegacions (temporals) pot conduir, i així succeeix, que les fundacions optin per constituir-se directament com a fundació de competència estatal. Això no obsta que els Protectorats autonòmics puguin detectar que l'activitat d'una fundació de competència estatal que es desenvolupi principalment en el seu territori puguin exigir (tot i que no hi ha mecanismes coercitius al respecte), que es reconverteixi en una fundació autonòmica (mesura que també podria resultar temporal). La situació exposada, és a dir, una fundació de competència estatal o autonòmica que realment realitza les seves principals activitats en una determinada CA, xoca amb la legislació vigent, i condueix al Protectorat del territori on realment es duu a terme l'activitat principal, a sol·licitar-ne la seva transformació. No hi havia cap normativa que preveïés aquesta situació, fins l'actual Reglament del Registre de fundacions de competència estatal, que ha

introduït en l'art. 40.3, referent a la cancel·lació registral de fundacions, un apartat dedicat precisament a la situació d'alteració de l'àmbit territorial d'actuació de la fundació<sup>1158</sup>. El supòsit previst fa referència al trasllat de registre d'una fundació de competència estatal a un registre autonòmic, de manera que “es seguiran els tràmits previstos per a les modificacions estatutàries, procedint l'Encarregat del Registre a notificar, d'ofici, al registre autonòmic corresponent tal circumstància per a què procedeixi a la inscripció de la fundació en aquest registre. Un cop es notifiqui al Registre la inscripció assenyalada, es procedirà a la cancel·lació del full i al trasllat, d'ofici, de còpia de l'aquesta al registre autonòmic competent.”<sup>1159</sup>

Davant d'aquest panorama prou complicat, s'ha d'afegir un altre problema que ratlla la inconstitucionalitat. Sovint un dels requisits per atorgar subvencions públiques a una fundació és que aquesta actuï principalment en el seu territori (en el cas de les CA) i, en el cas de les subvencions estatals, s'exigeix que les fundacions siguin de competència estatal<sup>1160</sup>. Considerem que la utilització del criteri de l'àmbit d'actuació principal per atorgar subvencions s'hauria de refusar, donat que provoca discriminacions en base a la llei personal de la fundació. D'entre els criteris exigibles en la convocatòria d'una subvenció, destacaria la legalitat o validesa de la fundació, amb independència del seu origen, juntament amb la valoració de la seva capacitat (infraestructura, experiència, projecte, etc.) per acomplir la finalitat objecte de la subvenció. En les subvencions autonòmiques un criteri que es podria admetre, depenent del tipus d'activitat,

---

<sup>1158</sup> Es preveia ja en l'art. 54.4.e) del Reglament de Fundacions de Competència Estatal, com a competència de la *Comisión de Cooperación y Información Registral*: “e) Establecer los criterios de actuación para el traslado de la fundación de un registro a otro diferente, en el caso de que la fundación haya cambiado el ámbito territorial en el que principalmente vaya a desarrollar sus actividades.”

<sup>1159</sup> Concordat amb l'art. 52 del mateix Reglament, sobre cancel·lació de denominacions, en què un dels supòsits seria la cancel·lació del full corresponent, exceptuant de cancel·lació quan sigui un mer trasllat a un altre registre de fundacions en motiu de la modificació de l'àmbit territorial en el qual principalment vagi a desenvolupar les seves activitats la fundació de competència estatal o la delegació estrangera. En tal sentit, ja havia iniciat a legislar-se a Catalunya en la proposta legislativa del Llibre III del CCCat en la DA2<sup>a</sup> que finalment es va retirar i adaptar en l'art. 311-9 sobre Fundacions i Associacions regulades per altres lleis; i a tenor de la lletra del Reglament s'ha proposat en l'esborrany d'avantprojecte de Llei de l'exercici de les funcions del protectorat sobre fundacions i associacions declarades d'utilitat pública.

<sup>1160</sup> Per exemple: *Orden JUS/637/2007, de 28 de febrero, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones a fundaciones en el ámbito de la justicia*. “Beneficiarios.-Podrán ser beneficiarios de las ayudas previstas en la presente Orden las fundaciones que reúnan las siguientes características: 1. Que desarrollen su actividad relacionada con la Justicia en todo el territorio del Estado o principalmente en el territorio de más de una Comunidad Autónoma”. Un altre exemple: *Orden de 7 de septiembre de 1998* (...) “Artículo 2. Prioridades del Programa de Cooperación "Mujeres y Desarrollo". Los proyectos, que serán seleccionados por el Instituto de la Mujer, han sido presentados previamente por diversas organizaciones no gubernamentales de América Latina y el Caribe, tienen un período de realización de un año y se ajustan a las siguientes prioridades: a) Prioridades geográficas: América Latina y el Caribe. (...) Artículo 3. Requisitos de las entidades solicitantes. a) Ser personas jurídicas legalmente constituidas. b) Carecer de ánimo de lucro. c) Tener como fines institucionales la cooperación internacional al desarrollo. d) Ser de ámbito estatal.”

seria disposar de la infraestructura suficient en el territori; així mateix en les subvencions estatals quan la finalitat subvencionada també es pugui concretar en un espai territorial. De fet, la majoria de finalitats fundacionals són de caràcter tan general que tret de les fundacions que tenen com objectiu beneficiar a un àmbit territorial predefinit i circumscrit (p. ex. preservació d'un habitat natural concret; promoció d'una activitat cultural local), no resulta lògic delimitar l'espai (p. ex. beca d'investigació, projecte de desenvolupament a un tercer país). La utilització de l'adscripció territorial o legal de les fundacions per atorgar subvencions ha generat la proliferació de delegacions de fundacions en totes les CA, així com sol·licituds de transformació de fundacions autonòmiques en fundacions de competència estatal.

S'ha originat, doncs, un mercat d'elecció de sotmetiment a un Protectorat o a un altre (estatal o autonòmic) en virtut de diferents factors, com la cerca de les subvencions públiques més generoses o el nivell d'exigència i de rigor en el procediment de constitució de la fundació o en l'exercici posterior de control del Protectorat escollit, ja que varia d'ordenament a ordenament. ¿Aquesta situació estaria originant les bases d'un *'race to the bottom'* a l'autonòmica en matèria de fundacions?

El context jurídic vigent ens condueix a reiterar que la connexió "lloc on es desenvolupin principalment les activitats" no seria la més encertada, ja que provoca indeterminació i variabilitat en la llei aplicable, consegüentment inseguretats jurídiques i poca eficiència. Potser caldria determinar una altra connexió, malgrat ser la contemplada en els Estatuts d'autonomia i la utilitzada en llei estatal de fundacions. Es podria optar, per exemple, per la teoria de la constitució, tal i com es preveu en la llei navarresa de fundacions, o la regulació de les caixes d'estalvi<sup>1161</sup>. Efectivament, es donaria cabuda a l'autonomia de la voluntat del fundador en l'elecció de la *lex fundationis* i, de retruc, el Registre i Protectorat competents. De fet, seria com en l'actual sistema vigent, amb l'important matís

---

<sup>1161</sup> Les caixes d'estalvi, malgrat ser una matèria també susceptible de ser regulada territorialment per ordenaments autonòmics, malgrat algunes disposicions de caràcter general per part del legislador espanyol, el punt de connexió per determinar la llei aplicable no és l'àmbit espacial d'actuació, en concret "lloc d'actuació principal", sinó el de domicili central. Així es recull de nou en el text refós de la Llei de caixes d'estalvi de Catalunya, art. 1.1 "Aquesta Llei s'aplica a les caixes d'estalvis amb domicili central a Catalunya" Decret legislatiu 1/2008, d'11 de març, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei de caixes d'estalvis de Catalunya (DOGC, núm. 5090, 13.3.2008). Així mateix utilitza la connexió del domicili, sense definir-se, en l'EAC 2006, art. 120. Posteriorment, no s'expressa que significa domicili central, però s'entén que és el lloc en què necessàriament s'inscriu en el Registre de Caixes d'Estalvi de Catalunya. S'opta clarament, pel model d'incorporació, de manera que l'entitat podrà actuar en d'altres territoris, fins i tot de forma principal, i establir-hi delegacions, sense necessitat de modificar el seu domicili social i adaptar-se a d'altres legislacions. Aquesta connexió s'utilitza en d'altres lleis autonòmiques, com la de Madrid, La Rioja, Cantàbria, etc.

que no es succeïrien els conflictes mòbils, ja que les fundacions podrien actuar permanentment en qualsevol territori essent-los d'aplicació sempre la mateixa llei a l'estatut personal, sense propiciar canvis de domicili.

Amb la teoria de la constitució, es podrien continuar diferenciant les fundacions autonòmiques (segons el domicili estatutari), però no seria un criteri útil per diferenciar les fundacions de competència estatal. Es donaria el mateix supòsit que en les fundacions domiciliades a Espanya però amb actuació principal a l'estranger. Es genera un interrogant respecte les fundacions que es constitueixen segons la llei estatal o una d'autonòmica que tenen el seu domicili en territori espanyol però que desenvolupen les seves activitats principalment a l'estranger (art. 6 LF 50/2002). Es planteja el dubte de quin serà el Protectorat competent per exercir les seves tasques de supervisió i, en definitiva, es qüestiona la llei aplicable a tal fundació, si serien de competència estatal o autonòmiques. Tenint en compte que el criteri que cal utilitzar és "l'àmbit principal d'actuació", resulta obvi que no és útil quan ens trobem davant de fundacions que actuen principalment a l'estranger<sup>1162</sup>. Per determinar la seva adscripció sembla necessari atendre al lloc de situació del domicili estatutari, que segons A. PAU PEDRÓN, interpretant la lletra de l'art. 6.2 LF 50/2002, seria necessàriament de competència autonòmica atenent al territori on es situa el domicili de la fundació, que com especifica serà el del lloc on es trobi el Patronat<sup>1163</sup>. Ara bé, també cabria la possibilitat d'utilitzar el criteri de l'activitat (no principal) que pugui desenvolupar la fundació en territori espanyol, (p. ex. captació de fons; campanyes de sensibilització, etc.) per a ser considerada com una fundació de competència estatal o autonòmica. Per tant, hi hauria marge de maniobra per part de la fundació que actuarà principalment a l'estranger, en escollir la llei de constitució<sup>1164</sup>. Així doncs, les fundacions que desenvolupen les seves activitats principalment a l'estranger poden escollir la llei aplicable al seu estatut personal i

---

<sup>1162</sup> *Vid.* part II, cap. III, apartat 1.1.

<sup>1163</sup> A. PAU PEDRÓN, "El registro de fundaciones", S. MUÑOZ et al. (dir.), *Comentarios a las leyes de fundaciones y de mecenazgo*, Madrid, 2005, pàg. 561: "Resulta sorprendente que las fundaciones españolas que desarrollan su actividad en el extranjero – sólo en el extranjero o también en el extranjero – no sean de competencia estatal. Pero el párr. 2º del ap. 2 del artículo 6 se desprende que no lo son, y que su Registro competente no es el estatal, sino el autonómico correspondiente a su domicilio". Art. 6.2 segon apartat LF "Las fundaciones que se inscriban en España para desarrollar una actividad principal en el extranjero, tendrán su domicilio estatutario en la sede de su Patronato dentro del territorio nacional."

<sup>1164</sup> Si resulta optar per ser una fundació de competència estatal, estaria sotmeses al control del Ministeri corresponent segons la matèria, i en concret, segons M. Gardeñes, pel Ministerio de Asuntos Exteriores, quan la fundació sigui d'origen públic o estigui especialment vinculada amb l'Administració, per ex. centres públics espanyols a l'estranger. M. GARDEÑES SANTIAGO, "Capítulo 22: Las fundaciones en el contexto internacional", J.M. BENEYTO PÉREZ (dir.), *Tratado de Fundaciones*, Bosch, 2007, vol. II, pàg. 1180.

el règim administratiu aplicable d'entre els que coexisteixen a l'Estat, mentre que una fundació que actua principalment en territori espanyol, per raó de circumscripció espacial ha de sotmetre's necessàriament a una llei determinada pel criteri d'actuació principal.

Reprement el discurs de la possibilitat de canviar el punt de connexió territorial d'actuació pel del domicili estatutari, no tindria perquè ser un canvi traumàtic, ara bé, s'hauria d'assumir que una fundació constituïda per un dret autonòmic o l'estatal pogués actuar principalment en una altre territori, si bé establint-hi una delegació, no seria necessari sol·licitar el trasllat del domicili i, per tant, el canvi d'estatuts ni de llei aplicable. Aquest canvi de connexió, però, hauria de ser proposat pel legislador central, i implicaria la modificació de moltes normes, raó per la qual considerem que serà poc probable.

Aquest plantejament, no acabaria amb l'efecte *Delaware*, que podria propiciar una cursa legislativa a la baixa entre els ordenaments autonòmics i l'espanyol, que hem anomenat "*race to the bottom* a l'autonòmica". La situació, però, considerem que seria distinta a l'actual. La pròpia naturalesa de les fundacions les condiciona a actuar en benefici de la ciutadania (indirectament també beneficia a les polítiques dels governs). Els grans fundadors que destinen el seu patrimoni per una causa, en principi perpetua, així com els ciutadans que posteriorment contribueixen (sigui directament, o a través dels impostos) confien en la correcta actuació de les fundacions perquè tenen la certesa que la seva gestió atén al principi fundacional, i que la seva constitució no és exclusivament per evadir impostos. Un control rigorós per part de les administracions és l'única garantia que disposa el fundador, els propis ciutadans i el poder públic, del fet que els seus recursos siguin destinats amb eficiència al fi fundacional. Probablement, l'Estat espanyol es troba encara massa lluny d'aquests raonaments (tot i que inicien a florir), plantejaments que estan absolutament estesos en els països de llarga tradició fundacionals, com al Regne Unit o els EUA. Amb aquesta premissa, considerem que les fundacions en àmbit interregional, no haurien d'acabar optant per l'ordenament jurídic més 'fàcil', sinó per aquell que garanteixi al fundador i al ciutadà un efectiu desenvolupament de les finalitats fundacionals. Assumit aquest plantejament, sobreviuria una altra qüestió més difícil de resoldre que rau en la convivència de la diversitat de normatives fiscals. Es comprovarà en les reflexions finals que els problemes plantejats mostren un cert paral·lelisme amb els problemes jurídics que es reproduïxen en l'àmbit comunitari europeu.

## 2. COEXISTÈNCIA DE FAMÍLIES JURÍDIQUES I DETERMINACIÓ DE LA LLEI APLICABLE: CANADÀ-QUEBEC

Canadà és un Estat federal i, com a tal, el seu ordenament jurídic es caracteritza per no estar unificat, així doncs, disposa de diferents nivells legislatius en el qual conviuen els diferents ordenaments jurídics provincials i el federal. Conseqüentment, una mateixa matèria és susceptible de ser regulada per diferents normatives i amb respostes jurídiques diverses. A aquest sistema de descentralització legislativa s'uneixen complexos problemes de qualificació quan, a més de la pluralitat d'ordenaments, coexisteixen en un mateix Estat dues famílies jurídiques distintes. Aquest és el cas de Canadà, en què el dret federal i de totes les províncies segueix la tradició jurídica del *common law*, amb l'excepció de la província de Quebec que disposa d'un *Code Civil*. En la nostra matèria d'estudi, les fundacions, es concreta la dualitat de manera següent. El sistema jurídic canadenc, preveu la possibilitat d'utilitzar el *trust* per constituir els *charitable trusts* (entre altres figures), mentre que en el sistema legal propi de Quebec regula en el seu codi civil la fundació mitjançant la fidúcia, així com a través de la persona jurídica.

El dret regulador de les *charities* a Canadà s'ha desenvolupat segons la tradició britànica, de manera que molts dels precedents que avui en dia s'invoquen tenen el seu origen en el dret anglès, com per exemple els quatre fins perseguibles per una *charity*<sup>1165</sup>. Els “*purposes*” a què ja s'han fet referència tenen el seu origen jurisprudencial en el cas “*Commissioners for Special Purposes of the Income Tax v. John Frederick Pemsell*”, 1891, A.C. 531 (P.C), en el qual Lord Macnaghten, realitza la classificació entre quatre grans categories de fins de beneficència o “*charitables*”. A partir de 1949, la Cort Suprema de Canadà esdevé un tribunal independent del Comitè judicial del Consell privat, així doncs, les seves decisions ja no seran executòries a Canadà. Tanmateix, però, decisions de tribunals d'altres administracions podran ser utilitzades pels tribunals canadencs, sempre que es compleixin alguns requisits com la similitud en els casos i les lleis aplicables<sup>1166</sup>.

En aquest context, l'ordenament civil quebequès ha hagut de desenvolupar-se no sense dificultats, amb el risc sempre latent de ser absorbit pel sistema del *common*

---

<sup>1165</sup> *Vid.* part I, cap. II, apartat 1.1.3.

<sup>1166</sup> Exemples: El cas canadenc *Native Communications Society of B.C. c. Canada (M.R.N) (C.A.F)*, 1986, 3 F.C 471, decisió del Tribunal d'apel·lació federal de Canadà, es va fonamentar en el cas australià, *In re Mathew*, 1951, V.L.R. 226. Un altre cas, *Fuaran Foundation c. ADRC*, 4 maig de 2004, vegeu: <[www.fca-caf.gc.ca/index\\_f.shtml](http://www.fca-caf.gc.ca/index_f.shtml)>, i el “*Bulletin pour les organismes de bienfaisance enregistrés*”, n. 20, setembre 2004, pàg. 9 i ss.

*law*. Concretament, i atenent a la nostra matèria d'estudi, bona mostra ha estat la influència que ha exercit el *trust* sobre la fidúcia quebequesa. Deixant apartada la discussió doctrinal de l'origen de la fidúcia en el Codi civil de Quebec, comprovem com part de la doctrina considera o afirma la “*trustarització*” de la fidúcia, mentre una altra sector esgrimeix la “*civilització*” del *trust*. El cert és que una i altra figura s'assimilen. Ambdues pretenen abraçar uns objectius comuns, és obvi, per tant, que molts dels seus components siguin els mateixos. No hauria de resultar tan difícil acceptar que ens trobem davant de dues figures de diferents famílies jurídiques que coincideixen en nombroses característiques<sup>1167</sup>.

Sorgeixen problemes, doncs, de qualificació i de determinació de llei aplicable amb l'afegit de la convivència de les dues famílies jurídiques, situació particular que ha comportat que la doctrina comparatista observi i analitzi com es desenvolupen les normes civils entre els tribunals del *common law*, així com els seus intents d'harmonització. No deixa de sorprendre, però, que el supòsit observat per part de la doctrina europea, és a dir, la situació canadenc, inverteix els papers quan resulta que els estudiosos i legisladors canadencs examinen amb interès els progressos legislatius harmonitzadors de la Comunitat Europea, especialment en relació als darrers reglaments europeus de reconeixement de decisions, així com la política harmonitzadora en matèria econòmica desenvolupada per les directives<sup>1168</sup>.

## **2.1 La resolució de conflictes de lleis a Canadà: harmonització, coexistència, coordinació o substitució**

La resolució de conflictes de lleis interns a Canadà que es susciten entre lleis de distintes províncies o entre una llei provincial i la federal no són de fàcil solució. Al conflicte de lleis s'hi han d'afegir els conflictes de jurisdiccions i,

---

<sup>1167</sup> En aquest sentit J. BEAULNE: “Le droit civil et la common law sont deux systèmes juridiques qui ont les mêmes objectifs de justice et comme résultat ultime d’apporter des solutions pratiques et justes aux relations entre les citoyens. N’est-il pas alors normal que les solutions se ressemblent, voire qu’elles soient identiques? Ainsi en est-il de la fiducie et du trust. Institutions qui partagent certains buts communs, elles apportent des réponses souvent semblables à des situations comparables, en adoptant toutefois des voies qui leur sont propres: le trust par la division de la propriété en legal title et en beneficial title, la fiducie par la notion de patrimoine d’affectation.” J. BEAULNE, *Droit de fiducies*, W&L, 1998, pàg. 48.

<sup>1168</sup> “Cependant, l’expérience de cette institution (les Communautés européennes) peut quand même être utile pour le Canada. Elle démontre les avantages que comporte l’existence d’une organisation politiquement importante habilitée à choisir les domaines du droit devant faire l’objet de travaux d’harmonisation. La démarche de la Communauté, qui consiste à utiliser des lignes de conduite plutôt que des modèles pour uniformiser les lois, permet d’atteindre l’harmonisation entre des territoires dont les systèmes sont très variés; cette méthode peut très bien convenir au Canada, où l’uniformité des lois entre les territoires est si difficile à atteindre” de C.C. Cuming en: G. GOLDSTEIN, “L’expérience canadienne”, VAREILLES-SOMMIÈRES, P., (dir.), *Le droit privé européen*, 1998, pàg.180; Vegeu també, J. WALKER, “Must there be Uniform Standards for Jurisdiction within a Federation?”, *Law Quarterly Review*, vol. 119, 2003, pàg. 567-572.



conseqüentment, la necessitat de reconeixement de sentències o resolucions dictades per òrgans jurisdiccionals d'una província a una altre.

La dificultat de la resolució d'aquestes controvèrsies troba, com a primer entrebanc, la manca d'un Dret interprovincial. Sovint, les solucions als conflictes de lleis es basen en la distribució competencial prevista a la Constitució, tot i que cal precisar que els preceptes constitucionals no institueixen realment un dret dirigit a solucionar conflictes interns<sup>1169</sup>. Les matèries de dret públic són competència del govern federal, mentre que el dret privat respon a la distribució de competències constitucional<sup>1170</sup>, amb un seguit de matèries excloses com són, la fallida, el dret bancari, el marítim, el matrimoni i el divorci, que són competència federal. En el cas que la norma constitucional no pugui evitar un conflicte interprovincial s'atendrà a les resolucions judicials (*common law*). Els tribunals podran utilitzar, o no, el Dret internacional privat previst en cada província<sup>1171</sup>. Així, cada territori disposa de la seva pròpia regulació de Dret internacional privat, i aquest és aplicable en els litigis que sorgeixen entre les províncies a l'igual que els conflictes internacionals ja que no es disposa d'un dret

---

<sup>1169</sup> Aquest tipus de norma són les conegudes com “regles de prevalença”, les quals no són previstes expressament per solucionar conflictes interns, sinó que són conseqüència del sistema constitucional i són la base dels conflictes interns *stricto sensu*. A diferència del que succeeix en els conflictes internacionals, en què es considera que els Estats actuen en el mateix pla d'igualtat, els conflictes interns han de relacionar-se amb l'organització de l'Estat, la qual es comprèn en la Constitució. En el cas de Canadà, malgrat disposar d'àmplies competències provincials, s'actua a favor de la llei federal (*paramountcy doctrine*) com a garant del interessos generals de Canadà. A. BORRÁS, “Les ordres plurilégislatifs dans le Droit international privé actuel”, *RCADI*, vol. 249, 1994, pàg. 261-262. També serveixen per determinar l'aplicació de les normes provincials en afers internacionals, G. GOLDSTEIN; E. GROFFIER, *Droit international privé. (Traité québécois)*, Vol. I, Montréal, 1998, pàg. 50. “(...) de constitutionnaliser un bon nombre de règles de droit international privé au Canada – au moins celles qui déterminent expressément le domaine d'application international des lois provinciales internes (on les appelle “règles de conflit unilaterales” – donc de les pétrifier.”

<sup>1170</sup> “La colonisation du Canada par l'Angleterre et la France et la conquête anglaise du Canada français ont abouti à une unification partielle du droit, se matérialisant dans la Constitution. L'évolution montre un stade de réception des deux systèmes juridiques, puis un conflit entre eux, au terme duquel, la *common law* a réussi à s'imposer en droit public, partout au Canada, mais où il a été nécessaire d'aboutir à une répartition des compétences législatives entre les deux systèmes au plan des droits privés”. G. GOLDSTEIN, “L'expérience canadienne”, VAREILLES-SOMMIÈRES, P. (dir), *Le droit privé européen*, 1998, pàg. 171.

<sup>1171</sup> Si bé en cada província es preveu la pròpia regulació de Dret internacional privat, el cert és que no difereixen gaire d'una província a una altra. En realitat es poden distingir dos sistemes, el del Quebec, i el del *common law* que s'aplica a la resta del territori. Així doncs, podem afirmar que el Dret internacional privat comú és uniforme, per una banda perquè no han modificat significativament els estatuts de les províncies basats en un model uniforme, i per l'altre, perquè el Tribunal Suprem de Canadà és el tribunal final d'apel·lació tant respecte de les qüestions provincials com en les federals. J. BLOM, “Private International Law in a Globalizing Age: the Quite Canadian Revolution”, *Yearbook of Private International Law*, vol. 4, 2002, pàg. 85.

especial o concret per a la resolució de conflictes interns<sup>1172</sup>. Considerem necessari apuntar succintament l'evolució i modificació durant les últimes dècades, dels drets internacionals privats coexistents a Canadà. La transformació s'ha vist propiciada per diferents motius. Per una banda, la firma i ratificació de convenis internacionals per part de Canadà, així com la seva participació activa en organitzacions internacionals com la Conferència de La Haia, la UNCITRAL, o la UNIDROIT, participació que mereix destacar que s'ha realitzat en col·laboració amb les províncies<sup>1173</sup>. Per altra banda, la pràctica judicial ha evolucionat considerablement, introduint en relació al reconeixement de decisions judicials interprovíncials mecanismes similars als previstos en els sistemes nord-americà o australià, així com el britànic<sup>1174</sup>. Finalment, en relació al text civil de Quebec, que conté un apartat intitulat "*Du droit international privé*", en els articles 3076 a 3168, es denoten les influències suïsses, així com de diferents convenis internacionals de la Conferència de La Haia i el Conveni de Roma de 1980, sobre llei aplicable a les obligacions contractuals<sup>1175</sup>. Aquesta regulació de Dret internacional privat quebequesa, com s'ha advertit, és única per resoldre els conflictes interprovíncials i els internacionals<sup>1176</sup>.

---

<sup>1172</sup> Vegeu: J.G. CASTEL, *Canadian Conflict of Law*, Toronto-Vancouver, 1994, (suplement 1995), pàg. 11; J.G. CASTEL, "Constitutional Aspects of Private International Law in Australia and Canada", *RCADI*, vol. 126, 1969-I, pàg. 10.

<sup>1173</sup> Per a conèixer l'evolució del Dret internacional privat a Canadà, vegeu: J.G. CASTEL, "The Unification of Private International Law Rules in Canada", *Liber Memoriales François Laurent*, Brussel, 1989, pàg. 723-734; J. BLOM, "Private International Law in a Globalizing Age: the Quite Canadian Revolution", *Yearbook of Private International Law*, vol. 4, 2002, pàg. 83-115.

<sup>1174</sup> La influència dels Estats Units en el sistema canadenc ha estat menor de la que a priori cabria plantejar-se donat el veïnatge geogràfic. "Even Canadian common law, which could naturally be more receptive to influence from the United States, has shown little interest in the methods tested there, with the notable exception of the forum non conveniens judicial assessment, which could prove to be a disastrous import in my view. The British influence is still much more prevalent in Canadian cases than new American doctrine. (...) Canadian theorists, judges, and legislators are much more directly influenced by work in progress elsewhere in the world, particularly at the international level and in Europe". A. PRUJINER, "Canadian Private international Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress?", SYMEONIDES, S.C. (ed.), *Private international Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress?, XVth International Congress of Comparative Law*, Kluwer Law, 1999, pàg. 143.

<sup>1175</sup> Vegeu: J.G. CASTEL, "Commentaire sur certaines dispositions du Code civil du Québec se rapportant au droit international privé", *Journal du Droit International*, 3, 1992, pàg. 625-668. Art. 3077 (1) CCQ: "Lorsqu'un Etat comprend plusieurs unités territoriales ayant des compétences législatives distinctes, chaque unité territoriale est considérée comme un Etat".

<sup>1176</sup> A. BORRÁS, "Les ordres plurilégislatifs dans le Droit international privé actuel", *RCADI*, vol. 249, 1994-V, pàg. 145-368; 252 i ss. "Les différents Etats plurilégislatifs ont des manières différentes d'aborder le phénomène de la plurilégislation, intégrant ou non les conflits internes et les conflits internationaux et signalant certaines données de l'évolution". L'autora estableix tres grups d'Estats, ens interessa el primer: "(A) Le premier serait celui constitué par les ordres juridiques ayant des règles uniques pour les conflits internes et pour les conflits internationaux: il s'agit des systèmes de common law, qui, de plus, n'ont pas un système écrit de règles de conflit." Són el Regne Unit, EUA, Austràlia i Canadà.

La recent jurisprudència advoca per l'obligació de reelaboració de les lleis de Dret internacional privat de totes les províncies, inclosa Quebec, per tal de garantir una efectiva coordinació entre aquestes. És apreciable en la jurisprudència que sorgeixen contradiccions entre les distintes regulacions de la competència judicial internacional, especialment en la regulació de Quebec<sup>1177</sup>. Per a determinar la competència judicial i el reconeixement de decisions estrangeres o extraprovincials existeix un límit constitucional d'actuació territorial: "l'administració de justícia dins la província" (art. 92.14 Const. Canadà). A través del cas *Spar Aerospace*<sup>1178</sup> s'obre l'interrogant sobre la necessitat d'estàndards uniformes per a la determinació de la competència judicial internacional. En el cas citat, és estimable com les normes de Dret internacional privat quebequeses estableixen diferents criteris per a determinar la competència judicial, com per exemple "els danys soferts a Quebec" (art. 3148.3 CCQ). Al respecte, el Tribunal Suprem aprecia que dins del sistema federal o regional es poden aplicar distintes formulacions de *test de jurisdicció*, és a dir, les connexions utilitzades pel Codi civil de Quebec són equiparables al principi general de 'connexió substancial'. D'aquesta manera, tot i que el criteri de connexió és diferent en la regulació civil de la prevista en les regulacions del *common law*, produeixen els mateixos efectes, concloent així, que ambdues possibilitats respectessin les disposicions federals. Aital diversitat de connexions, sense menystenir la conformitat del Tribunal, planteja el dubte de la necessitat d'establir certs criteris uniformes per determinar la jurisdicció competent en el sistema federal<sup>1179</sup>. La voluntat d'unificació legislativa a Canadà i Quebec no està sempre compartida, i depèn del moment polític i dels governs que ostenten el mandat. S'aprecia, en l'àmbit del dret substantiu, com les normes uniformes federals s'introdueixen insensiblement en el Dret civil de Quebec, quedant aquest aïllat i pertorbant, sens dubte, les relacions polítiques<sup>1180</sup>.

---

<sup>1177</sup> Per a conèixer l'impacte dels límits constitucionals interpretats per la Cort Suprema en la jurisprudència de Quebec: G. SAUMIER, "The Recognition of Foreign Judgements in Québec. The Mirror Crack's?", *The Canadian Bar Review*, vol. 81, n°3, 2002.

<sup>1178</sup> *Spar Aerospace Ltd v American Mobile Satellite Corp* en Primera Instància (1999) J.E. 99-2060 (SC), en el Tribunal d'Apel·lació (2000) R.J.Q. 1405; i en el Tribunal Suprem de Canadà (2002) S.C.C 78.

<sup>1179</sup> J. WALKER, "Must there be Uniform Standards for Jurisdiction within a Federation?", *Law Quarterly Review*, vol. 119, 2003, pàg. 567-572.

<sup>1180</sup> Es comú considerar els intents d'unificació com un ressentiment de la "inacabada" conquesta anglosaxona intentant imposar el *common law* a Quebec. Tal temptativa es respon a la defensiva, de manera que afavoreix la inquietud en la codificació del dret civil, el qual és utilitzat com un mecanisme de tancament i rebuig al dret estranger comú. Un retret que s'ha fet al Tribunal Suprem de Canadà és que no disposa d'una cambra especialitzada en dret civil. G. GOLDSTEIN, "L'expérience canadienne", P. VAREILLES-SOMMIÈRES (dir.), *Le droit privé européen*, 1998, pàg. 171-174.

En conseqüència, les propostes legislatives han de ser preses amb cert respecte al dret minoritari, estudiant tot el ventall de possibilitats d'apropament entre els sistemes jurídics com serien: la substitució, la coexistència, l'harmonització i la coordinació<sup>1181</sup>. A Canadà predomina la coordinació que resulti d'una harmonització prèvia. Últimament la doctrina canadenc, i especialment el Tribunal Suprem de Canadà, es troben submergits en un debat relatiu a les característiques implícites en la Constitució que persegueixen 'unificar' o 'harmonitzar' els distints sistemes de dret internacional privat provincials i aconseguir una efectiva coordinació interprovincial en benefici de l'estructura federal de Canadà. Aquests apropaments seran, sens dubte, més difícils d'aconseguir en dret privat, en què les divergències entre les concepcions civilistes i del *common law* són més plausibles. A més, les matèries més properes als ciutadans, com és el dret de família, es resisteixen a sofrir harmonitzacions, al contrari del que succeeix respecte el Dret processal o comercial, situació que es reproduceix en el si de la Unió Europea o en l'àmbit espanyol. Presentades les característiques generals del sistema plurilegislatiu canadenc es podria concloure que no existeix un context que afavoreixi l'harmonització entre el Dret civil quebequès i el *common law* canadenc. Per altra banda, la uniformització serà sempre més ràpida entre les províncies que comparteixen el dret comú que entre aquestes i el Quebec, per això es procura coordinar les normes de Dret internacional privat.

## 2.2 conflicte de lleis positius en matèria de fundacions

La competència judicial per a conèixer litigis sobre fundacions serà, seguint els principis generals implícits en la Constitució, dels tribunals de la província en què el cas presenti els 'vincles reals i substancials'. Per la seva banda, el Codi civil de Quebec, en la seva norma internacional general sobre competència judicial estableix que en absència de submissió expressa, les autoritats de Quebec seran competents quan el demandat tingui el seu domicili a Quebec (art. 3134 CCQ). També serien competents els seus tribunals, quan el demandat sigui una persona jurídica que sense estar domiciliada a Quebec, tingui en el seu territori un establiment i la demanda sigui relativa a l'activitat desenvolupada a Quebec (art. 3148 CCQ). Advertim un cop més la coexistència de pluralitat de criteris per vincular un tribunal amb un supòsit jurídic, tot i que la previsió quebequesa

---

<sup>1181</sup> Sumàriament es poden definir com: la substitució d'un sistema jurídic per un altre, de forma parcial o total. Si es total estariem davant d'una unificació d'un dret que reemplaça a diversos. Si es parcial serà necessària la seva coexistència que pot provocar "encavalcament" o conflictes de lleis. Aquests últims necessiten de l'harmonització o coordinació de drets. G. GOLDSTEIN, "L'expérience canadienne", P. VAREILLES-SOMMIÈRES (dir.), *Le droit privé européen*, 1998, pàg. 182.

respon efectivament al mandat constitucional dels vincles substancials amb el supòsit.

Per altra banda, les decisions o sentències en matèria de fundacions seran reconegudes interprovincialment, així com les estrangeres, quan aquestes compleixin els requisits que el Tribunal Suprem estableix, és a dir, que es consideri competent el tribunal que ha dictat la resolució, existint un vincle real i substancial amb el litigi<sup>1182</sup>. La Constitució canadenca no preveu cap clàusula de reconeixement de les resolucions dels ens provincials o estatals, com si ho preveuen les constitucions americana o australiana amb la “*full faith and credit clause*”. Segons aquesta, els Estats reconeixen les decisions dictades en els Estats que formen la federació, amb l'única condició que es compleixin les mínimes exigències de competència (*due process*). Aquest buit existent en el marc canadenc s'ha anat cobrint gradualment a través de la jurisprudència del Tribunal Suprem. Les demandes a aquest alt tribunal, suscidades per l'evident necessitat de facilitar la circulació de béns, tècniques i persones d'una província a una altra, així com respecte les decisions judicials, ha propiciat l'elaboració d'una doctrina per tal de completar la llacuna. Arrel de la jurisprudència de principis dels noranta, els casos *Morguard* i *Hunt*<sup>1183</sup>, el Tribunal considera implícit en la Constitució canadenca el reconeixement interprovincial de decisions judicials, exigint que l'exercici dels tribunals s'hagi realitzat amb la deguda competència respectant l'ordre i l'equitat (*order and fairness*). Així mateix, preveu que per a considerar competent un tribunal d'una altra província ha d'existir un vincle real i substancial (*real and substantial connection*) entre el tribunal i el litigi. Són plantejaments que estan inspirats, indubtablement, en la tradició del *common law*.

Per a conèixer quina llei és l'aplicable en el procediment de constitució d'una fundació, si la federal o la de Quebec (o una altra provincial), s'atenen als fins de les fundacions i el seu àmbit d'actuació. Així, en el cas que la fundació persegueixi operacions de caràcter local, restringides als límits territorials de la província de Quebec, aquesta haurà de constituir-se mitjançant la llei provincial (*Loi sur les compagnies*, o el *Code civil du Québec*). La competència per legislar en matèria de

---

<sup>1182</sup> En el Codi civil de Quebec, els preceptes dedicats al reconeixement i execució de sentències estrangeres són els art. 3155 a 3168 CCQ.

<sup>1183</sup> *Morguard Investments Ltd v De Savoye* (1990) 3 S.C.R. 1077; *Hunt v T&N Plc* (1993) 4 S.C.R. 289. En aquests casos, el Tribunal Suprem de Canadà, va disposar que la determinació de la llei sobre la competència judicial havia de ser conforme als requisits constitucionals de l'ordre i l'equitat. Aquests estàndards sobre jurisdicció també serien aplicables per al reconeixement de les decisions judicials (interprovincials i internacionals, de manera que actualment és fàcil fer reconèixer una sentència estrangera a Canadà); per a què s'efectuï tal reconeixement, i en el seu cas execució, es precisa demostrar que el supòsit està substancialment connectat amb el fur (el tribunal que decideix).

constitució de *compagnies* amb fins provincials es troba en l'art. 92.11 Const. de Canadà. A més, en el mateix article, apartat 16, la Constitució atorga competència legislativa exclusiva a les províncies en tota matèria de naturalesa privada o local dins de la província<sup>1184</sup>. Per altra banda, si la fundació persegueix activitats en més d'una província, o en la totalitat de l'Estat, es requerirà la seva constitució a través de la llei federal (*Canada Corporations Act*), ja que és el legislador federal a qui es confereix, amb caràcter residual o subsidiari, la competència respecte les corporacions no constituïdes amb objectius purament provincials o de naturalesa local (Art. 91.29 Constitució)<sup>1185</sup>. En relació a la possible actuació extraterritorial d'una fundació local o provincial es permet que duguin a terme certes activitats fora del seu territori quan aquestes siguin compatibles amb el seu objecte, sempre que no desenvolupin activitats mercantils lucratives en una altra província<sup>1186</sup>.

Del que anteriorment s'ha exposat es desprèn que, per a determinar la llei aplicable a l'estatut personal de la fundació, per tant, per resoldre el conflicte de lleis que es pot suscitar en àmbit interprovincial, s'atindrà al mandat constitucional de la distribució de competències legislatives, en el qual s'estableix una connexió territorial per determinar l'àmbit espacial d'aplicació que seria "la llei del lloc en què es desenvolupin les activitats". En la regulació quebequesa, també s'institueixen criteris propis de connexió en els articles 3107 i 3108 CCQ, dedicats a la fidúcia. Per a determinar la llei aplicable estableix com a connexió, en primer lloc, l'autonomia de la voluntat del constituent de la fidúcia. De no existir tal submissió expressa, o si la llei designada no coneix la institució, s'atindrà a la llei que presenti els "vincles més estrets". Amb la finalitat de determinar quins serien aquests vincles es tindrà en compte: el lloc de l'administració de la fidúcia; la situació dels béns; la seu o residència de la fidúcia; i el lloc on es realitzen les finalitats<sup>1187</sup>. En el cas de fundació constituïda com a

---

<sup>1184</sup> Art. 92 *Constitution du Canada* "Dans chaque province la législature pourra exclusivement faire des lois relatives aux matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir: 11) L'incorporation des compagnies pour des objets provinciaux; 16) Généralement toutes les matières d'une nature purement locale ou privée dans la province."

<sup>1185</sup> Art. 91 *Constitution du Canada* "(...) relativement à toutes les matières ne tombant pas dans les catégories de sujets par la présente loi exclusivement assignés aux législatures des provinces; (...) l'autorité législative exclusive du parlement du Canada s'étend à toutes les matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir: 29) Les catégories de sujets expressément exceptés dans l'énumération des catégories de sujets exclusivement assignés par la présente loi aux législatures des provinces."

<sup>1186</sup> P. MARTEL; G.A. LEBEL, *La corporation sans but lucratif au Québec. Aspects théoriques et pratiques*, Montréal (1987, mise à jour n° 25 – décembre 2001), pàg. (2)-8-9.

<sup>1187</sup> Admet el *dépeçage* (Art. 3.107 CCQ). Aquesta solució està inspirada en la que ofereix el Conveni de La Haia d'1 de juliol de 1985, sobre la llei aplicable al *trust* i el seu reconeixement (art. 6-7). En relació al Conveni de La Haia de 1985 sobre dret aplicable i reconeixement del *trust*, preveu per als conflictes

persona jurídica, l'art. 3083.2 CCQ, disposa dues connexions: la llei de l'Estat en virtut la quan s'hagi constituït la persona jurídica (teoria de la incorporació), i la llei del lloc on es realitza l'activitat.

Subsisteixen a Canadà problemes de determinació del tribunal i la llei aplicable, igual que succeeix en l'àmbit espanyol respecte la llei aplicable a les fundacions (amb algunes matisacions). La causa es fonamenta en la utilització d'una connexió territorial que comporta problemes de conflicte mòbil i conflicte de lleis positius. A més, existeixen diferències en els criteris de connexió utilitzats en les normes de DIPr provincials, en especial la normativa de Quebec. Per això, l'aplicació del Dret internacional privat de cada província no resol els conflictes de lleis propiciats per la plurilegislatió, tot i que com s'ha apuntat, és un dels objectius actuals la coordinació entre aquestes normes de DIPr. Per altra banda, la distribució de competències legislatives en la Constitució no és suficient per resoldre els enfrontaments jurídics que sorgeixen de la convivència entre el dret civil quebequès en el context del *common law* canadenc. La doctrina palesa que enfront de la pretesa substitució del *common law*, el dret civil sobreviu adaptant les seves figures jurídiques. S'ha exposat com a exemple que els problemes de qualificació entre el *charitable trust* i la fundació quebequesa, ha estat solucionat 'trustoritzant' la fidúcia. Aquesta situació es pot traslladar a la Unió Europea, tot i que la 'correlació de forces' és distinta, essent més generalitzat el dret civil enfront del *common law*, tot i que no són els únics problemes de qualificació que sorgeixen, donades les diferències existents entre els ordenaments de tradició jurídica civilista.

### **3. ALGUNES CONSIDERACIONS: RESOLUCIÓ DELS CONFLICTES INTERNS EN MATÈRIA DE FUNDACIONS DES DE LA PERSPECTIVA DEL DRET COMUNITARI EUROPEU**

Cabria valorar i analitzar des de la perspectiva europea les experiències dels Estats originàriament plurilegislatius i les normes de resolució de conflictes de lleis, que podria ser utilitzat com a model comparatiu a tenir en compte des de la perspectiva plurilegislativa comunitària, amb les oportunes matisacions ja que són situacions jurídiques diferents des de la vessant pública. La doctrina ha fixat, en general, els estudis comparatius en relació als EUA<sup>1188</sup>, mentre que,

---

interns, bàsicament a Regne Unit, Austràlia, Canadà i EUA, la tècnica habitual de permetre als Estats contractants l'extensió del règim previst en el Conveni als conflictes interns o interfederals (art. 24).

<sup>1188</sup> Són estudis d'interès, entre altres: P.A. DE MIGUEL ASENSIO, "Pluralidad de jurisdicciones y unificación de las reglas de competencia: una visión transatlántica", *REDI*, 2006-I, pàg. 19-60; P.A. DE MIGUEL ASENSIO, "Conflictos de leyes e integración jurídica: Estados Unidos y la Unión europea" *AEDIPr*, t. V, 2005, pàg. 43-102; H. MUIR WATT, "Aspects économiques du droit international privé.

simultàniament, com en el cas canadenc<sup>1189</sup>, la doctrina nord-americana s'interessa pels mecanismes d'unificació jurídica de la UE, en especial en l'àmbit del DIPr. La unificació o harmonització de les normes dels diferents Estats d'un Estat federal observa la voluntat comunitària europea prevista en l'inicial Tractat de Roma de 1957 en què hi figura l'apropament dels sistemes jurídics europeus que són de diversa naturalesa. Amb aquesta finalitat, les legislacions estatals europees han anat adaptant les seves normatives de forma gradual al llarg dels anys a través de la transposició de directives, de reglaments o de recomanacions. L'harmonització s'ha centrat en matèries econòmiques, com el dret societari, el dret contractual o la protecció del consumidor, donat que inicialment l'aproximació de les legislacions nacionals tenien com a finalitat garantir el mercat comú<sup>1190</sup>. Mentre no existeixi dret material comú, el que ha resultat ser un revulsiu en Dret comunitari europeu ha estat la possibilitat de comunitaritzar el Dret internacional privat, fenomen que s'observa amb interès des del continent americà. La unificació de les normes de Dret internacional privat es va iniciar, primerament, respecte la competència judicial internacional i l'establiment de mecanismes de reconeixement i execució de decisions automàtic, que aspiren al reconeixement mutu, així com d'altres aspectes processals. Actualment, les darreres propostes són en relació a les normes dret aplicable, tant en àmbit de dret contractual com, fins i tot, en dret de família i successions, malgrat la inexistent harmonització prèvia d'aquestes matèries a través de directives. Les normes de Dret internacional privat europees amb la base jurídica del títol IV del

---

Réflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions”, *RCADI*, vol. 307, 2004, pàg. 25-384; B. AUDIT, “Le Droit international privé en quête d'universalité”, *RCADIP*, vol. 305, 2001, pàg. 9-488 (espec. 244 i ss).

<sup>1189</sup> La comparació s'ha de realitzar amb precaució. “Il est donc difficile de comparer le destin historique et politique de différents Etats. La volonté politique d'un ensemble d'Etats souverains, formellement structurés depuis longtemps, décidant de plein gré de former un bloc socio-économique comme l'Union européenne, malgré leur grande diversité culturelle et économique, ne peut se comparer à celle qui préside à la destinée de trois peuples – dont deux ont été soumis par une conquête militaire – politiquement fusionnés en un État fédéral centralisé depuis plus de cent ans, actuellement en partie axée vers une décentralisation des pouvoirs, pour éviter l'indépendance d'une de ses composantes majeures, tout ceci dans une ambiance de croisade fédéraliste instillée par sa Cour Suprême”. G. GOLDSTEIN, “L'expérience canadienne”, VAREILLES-SOMMIÈRES, P., (dir.), *Le droit privé européen*, 1998, pàg. 231.

<sup>1190</sup> Per exemple, en matèria contractual, l'aprovació d'un Marc Comú de Referència, (Common Frame of Reference, previst per al 2009), suposaria la definició amb precisió de termes jurídics i de principis fonamentals, que oferiria models coherents de normes de dret contractual inspirades en el cabal comunitari i en les millors solucions recollides en els ordenaments jurídics dels Estats membres. Probablement, aquest Marc Comú de Referència serà un instrument molt útil per a l'operador jurídic que, juntament amb dels principis generals de contractació i, la interpretació que en pugi fer el TJCE, proporcionarà al dret contractual europeu seguretat jurídica, sense haver d'esperar l'elaboració d'un tan ardu com hipotètic Codi civil europeu. Entre altres documents, vegeu: Comunicació de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: “Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro”, COM (2004) 651 final, 11.10.2004. Comunicació de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: “Un derecho contractual más coherente. Plan de acción”. COM (2003) 68 final.



TCE<sup>1191</sup>, són de directa aplicació per utilitzar l'instrument del Reglament comunitari. Per tant, les previsions contingudes en aquestos són les mateixes arreu dels Estats membres de la Comunitat, fet que suposa per als operadors jurídics dels distints països europeus la utilització de les mateixes normes per determinar la competència d'un tribunal i, en poc temps, donada la vertiginosa velocitat amb què es legisla des d'Europa, també determinaran la llei aplicable, propiciant l'anhelat Espai judicial europeu. La unificació d'aquestes normes de DIPr evoluciona mentre es consolida, no sense que sorgeixin problemes en la seva aplicació.

Probablement, la proposta inicial d'analitzar la situació interregional per extrapol·lar-la a l'europea hauria d'invertir-se, de manera que els Estats plurilegislatius no haurien de ser exemple pel legislador comunitari, sinó que el model europeu podria ser après pels estatals. Com s'ha assenyalat, el sistema interregional espanyol es basa en l'aplicació de les normes de DIPr adaptades (art. 16 CCEsp), són normes obsoletes, incapaces d'adaptar-se a les noves necessitats. De moment, la normativa europea no ha afectat massa la normativa espanyola interregional, ja que bàsicament s'ha ocupat de resoldre les qüestions de determinació dels tribunals competents i el reconeixement i execució de sentències, matèries excloses del dret interregional espanyol per ser de jurisdicció única. Però, s'inicia la unificació de les normes de DIPr sobre llei aplicable a través de reglaments europeus i, llavors, s'haurà de decidir si per resoldre els conflictes de lleis interns es continua usant les normes anacròniques del Codi civil espanyol, o per contra, s'apliquen les mateixes normes que s'hauran d'utilitzar per resoldre els conflictes de lleis internacionals, sempre que l'àmbit d'aplicació material i espacial ho permetin. L'opció és de preveure que serà presa per cada Estat, tal i com succeeix respecte els convenis internacionals<sup>1192</sup>.

---

<sup>1191</sup> En el Tractat de funcionament de la Unió Europea (TFUE), el títol IV duu per títol: "Espai de llibertat, seguretat i justícia", el tercer capítol dedicat a la "Cooperació judicial en matèria civil", art. 81. *Vid.* part III, cap. I, apartat 2.1.

<sup>1192</sup> Vegeu en els darrers convenis de la Conferència de La Haia: Conveni de La Haia de 30 de juny de 2005 sobre acords d'elecció de fur (art. 28); Conveni de La Haia de 23 de novembre de 2007 sobre el cobrament internacional d'aliments per als nens i altres membres de la família (art. 26). Sorgeixen inevitablement un seguit de qüestions, pel cas que haguem d'aplicar les normes de DIPr espanyoles (que ja no seran les contingudes en el títol IV del CCEsp, sinó els Reglaments europeus). La remissió que efectua l'art. 16 CCEsp continuarà essent aplicable, de manera que es continuaria aplicant les normes del Codi civil, o bé, aplicarem els Reglaments europeus que les desplaçaran? En aquest cas, sobreviurien els 'correctors' previstos per l'art. 16 CCEsp? Segurament n'hi hauria que serien difícils d'aplicar, com per exemple el veïnatge civil, el qual hauria d'adaptar-se i ser atribuït només per residència habitual sense necessitat d'ostentar la nacionalitat espanyola. Una altra possibilitat, si el legislador europeu és agosarat, i admet l'autonomia de la voluntat en alguns casos, podent escollir entre residència habitual i llei nacional, podria sobreviure el veïnatge civil. No obstant, seria desitjable que s'incloguessin com a clàusules de tancament, punts de connexió flexibles pels quals el jutge pugui aplicar la llei més estretament vinculada.

El pluralisme de les situacions, però, tant si és des d'un punt de vista com d'un altre, ha de realitzar-se amb precaució, donat que són realitats plurilegislatives diferents tant respecte els seus orígens com respecte els seus objectius, per això, no es pretén que el discurs sigui intercanviable entre una Estat plurilegislatiu o com es denomina per la Conferència de La Haia, sistemes jurídics no unificats (com el de Canadà, EUA, la República Popular de Xina o Espanya), i una Organització Regional d'Integració Econòmica (ORIE) com és la Comunitat Europea<sup>1193</sup>.

Utilitzem l'ordenament jurídic espanyol per a realitzar una primera presentació comparativa. A l'Estat espanyol coexisteixen diferents normes sobre fundacions que s'apliquen mitjançant un criteri territorial, lloc de desenvolupament principal de l'activitat, amb l'excepció del dret navarrès que utilitza el criteri de constitució. Quan una fundació pretén actuar de forma regular en un altre territori es troba compel·lit a establir-hi una delegació, essent reconeguda la seva personalitat jurídica i restant sotmesa al Protectorat territorial. En àmbit comunitari existeix una situació similar, tal i com es comprovarà en la darrera part de l'estudi. Les fundacions constituïdes legalment per l'ordenament d'un Estat membre no gaudeixen de les llibertats comunitàries, en concret de la llibertat d'establiment, essent necessari constituir-se *ex novo* en els Estats en què pretenguin actuar de forma permanent. També sorgeixen conflictes de llei aplicable, ja que els ordenaments estatals preveuen punts de connexió distints, bàsicament utilitzen les dues teories més generalitzades, de la incorporació i de la seu real, tal i com s'ha presentat anteriorment. Per altra banda, si s'apliqués a les fundacions la lliure circulació comunitària, incloent doncs la llibertat d'establiment, afectaria les normes estatals d'estrangeria previstes en cada ordenament europeu que no reconeixen directament la fundació legalment constituïda per una altre ordenament jurídic europeu, obligant-la a adaptar-se a la seva normativa interna. Una situació particular comportaria la regulació d'un Estatut de Fundació

---

Sense estar previst legalment, i incomplint la normativa vigent, és el que es va resoldre de forma premonitòria en la Sentència de l'Audiència Provincial de Girona de 2 d'octubre de 2002. En el procés d'integració europea, tal com planteja LL. GARAU, caldrà adaptar aquesta connexió del veïnatge civil que substitueix la nacionalitat en les normes de conflicte autònomes, ja que la norma convencional i també la comunitària no utilitza la nacionalitat com a punt de connexió, de manera que quan la norma comunitària substitueixi o desplaci l'autònoma no resultarà eficient per les situacions internes. LL. GARAU JUANEDA, "El Derecho interregional español ante un Derecho Internacional Privado europeo común", *AEDIP*, t.VI, 2006, pàg. 161-164.

<sup>1193</sup> Vegeu els darrers convenis de La Haia: Conveni de La Haia de 30 de juny de 2005 sobre acords d'elecció de fur (arts. 28 sobre declaracions al respecte a sistemes jurídics no unificats; art. 39 Organitzacions Regionals d'Integració Econòmica); Conveni de La Haia de 23 de novembre de 2007 sobre el cobrament internacional d'aliments per als nens i altres membres de la família (art. 24 i 26).

Europea, ja que resultaria més aconsellable constituir-se com a tal, en comptes d'una fundació estatal o autonòmica.

El criteri territorial previst en els sistemes jurídics espanyol o canadenc dista de l'experiència d'altres Estats compostos com seria el cas dels EUA, basat en el mercat americà del '*corporate charters*' paradigma del model de federalisme econòmic, en què les societats circulen lliurement i el vincles de connexió es basen en la teoria de la incorporació, ja que la concepció de les societats mercantils és contractualista. La lliure concurrència comporta la competència entre els actors i consecutivament entre les legislacions, permetent als ciutadans o empreses l'elecció de la llei aplicable així com la situació geogràfica. En àmbit societari, la instal·lació en un determinat territori, no implica un vincle econòmic amb l'Estat que confereix la personalitat jurídica, però és l'expressió de voluntat d'aplicar una legislació concreta, que suposa haver escollit el dret menys costós per tant és un model d'èxit<sup>1194</sup>.

Exposa H. MUIR WATT que en el Dret comunitari existeixen divergències entre els drets substancials dels Estats membres, i que en l'àmbit de dret societari, no comporten eficiència econòmica. Existeixen entre les normes europees disparitats en funció de les concepcions que les diferents legislacions contempen en un seguit d'aspectes, com poden ser el capital mínim o la participació dels assalariats. La diferència d'aquest model europeu amb el sistema dels Estats Units, rau en l'homogeneïtat entre les diferents legislacions i, per això, tots els Estats americans participen en el si del mercat del '*corporate charter*' encara que els règims jurídics no siguin idèntics, fet que manca a Europa. Per això, "l'elecció del criteri de connexió no pot ser anodí". Continua l'autora, considerant que actualment hi ha una divisió entre els legisladors europeus envers la teoria de la incorporació i la teoria de la seu real, i això comporta legislacions hostils que preveuen règims rigorosos: "l'extraterritorialitat 'defensiva', destinada a protegir la política d'un Estat contra l'efecte subversiu de legislacions veïnes més liberals, és difícil de conciliar amb el dret fonamental de la mobilitat o la lliure circulació d'empreses". Caldria deixar pas a la voluntat de les parts en la determinació de la llei aplicable,

---

<sup>1194</sup> H. MUIR WATT, "Aspects économiques du droit international privé. Réflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions", *RCADI*, vol. 307, 2004, pàg. 87 i ss; 63 i ss; 73; 83. El respecte a la llei d'incorporació es basa en la 'Commerce Clause' que comporta uns efectes anàlegs a les llibertats comunitàries en dret comunitari europeu.

com ha iniciat la jurisprudència del TJCE, es tracta de decidir entre dues concepcions profundament oposades en la regulació del mercat<sup>1195</sup>.

Aquest raonament seria extrapolable a les fundacions en l'espai europeu o autonòmic, ja que es comprovarà en la tercera part sobre dret comunitari europeu, com les fundacions s'enfronten a unes llibertats comunitàries que no li són d'aplicació. Comprovarem com les fundacions constituïdes per un ordenament d'un Estat membre topa amb entrebancs legals i fiscals quan desenvolupa activitats fora de les seves fronteres, o quan pretenen recaptar fons transnacionals a través de donacions o no se li apliquen les exempcions fiscals. Diferents factors, com són: les connexions territorials de la legislació aplicable, el no gaudiment de les llibertats comunitàries, i la mal confiança que desperta la naturalesa pròpia d'ens intermedis d'origen estranger, ha col·locat les fundacions molt lluny dels objectius comunitaris europeus, tant respecte els econòmics com els de caire més social. Sigui com sigui, seria desitjable que no es dilatés en el temps la regulació de l'actuació de les fundacions en el pla *ad intra* de la Comunitat. És precís aclarir si la llibertat d'establiment, de circulació de capitals o de prestació de serveis els seria d'aplicació, o bé, si seria necessària la regulació d'una *fundatione europaea*.

---

<sup>1195</sup> S'hauria de garantir la mobilitat, que des del punt de vista del DIPr implica el desenvolupament de connexions que impliquin el desplaçament físic dels actors, facilitant la llibertat d'elecció de la llei aplicable. L'autora comenta que, en absència d'harmonització, poden haver imperioses raons d'interès general que justificarien a un Estat membre continuar imposant certes exigències, però en cap cas respecte les condicions de constitució de societats, les quals es sotmeten al 'joc de la competició legislativa', aquesta visió liberal coordina amb el 'federalisme econòmic'. H. MUIR WATT, "Aspects économiques du droit international privé. Réflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions", *RCADI*, vol. 307, 2004, pàg. 58-59; 73; 103; 113.



## **PART III**

# **LES FUNDACIONS EN DRET COMUNITARI EUROPEU**



## CAPÍTOL I

### LES FUNDACIONS A LA UNIÓ EUROPEA: CONTEXT LEGAL I JURISPRUDENCIAL COMUNITARI

L'actuació transfronterera de les fundacions està en auge, en concret, l'Europa comunitària es configura com un marc ideal per la cooperació entre fundacions de diferents Estats membres que comparteixin finalitats comunes beneficiant tant l'interès general dels ciutadans europeus, com els interessos de l'Europa econòmica i cada dia més social. Tanmateix, la realitat és una altra, donat que jurídicament les fundacions no compten amb cap mena de facilitat per participar en projectes a escala europea, ans al contrari, els entrebancs jurídics, administratius i fiscals, així com la manca de mitjans per conèixer aliats amb qui compartir projectes, juntament amb les dificultats per conèixer i aplicar la normativa vigent i diferent en cada Estat, comporta sovint la desídia i el fracàs de projectes fundacionals.

S'estudia a continuació com es desenvolupen en l'actualitat les cooperacions transnacionals, així com es realitzen les donacions transfrontereres a favor de fundacions situades a Estats membres de la Comunitat Europea. Per manca d'una regulació europea en aquest sentit, són d'aplicació les normes de dret internacional privat i de reconeixement de les fundacions estrangeres ja analitzades en capítols anteriors, i que no es reproduiran. Seguidament, s'analitzen el tractats de les Comunitats Europees en els quals no es preveuen normes respecte les fundacions, tot exposant les causes d'aquesta exclusió en el moment en què es va idear l'Europa del mercat interior. D'aquests raonaments, i de l'articulat del Tractat de la Comunitat Europea, es desprèn, a priori, la no aplicació de les llibertats comunitàries. S'exposarà, però, de quina manera la jurisprudència del Tribunal de Justícia ha intervingut darrerament en aquesta matèria, deixant entreoberta la possibilitat que com a mínim un tipus de fundació, les que desenvolupen activitats econòmiques, sí gaudirien de les llibertats comunitàries (o algunes d'elles). Finalment, s'apuntarà també el tracte fiscal dels rendiments de les fundacions estrangeres i les donacions transnacionals que també han estat objectiu de resolució per part del Tribunal de Luxemburg, així com de la Comissió Europea.



## 1. L'ACTIVITAT TRANSNACIONAL DE LES FUNDACIONS EN EL CONTEXT COMUNITARI EUROPEU

De la lectura de diversos informes oficials europeus<sup>1196</sup> o d'estudis privats, com els del Centre Europeu de Fundacions (EFC), se'n deriva una afirmació respecte la *ratio* de fundacions a Europa, i és que aquest nombre és indeterminat. Les informacions varien, disposant d'estimacions que quantifiquen la xifra de fundacions a Europa en 110.000<sup>1197</sup>, d'altres en 200.000<sup>1198</sup>. Aquesta darrera quantia respon al nombre d'entitats que s'autoqualifiquen com a fundacions, d'aquestes però, es reputa que efectivament hi hauria 62.000 fundacions en els quinze Estats membres abans de la darrera ampliació<sup>1199</sup>.

Aquestes fundacions són constituïdes per una legislació estatal (o subestatal o regional) ja que desenvolupen les seves activitats, en la majoria dels casos, en el territori del mateix Estat. Però òbviament, hi ha un nombre cada dia més elevat de fundacions que actuen, ja sigui executant projectes o recaptant fons fora de les seves fronteres, tant en àmbit intracomunitari com en àmbit extracomunitari. Algunes d'elles s'autoanomenen com internacionals o europees, per això, mereix preguntar-se la implicació jurídica de tal qualificatiu.

### 1.1 Existeixen les 'fundacions europees'?

Malgrat la inexistència d'un estatut legal o conveni internacional en matèria de fundacions que reguli la constitució de fundacions internacionals, o europees, sí que és possible trobar fundacions que s'autoqualifiquen com a 'internacionals' o 'europees'. A títol d'exemple, l'*European Cultural Foundation*, *European Training Foundation*, *Fundação Assistência Médica Internacional*, *International Youth Foundation*, entre moltes altres.

Les fundacions que juntament amb el nom que les identifica inclouen la qualificació d'europees són en realitat fundacions regulades per normes internes estatals de fundacions, si bé és cert que sovint actuen en distints Estats a través de delegacions o mitjançant pactes de cooperació. Acostumen a qualificar-se com

---

<sup>1196</sup> CONSEIL DE L'EUROPE, *Associations et fondations. Réunion multilatérale organisée par le Conseil de l'Europe*, Strasbourg, 27-29 novembre 1996; *Comunicación de la Comisión sobre el Fomento del papel de las asociaciones y fundaciones en Europa*, juny 1997, COM (97) 241 final, annex I.

<sup>1197</sup> H.K. ANHEIER; S. DALY, "Las fundaciones en Europa: enfoques, realidades y políticas", M.A. CABRA DE LUNA; B. FRAGUAS GARRIDO, *¿Qué son y qué quieren ser las fundaciones españolas? Una aproximación a sus roles y su futuro en el marco europeo*, Vodafone, 2004, pàg. 76.

<sup>1198</sup> EUROPEAN FOUNDATION CENTRE, "Foundations for Europe", 2003, pàg. 4, <www.efc.be>.

<sup>1199</sup> EUROPEAN FOUNDATION CENTRE, "Foundations Facts & Figures Across the EU" (abril 2005), <www.efc.be>. Les dades són de l'any 2000.

a 'europees' perquè la finalitat perseguida no es delimita en un espai territorial estatal, sinó que els seus fins pretenen estendre's en un àmbit espacial més ampli, en aquest cas, a Europa, a títol d'exemple, l' "*European Cultural Foundation*"<sup>1200</sup>.

La inclusió del terme 'europea', però, pot venir acompanyada de certes confusions i suscitar polèmiques respecte la seva legitimitat, així com respecte la seva suposada vinculació amb les institucions europees. Aquest va ser el cas que es va plantejar al voltant de la "*Foundation for Environmental Education in Europe*" (FEEE), ja que va ser necessari determinar si aquesta fundació estava legitimada per les institucions europees en la concessió de les banderes blaves a les platges dels Estats membres de la Unió Europea<sup>1201</sup>.

També hi ha la possibilitat que es constitueixin fundacions europees per part d'una organització intergovernamental, com és el cas del Consell Europeu. Per exemple, la *Fundació Europea de Formació (European Training Foundation)*<sup>1202</sup> o

---

<sup>1200</sup> L'*European Cultural Foundation* té com a finalitat la promoció de la cultura i l'art en el si de la integració europea, col·laborant amb d'altres organitzacions arreu d'Europa, atorgant beques, etc. Creada el 1954 a Suïssa, té la seva seu a Amsterdam (Països Baixos) des de 1960. La seva condició d'europea ve donada essencialment per varis factors: l'àmbit espacial d'actuació que és l'europeu; la finalitat fundacional que és ampli i que necessàriament relaciona Europa i cultura; la forma d'actuació que són convenis de cooperació entre entitats de distints països coordinat pel '*national committees*'; i la plurinacionalitat del membres del Consell d'administració i del Consell Supervisor. <[www.eurocult.org](http://www.eurocult.org)>.

<sup>1201</sup> Es va qüestionar davant la Comissió la competència o legitimitat de la *Foundation for Environmental Education in Europe* (FEEE) per atorgar banderes blaves en nom de la Unió Europea a les platges de les Illes Canàries. En concret, quina relació mantenien les institucions de la UE amb la FEEE, i si n'eren responsables respecte les banderes atorgades en compliment de la directiva per aigües de bany de les Comunitats europees. En la resposta, s'informa que la FEEE, amb seu a Dinamarca i amb cooperació amb d'altres organitzacions associades en d'altres països, avaluen les platges que sol·liciten una bandera blava. En l'adopció d'aquestes decisions efectivament havia participat la Comissió Europea, però a partir de 1998 per raons tècniques i econòmiques deixava de participar-hi. Així doncs, la concessió de banderes blaves a les platges passava a ser responsabilitat exclusiva de la Fundació, sense que el seu atorgament fos oficial. *Pregunta escrita E-2595/00 de Fernando Fernández Martín (PPE-DE) a la Comisión, banderas azules, 1.8.2000*. Actualment, *Foundation for Environmental Education* (FEE), <[www.fee-international.org](http://www.fee-international.org)>.

<sup>1202</sup> Es defineix com a 'agència' de la Comissió Europea, amb seu a Torí (Itàlia), creada per Reglament CEE n. 1360/90 del Consell, de 7 de maig de 1990, en base a l'art. 235 TCE. Art. 4.1 "La Fundación estará dotada de personalidad jurídica. Gozará en cada uno de los Estados miembros de la más amplia capacidad jurídica que las legislaciones nacionales reconocen a las personas jurídicas; podrá, en particular, adquirir o enajenar bienes muebles e inmuebles y comparacer en juicio. La Fundación no tendrá fines lucrativos". És una institució pública, en base a l'origen del patrimoni: art. 9.3 del reglament: "Los ingresos del presupuesto comprenderán, sin perjuicio de otros ingresos, una subvención que figure en el presupuesto general de las Comunidades Europeas y los pagos efectuados en concepto de remuneración por servicios prestados, así como financiación de otra procedencia". Implica el caràcter públic de la institució, el fet que el Consell de direcció està format per un representant de cada Estat membre i per dos representants de la Comissió Europea (art. 5). Art. 15 "Responsabilidad jurídica 1. La responsabilidad contractual de la Fundación se regirá por la ley aplicable al contrato de que se trate. 2. En materia de responsabilidad extracontractual, la Fundación deberá reparar los daños causados por la Fundación o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros. El Tribunal de Justicia será competente para conocer de los litigios relativos a la indemnización de dichos daños. 3. La responsabilidad personal de los agentes ante la Fundación se regirá por las disposiciones pertinentes aplicables al personal de la Fundación.". Vegeu: <[www.etf.europa.eu](http://www.etf.europa.eu)>.

l'*European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions*<sup>1203</sup>. Malgrat l'etiqueta de 'Fundació', aquestes, en realitat, són mers òrgans o agents que no correspondrien pròpiament a la idea de fundació privada que s'ha estudiat. S'aproximaria a la fundació pública, entesa com aquella que es constitueix per l'Estat (òrgan públic), amb participació econòmica i de direcció. En aquests casos, sí que serien pròpiament europees, no només pel seu àmbit d'aplicació, sinó perquè la seva regulació o estatut jurídic és supranacional. En concret, es constitueixen a través d'un Reglament europeu, sota la base jurídica de l'art. 308 TCE, que preveu la seva regulació interna: membres de direcció, procedència del patrimoni, etc.

Darrerament, les institucions europees han regulat les "fundacions de partits polítics a escala europea"<sup>1204</sup>. Tenen com a finalitat la promoció del pensament polític, excloent la possibilitat de finançar els partits polítics i les seves campanyes. La seva regulació es fonamenta en el suport financer als partits polítics, per això utilitza com a base jurídica l'art. 191.1 TCE com una "norma relativa al seu finançament"<sup>1205</sup>. La constitució de 'fundacions de partits polítics a escala europea' es legitima mitjançant un Reglament europeu, tot i que s'utilitzen les lleis estatals per a la seva efectiva constitució. El seu finançament es preveu essencialment públic, dels fons europeus, tot i que admeten donacions privades. Es sotmeten en relació als comptes a la supervisió del Parlament Europeu, però jurídicament als sistemes previstos per la llei estatal que la regula. El Reglament és breu, de redactat simple i amb llacunes, ja que de la seva lletra només se

---

<sup>1203</sup> Aquesta Fundació és una agència autònoma de la UE, i com a tal forma part de la constel·lació de cossos de la UE. És un dels primers òrgans que es van instituir per treballar en àrees especialitzades en polítiques de la UE. Específicament, va ser prevista en un Reglament del Consell l'any 1975, que va ser modificat pel *Reglamento (CE) No 1111/2005 del Consejo de 24 de junio de 2005 por el que se modifica el Reglamento (CEE) no 1365/75 relativo a la creación de una Fundación Europea para la mejora de las condiciones de vida y trabajo*. La base jurídica és l'art. 308 TCE. La finalitat d'aquest òrgan/fundació és contribuir en la planificació i disseny de millores en la vida i de condicions laborals a Europa. Institucionalment, la Fundació és un cos tripartit, governat per una Junta de Govern composta per representants de poders públics (membres de la UE i dels governs nacionals), de treballadors i d'empresaris: "El consejo de dirección estará compuesto por: a) un miembro en representación del gobierno de cada uno de los Estados miembros; b) un miembro en representación de las organizaciones de empresarios de cada uno de los Estados miembros; c) un miembro en representación de las organizaciones de trabajadores de cada uno de los Estados miembros; d) tres miembros en representación de la Comisión. El consejo de dirección tendrá a su cargo la gestión de la Fundación y establecerá sus directrices. Basándose en un proyecto presentado por el director, el consejo de dirección adoptará los programas anual y cuatrienal de la Fundación, de acuerdo con la Comisión". Per a més informació, vegeu: <[www.eurofound.eu.int](http://www.eurofound.eu.int)>.

<sup>1204</sup> Reglament (CE) 1524/2007 del Parlament Europeu i del Consell de 18 de desembre de 2007 pel que es modifica el Reglament (CE) 2004/2003 relatiu a l'estatut i el finançament dels partits polítics a escala europea (DOUE) L 343, 27.12.2007); Resolució de 23 de març de 2006 sobre els partits polítics europeus (DOUE C 292, 1.12.2006)

<sup>1205</sup> *Id.* part III, cap. III, apartat 2.1.3

n'extreuen unes línies essencials a complir per la fundació, remetent la seva regulació jurídica als ordenaments estatals. No respondria a les fundacions europees descrites en els paràgrafs anteriors constituïdes per òrgans europeus, ni tampoc les pròpiament privades, sinó que respon a la creació pròpia d'un tipus de fundació a escala europea que pretén cobrir un tipus determinat de finalitats, que es regiran pel dret privat de l'Estat pel qual s'hagin constituït tot i que el finançament serà essencialment comunitari europeu<sup>1206</sup>.

Tal i com s'ha assenyalat, també hi ha fundacions que s'acompanyen del qualificatiu "internacionals", com són: *Fundació Internacional Josep Carreras per a la Lluita contra la Leucèmia*, o *Stichting Oxfam International*, entre tantes altres. En aquests casos, es reproduïx de nou la idea presentada per a les fundacions privades que s'autoqualifiquen d'europees. Són fundacions que han estat constituïdes segons el dret d'un Estat o d'un ordenament regional en concret, i es regeixen per aquestes normatives. La internacionalitat d'aquestes entitats ve donada, un cop més, per la voluntat fundacional d'actuar en àmbit internacional o la finalitat perseguida, repercutint les seves activitats fora de les seves fronteres de constitució, així com captant fons en qualsevol altre Estat, o bé, perquè els membres dels seus òrgans de direcció són de distintes nacionalitats, o disposen de diferents delegacions arreu del món<sup>1207</sup>.

Per tant, i reiterant-nos, es pot afirmar que no existeixen fundacions europees o internacionals, enteses aquestes com a ens privats que es troben regulats per una norma supranacional, o una norma de dret aplicable continguda en un conveni internacional<sup>1208</sup>. Per tant, malgrat l'aspiració 'europea' o 'internacional' d'aquestes fundacions, es troben regulades per un ordenament jurídic nacional, o

---

<sup>1206</sup> *Vid.* part III, cap. III, apartat 3.5.

<sup>1207</sup> La doctrina majoritària coincideix en el fet que l'atribut d'internacionalitat de les Organitzacions Internacionals No Governamentals, amb independència de l'estructura jurídica que utilitzin, ve donat per la concurrència d'ambdós requisits: composició internacional i activitat transnacional. Tanmateix, a la pràctica, es troben nombrosos exemples d'OING que només compleixen la característica de l'activitat transnacional. C. TEIJO GARCÍA, *Organizaciones internacionales no gubernamentales y derecho internacional*, Díxel, 2005, pàg. 30 i ss.

<sup>1208</sup> Hi ha les excepcions de fundacions constituïdes per acords internacionals entre distints Estats. L'exemple històric és l'Obra de San Luís de los Franceses en Madrid', del segle XVII, creada per un ciutadà francès que tenia com a finalitat socórrer als francesos residents a Espanya. El 1876 es firmaren uns acords sobre la seva gestió entre Espanya i França. Altres exemples són: la fundació 'Memòria, Responsabilitat i Futur' basada en un Acord entre els governs dels EUA i la República Federal Alemanya (2000); El 'Fons Austríac per a la Reconciliació, la Pau i la Cooperació', que té el seu origen en l'Acord entre els governs dels EUA i Àustria (2001). Per més informació: M. GARDEÑES SANTIAGO, *Las fundaciones en derecho internacional privado español*, Madrid, Eurolex, 2003, pàg. 167-168. Aquestes fundacions no han estat constituïdes per un acte rellevant de dret intern, sinó per acords de Dret públic.

per tants ordenaments estatals (o subestatals) com seus socials tenen repartides per distints Estats<sup>1209</sup>.

L'explicació de les línies precedents es pot extrapolar al camp de les associacions. Efectivament, succeeixen els mateixos supòsits en el món associatiu, tot i que cal puntualitzar alguns aspectes. Hi hauria associacions, doncs, que es denominen 'europees', per la diversitat dels orígens dels membres que les integren o els fins que persegueixen i que serien transnacionals. Aquestes, però, com en el cas de les fundacions, estan legalment constituïdes i regulades per un dret estatal. Tal plantejament descrit per la doctrina, s'expressa de forma succinta per S. DE SALAS:

“Si bé, certes associacions poden qualificar-se de supranacionals *de facto*, no poden ser-ho *de iure*, perquè no estan regides, en l'ordre internacional per cap Dret material internacional (...) no existeix cap estructura jurídica que garanteixi a les associacions un reconeixement de ple dret de la seva personalitat fora de les seves fronteres nacionals, i els hi confereixi, en conseqüència, la corresponent capacitat jurídica i d'obrar. En el Dret actual, tota associació sigui quina sigui la seva dimensió, està regida per un Dret nacional (en principi el del país on té la seva seu), o per varis Drets nacionals, quan es tracta d'una federació internacional de varies associacions nacionals.”<sup>1210</sup>

Així doncs, tant les fundacions com les associacions que s'autoqualifiquen com internacionals o europees, estan regulades per un dret estatal que es determina segons la situació de la seva seu, o bé, segons el dret pel qual s'han constituït. L'elecció d'un determinat ordenament pot ser casual, per exemple, en base al lloc de situació del fundador de l'entitat; però quan existeixen diferents fundadors i la finalitat ho permet, s'utilitzen altres criteris per escollir llei aplicable de

---

<sup>1209</sup> Es palesa com no ha variat el discurs malgrat la consolidació de l'actuació internacional de les OING (fundacions o associacions) des del punt de vista internacionalprivatista, “There are many hundreds of business organizations and nonprofit associations for humanitarian or scientific purposes which carry on activities throughout the world or over large territories, but under the present rules have to do without an adequate legal unity. They have either to seek separate incorporation in the several status or to be content with acquiring personality in one state only. (...)”. E. RABEL, *The Conflict of Laws. A Comparative Study*, University of Michigan Law School, Vol. II, 2<sup>a</sup> ed., 1960, pàg. 16.

<sup>1210</sup> S. DE SALAS MURILLO, “Notas sobre el estatuto de asociación europea”, *Actualidad Civil*, n. 9, 1997, pàg. 184. Segons C. TEIJO, existeix una manifesta desconexió entre la vigorosa realitat transnacional de les OING i la reduïda nòmina de normes internacionals que els Estats han desenvolupat, que evidencia la pèrdua de contacte d'aquest ordenament jurídic amb l'evolució de la realitat social que regula. Per tant, estaríem davant una llacuna legal que perjudica el desenvolupament de les seves funcions de cooperació internacional, en àmbits precaris de falta de seguretat jurídica. Davant d'aquesta situació, en què les organitzacions es situen *outlaws*, l'autor advoca per a què “los Estados articulen algún tipo de norma internacional que permita reducir las trabas que establecen las legislaciones internas al reconocimiento de la personalidad de l'OING y equivalga a un estímulo de las fundaciones de cooperación internacional que encarnen estas organizaciones”. C. TEIJO GARCÍA, *Organizaciones internacionales no gubernamentales y derecho internacional*, Díxel, 2005, pàg. 207; 205.

constitució o la situació de la seu. Per exemple, es pot optar per un determinat ordenament per la 'neutralitat' de l'Estat en les seves activitats polítiques o la seva situació geogràfica, o la seva regulació jurídica de les entitats. Per això és bastant comú que associacions i fundacions amb aspiracions internacionals es constitueixen per la llei holandesa (que permetria, seguint la teoria de la incorporació, que el consell de direcció estigués situat en un tercer Estat, *Stichting Oxfam International*, *Greenpeace*), o bé, a Luxemburg (p. ex. GEDIP). Actualment, però, cal afegir que en l'esfera europea s'està estenent una *praxis* consistent en constituir 'associacions europees' a través del Dret belga, essent per tant associacions constituïdes com a persones jurídiques sotmeses a l'ordenament jurídic de Bèlgica. Les raons d'aquesta pràctica serien dues: per una banda, la proximitat amb les institucions europees situades a Brussel·les, i per l'altra, que la legislació belga preveu una reglamentació específica per a les associacions internacionals, essent més liberal i flexible que moltes altres legislacions<sup>1211</sup>. Així mateix succeeix amb fundacions que es constitueixen amb la finalitat d'actuar en tot o part del territori comunitari, que per manca d'existència d'un mecanisme legal europeu, com seria un Reglament que instituís la Fundació Europea, opten per constituir-se sota la llei belga i establir-hi la seva seu social, per exemple, l'*European Foundation for Rural Investment Support for Europe* (RISEF). Els seus fundadors, abans de la seva constitució sota la normativa belga, van estar provant d'esbrinar quina era la forma jurídica transnacional més ideal per una fundació d'aquestes característiques, i no la van trobar. Van incloure, però, una previsió en

---

<sup>1211</sup> Exemples d'associacions autoqualificades com europees sotmeses al règim legal belga: CEDAG (*European Council of Voluntary Organisations*); CLONG (*Liaison Committee of Development NGOs to the EU*); EAEA (*European Association for the Education of Adults*). La Comissió Europea ha elaborat un directori on es recullen 957 associacions europees, que ha subdividit segons si són grups d'interès corporatiu (agricultura, indústria, etc.), o bé ONG, quan les activitats de l'associació tenen fins d'abast general. C. TEIJO GARCÍA, "Democracia, sociedad civil europea y asociaciones europeas: un olvidado vacío legal. Nuevas reflexiones a la luz del derecho europeo de asociación recogido en el artículo 12 de la Carta de derechos fundamentales", *XIX Jornadas de la AEPDIRI: La Unión Europea ante el siglo XXI: los retos de Niza*, Madrid, 2003, pàg. 163. La llei belga sobre associacions va ser modificada l'any 2002, en part perquè contenia previsions contràries a la normativa europea: "Indeed, Section I, concerning NPOs, stipulated that three-fifths of the members had to be Belgian nationals; this infringes Article 6 of the Treaty of Rome, which forbids discrimination based on nationality. Belgium received formal notice from the European Commission in this regard in 1998." G. PIROTTE, "Belgium", H.K. ANHEIER; S. DALY (eds.), *The Politics of Foundations*, Routledge, 2007, pàg. 94. Es pot qualificar aquesta normativa belga d'exorbitant, perquè preveu un estatut preferencial a les OING, ja que els permet exercir a Bèlgica la totalitat dels drets que deriven del seu estatut jurídic nacional amb l'única limitació de l'ordre públic. C. TEIJO GARCÍA, *Organizaciones internacionales no gubernamentales y derecho internacional*, Díxel, 2005, pàg. 203. Sobre la regulació belga de les associacions internacionals sense fins lucratiu, vegeu: M. DE WOLF, "Les associations internationales après la Loi du 2 mai 2002", *Revue Pratique des Sociétés*, 2002, 5-21. Per consultar la llei: <www.belgiquelex.be>. En aquesta llei s'exigeix que les associacions estrangeres, a part de complir amb alguns requisits com és que la finalitat sigui filantròpica, també exigeix que en tots els actes, factures, publicacions i altres documents, han de mencionar que es tracten de '*association internationale sans but lucratif*' (art. 47).

els seus Estatuts segons la qual la fundació adoptaria la forma de Fundació Europea tant aviat com entrés en vigor el Reglament sobre l'Estatut de Fundació Europea, ja que consideraven que amb aquesta categoria podrien superar les dificultats existents per desenvolupar les iniciatives en interès d'Europa<sup>1212</sup>.

Hi ha un altre tipus d'organització sense ànim de lucre, d'origen privada i amb caràcter internacional que engloba diferents tipus d'entitats que sí disposen d'una norma supranacional europea, ens referim a les Organitzacions Internacionals No Governamentals (OING)<sup>1213</sup>. Aquest Conveni del Consell d'Europa no preveu realment una estructura supranacional regida per una norma també supranacional, sinó que, jurídicament, aquestes 'associacions o fundacions internacionals' són, en realitat, institucions nacionals regides per cada secció o establiment nacional per la llei de l'Estat de la seva seu respectiva. Adopten la forma jurídica de fundació, de fet, tant el Consell d'Europa com la Comissió Europea inclouen les fundacions en el grup d'entitats sense fins lucratius que poden constituir una ONG, juntament amb les associacions i organismes *charitables*<sup>1214</sup>. Les OING exerceixen les seves activitats en pluralitat de països, amb personal laboral o voluntariat de diferents nacionalitats, raons per les quals se'ls hi atribueix naturalesa internacional, malgrat ser regides per drets nacionals<sup>1215</sup>. En el marc de la política comunitària de cooperació al

---

<sup>1212</sup> La frustració en la cerca d'una estructura ideal per al projecte de la *RISE foundation*, va augmentar quan van comprovar que per obtenir les exempcions fiscals per donacions per part del Ministeri belga de finances, calia confirmar que eren efectuades per residents a Bèlgica. Ho van solucionar a través de la Xarxa creada per la *King Baudouin Foundation, Transnational Giving Europe network* (que s'explicarà en apartats posteriors). *Report of the EFC Tax Seminar 2007, How does EU law affect national foundation law?*, Bèlgica, 5 de febrer de 2007, pàg. 7.

<sup>1213</sup> El Conveni europeu de 24 d'abril de 1986 sobre el reconeixement de la personalitat jurídica de les organitzacions internacionals no governamentals, elaborat pel Consell d'Europa, està en vigor des de gener de 1991, entre alguns Estats europeus. *Vid.* part II, cap. III, apartat 2.1.3

<sup>1214</sup> Consell d'Europa: Conveni número 124 referent al reconeixement de la personalitat jurídica de les organitzacions internacionals no governamentals de 24 d'abril de 1986, art. 1; Comissió Europea: "La Comisión y las organizaciones no gubernamentales: construyendo un partenariado más intenso", COM (2000) 11 i 18. 1.2000. En termes generals, la doctrina i la pràctica internacional tendeix a qualificar a tota associació i fundació sense afany de lucre que tingui una composició i activitat multinacional, com a OING, amb independència dels fins socials que persegueixi. C. TEIJO GARCÍA, *Organizaciones internacionales no gubernamentales y derecho internacional*, Díxel, 2005, pàg. 234-235. Aquest mateix autor, augura una dissolució entre la regulació d'associacions i fundacions internacionals que acabi amb els problemes juridicoadministratius respecte la seva activitat transnacional. Proposa que les OING siguin un espècie concreta d'aquestes associacions o fundacions internacionals, singularitzada per la persecució de fins d'interès general d'abast internacional i amb tasques de cooperació internacional. Amb aquesta visió, entendriem que només podrien qualificar-se d'OING les que s'ocupen de la cooperació internacional, i la resta d'organitzacions internacionals amb fins no lucratius i d'interès general, no es podrien qualificar com a tal.

<sup>1215</sup> M. REVILLARD, "Associations en droit international privé", *Juris Classeur - Droit international*, 11, 2000, pàg. 10. L'exemple més clar és la Creu Roja Internacional. Un possible perill apuntat per la doctrina, seria el fet que les associacions nacionals constituïdes a partir d'una organització internacional, per tal d'evitar

desenvolupament s'ha optat d'entre els mecanismes per accionar la cooperació per actuar mitjançant les OING. En algunes ocasions el legislador comunitari cofinança accions o programes d'activitats pròpies de les organitzacions, o bé, actua per subcontractació d'aquestes, per tal que executin programes específicament comunitaris<sup>1216</sup>. En el primer cas, el de cofinançament, poden optar les 'ONG europees' que compleixin determinades condicions: estar constituïda com a organització autònoma sense fins lucratiu en un Estat membre i a través de la legislació d'aquest Estat; tenir la seu en un Estat membre; aquesta seu haurà de ser el centre principal de totes les decisions relatives a les accions cofinançades; i la major part dels seus recursos financers hauran de ser d'origen europeu<sup>1217</sup>. Malgrat aquesta regulació europea que qualifica com a europees a determinades OING a través de diferents criteris, el procediment de constitució de tal entitat, així com la legislació aplicable, es remet a la llei d'un Estat membre, per tant, una normativa nacional, generalment relativa a les associacions<sup>1218</sup>.

## 1.2 La cooperació entre fundacions a Europa

El Centre Europeu de Fundacions (EFC) insisteix, a través dels seus estudis, que els anys noranta han suposat un punt d'inflexió en el món fundacional europeu provocats pels avenços en la consecució del mercat europeu i les emergents democràcies de l'Europa Central i de l'Est, que ha comportat un radi d'acció cada cop més transnacional en el si d'Europa<sup>1219</sup>. La independència i flexibilitat de les fundacions les converteixen en catalitzadores de programes de desenvolupament, cultural o social, ja que uneixen els recursos, l'experiència i l'administració necessària per afrontar els objectius que es proposen a escala europea<sup>1220</sup>.

---

els obstacles dels diferents ordenaments jurídics acabessin trencant el vincle amb l'associació 'matriu', i conseqüentment es tornessin més dèbils. C. TEIJO GARCÍA, *Organizaciones internacionales no gubernamentales y derecho internacional*, Díxel, 2005, pàg. 202.

<sup>1216</sup> L'ajut comunitari a les OING ha augmentat considerablement en els darrers anys: la mitjana anual ha passat de 76 milions d'euros en el període 1986-1990 als 155 milions durant 1991-1995, i 260 milions d'euros cada any de 1996 a 1998. J.A. FUENTETAJA PASTOR, "Capítulo XXI: La política comunitaria de cooperación al desarrollo", E. LINDE PANIAGUA (coord.), *Políticas de la Unión Europea*, 5ª ed., Colex, 2005, pàg. 831.

<sup>1217</sup> Art. 3 del Reglament (CE) 1658/98 del Consell, de 17 de juliol de 1998, sobre el cofinançament, amb organitzacions no governamentals de desenvolupament europees, d'accions en els àmbits que afecten als països en desenvolupament (DO L213, 30.7.1998).

<sup>1218</sup> Hi ha ordenaments que contenen una regulació pròpia per a les ONG, com és el cas de Portugal i Bèlgica. H. RUIZ FABRI, "Organisations non gouvernementales", *Rép. Internat. Dalloz*, octubre 2000, pàg. 3.

<sup>1219</sup> EUROPEAN FOUNDATION CENTRE, "Working with Foundations in Europe: Why and How?", 2001, <www.efc.be>. *Id.* part I, cap. I, apartat 1.3.3.

<sup>1220</sup> *Id.* part I, cap. III.



Malgrat les diferències jurídiques existents entre les fundacions dels Estats membres de la Comunitat, aquestes han comprès la importància i la necessitat d'actuar col·laborativament, així com, el valor de compartir l'experiència i els recursos en la promoció de la solidaritat i de la integració europea. Reunir-se en associació és fonamental per tal de treballar en xarxa, o bé, per tal d'establir una cooperació entre fundacions que comparteixen projectes o finalitats comunes. Tal necessitat de coordinació i col·laboració s'estén a d'altres tipus d'organitzacions que conformen el Tercer sector (o de l'economia social), així com respecte l'Administració pública. Per a realitzar aquesta cooperació, les fundacions de diferents Estats europeus poden unir-se temporalment per dur a terme un projecte concret, sense ser necessari operar a través de fusions o constituir establiments permanents. Considera J.L. PIÑAR MAÑAS que no és necessari establir cap requisit especial quan hi ha una col·laboració entre fundacions de distints països, o quan una fundació estrangera desenvolupa una activitat de forma puntual o no regular en el territori d'un altre Estat. Per exemple, l'organització d'una exposició de pintura o la celebració d'un concert per part d'una fundació de l'Estat X a l'Estat Y, en aquests casos, no seria necessari establir una delegació en l'Estat Y, essent el reconeixement de la fundació X, en principi, automàtic per la majoria d'ordenaments europeus, tal i com s'ha exposat en la segona part<sup>1221</sup>. Però, per a dur a terme actuacions de col·laboració amb entitats d'altres Estats, les fundacions topen amb un primer entrebanc que massa sovint fa desistir de projectes, aquest és la dificultat per obtenir la informació suficient i fefaent de les possibles entitats cooperants. Per això, seria interessant elaborar una base de dades de les fundacions, i d'altres ens sense ànim de lucre, establertes a Europa. Certament existeixen repertoris supranacionals sobre fundacions, tots aquests, però, són privats i generalment reuneixen només les fundacions de més envergadura<sup>1222</sup>.

La pràctica indica que aquestes col·laboracions es realitzen sense que existeixin uns procediments estandarditzats, mitjançant convenis de col·laboració que acostumen a seguir el següent esquema: la fundació estrangera participa econòmicament en un projecte que executarà la fundació nacional, la qual serveix com a plataforma d'actuació, és a dir, s'utilitza la seva personalitat (per exemple, per sol·licitar un permís administratiu per dur a terme una manifestació cultural

---

<sup>1221</sup> *Vid.* part II, cap. III, apartat 2.

<sup>1222</sup> Recordem per exemple, el Club de La Haia (*Vid.* part I, cap. I, apartat 1.1.4); el Centre Europeu de Fundacions (EFC), o el *Network of European Foundations for Innovative Cooperation*, que presentarem en les línies que succeeixen.

en un parc públic; per arrendar una sala d'exposicions o un auditori, etc.). En aquests supòsits, els principals problemes que sorgeixen són de caràcter fiscal, en concret, la qüestió a resoldre seria el gravamen fiscal que se li aplicaria a l'aportació econòmica de la fundació estrangera<sup>1223</sup>. Un altre possible mecanisme de col·laboració és a través de contractes internacionals, per exemple, de prestació de serveis. En aquests supòsits, la llei aplicable seria determinada, en els països europeus, a través del Conveni sobre llei aplicable a les obligacions contractuals, fet a Roma el 19 de juny de 1980 i els seus protocols d'interpretació<sup>1224</sup>. És possible utilitzar altres mecanismes propis del comerç

---

<sup>1223</sup> En les entrevistes mantingudes amb el Sr. A. MONTEVERDI, del *Centro di Documentazione sulle Fondazioni* i amb la jurista de la *Fondazione San Paolo* (Torino, Itàlia), o amb el Sr. A. GARCÍA, gerent de la Fundació Internacional Josep Carreras per a la Lluita contra la Leucèmia, coincidien en el mecanisme exposat de col·laboració entre fundacions, de manera que la fundació exterior aportaria el capital (o una part d'aquest), i la nacional s'ocuparia de la gestió. Moltes de les actuacions de les fundacions es destinen a la captació de fons, i sovint aquesta activitat no està permesa a les fundacions estrangeres en els ordenaments de recepció, ni tant sols quan existeix una delegació (p.ex. en la llei espanyola de fundacions), aleshores és imprescindible la col·laboració amb fundacions nacionals.

<sup>1224</sup> Fins que entri en vigor el Reglament (CE) 593/2008 del Parlament Europeu i del Consell de 17 de juny de 2008, sobre la llei aplicable a les obligacions contractuals (RRI). Per exemple, una fundació X de l'Estat X, que pretén recaptar fons a l'Estat Y a través d'un acte cultural, com seria un concert. Es compta amb la cooperació d'un artista de l'Estat X, que està disposat a donar els beneficis que ell obtindria del concert a la Fundació X. La Fundació de l'Estat X realitza un contracte amb l'altra fundació o entitat d'utilitat pública de l'Estat Y, pel qual s'estableix que fins a certa quantia els guanys del concert són per la fundació Y (Estat d'acollida) i organitzadora, mentre que l'altra part dels guanys seran per l'artista. L'artista cedirà aquests guanys directament per contracte, per tant renuncia a cap retribució, i els beneficis són per la fundació de l'Estat X. El contracte entre les fundacions, serà un contracte internacional amb unes clàusules concretes. La llei aplicable serà la determinada en el mateix contracte (art. 3 Conveni de Roma 1980), i en cas de no haver-se especificat (art. 4 Conveni de Roma 1980), per la llei del país que presenti els vincles més estrets, i que es pot presumir la llei d'on radiqui l'administració central de la persona jurídica de la part que ha de realitzar la prestació característica. En els supòsits en què no fos aplicable el Conveni de Roma de 1980 sobre llei aplicable a les obligacions contractuals, atendríem a un possible conveni internacional bilateral, o a les normes autònomes. Per la competència judicial internacional: R. 44/2001, seran competents els tribunals de l'Estat membre: i) quan existeixi acord de submissió de l'assumpte a favor d'un tribunal d'un Estat membre, per submissió expressa (art. 23 RBI), per submissió tàcita (art. 24 RBI). ii) el tribunal del domicili del demandat (fur general, art. 2 R. 44/2001). iii) el tribunal del país en que s'hagués, o s'hauria de complir l'obligació que serveix de base de la demanda (art. 5.1 RBI). *Vid.* part II, cap. II. Aquí, de nou, sorgeixen les qüestions fiscals, el benefici obtingut per la fundació estrangera (Fundació de l'Estat X), no s'inclouria, en principi, com a benefici sense afany de lucre, sinó que serien guanys de l'artista que tributaria com activitat mercantil en l'Estat Y, però que en l'Estat X, l'artista donaria a la fundació X, per tal que se li apliquin els beneficis fiscals. En el cas contrari, la donació transfronterera no obtindria els beneficis fiscals, com es comprovarà posteriorment.

societari internacional, com una *joint venture*<sup>1225</sup>, podent realitzar una operació puntual, o bé, una actuació més durable creant una filial comuna<sup>1226</sup>.

Ens podem plantejar si seria possible que les fundacions de distints Estats cooperessin a través d'una Agrupació Europea d'Interès Econòmic (AEIE)<sup>1227</sup>. Com a mecanisme d'actuació seria perfecte per a realitzar projectes comuns, ja que la finalitat de l'Agrupació seria facilitar o desenvolupar l'activitat econòmica de les fundacions que la integrarien, sense perdre la seva independència. L'impediment principal i que exclouria de la seva possible utilització, rau en el fet que l'activitat que realitza una AEIE ha de ser necessàriament econòmica, i les fundacions tot i que poden desenvolupar activitats econòmiques, aquestes no poden ser la seva finalitat principal, sinó que ha de ser, en tot cas, accessòria. Considerem que les fundacions que presten serveis, o empreses que pertanyen a les fundacions, podrien constituir una AEIE sempre que aquesta tingués per finalitat facilitar o desenvolupar una activitat econòmica que haguessin de realitzar les fundacions. Serien activitats econòmiques accessòries als seus fins perquè no es repartirien els beneficis, sinó que es distribuïrien i acreixerien els patrimonis de les fundacions, o bé, si no hi haguessin beneficis, simplement complirien amb la finalitat perseguida per l'AEIE. Si en la majoria d'ordenaments jurídics europeus es permet que les fundacions constitueixin empreses instrumentals, o bé hi participin, per què no haurien de poder constituir una AEIE? La causa més probable d'exclusió, seria que els preceptes del reglament estableixen els subjectes que poden ser membre d'una AEIE. En concret, segons l'art. 4 del Reglament (CE) 2137/1985, poden ser membres d'una agrupació, entre altres: "les societats, segons el segon paràgraf de l'art. 58 del Tractat (*actual art. 48 TCE*)". La lectura de l'art. 48 TCE, no deixa dubte que exclou a les persones jurídiques sense ànim de lucre, categoria d'entitat que inclouria a les fundacions. Ara bé, aquesta lectura és susceptible d'interpretacions i matisacions. En l'estudi de J.F. BLANCO RUIZ, s'inclou com a possibles membres de les

---

<sup>1225</sup> A Barcelona hi ha el Banc de Cordó Umbilical de Catalunya (CUC), que forma part del *NetCord (The International Netcord Foundation)*, que és una fundació registrada als Països Baixos i sotmesa al seu dret), que es va finançar a través d'una *joint venture*. Respecte les *joint venture* vegeu, per tots: F. ESTEBAN DE LA ROSA, *La joint venture en el comerç internacional*, Comares, Granada, 1999; R. ARENAS GARCÍA, "Capítulo 3: Sociedades", J.C. FERNÁNDEZ ROZAS; R. ARENAS GARCÍA; P.A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho de los negocios internacionales*, Madrid, 2007, pàg. 204 i ss.

<sup>1226</sup> Ha esdevingut habitual la col·laboració entre les *charities* britàniques (s'inclourien els diferents tipus d'entitats) i les organitzacions continentals a través de *joint ventures*, en especial, amb els Estats de l'Europa de l'Est. P. PALMER, "Auditing, Accounting and Supervision in the European Charitable Sector", *Corporate governance in not-for-profit entities*, v. 5(1), 1997, pàg. 32.

<sup>1227</sup> Reglament (CE) número 2137/85 del Consell, de 25 de juliol de 1985, relatiu a l'agrupació europea d'interès econòmic. (DOCE EE 17/vol. 2, p. 3). *Vid.* part III, cap. II, apartat 2.1.

Agrupacions les fundacions i, en general, a les entitats del sector no lucratiu<sup>1228</sup>. La justificació prové de distintes consideracions. Per una banda, de la lletra del Preàmbul del Reglament en què es fa referència a una Agrupació oberta als diferents possibles integrants, així com la interpretació àmplia de la noció d'activitat econòmica. A tenor d'aquesta interpretació, s'hauria d'incloure les prestacions a càrrec de fundacions que desenvolupen vertaderes activitats econòmiques. Finalment, el mateix autor reafirma la possibilitat d'incloure les fundacions en la lletra de l'art. 48 TCE a través de diferents raonaments doctrinals, així com de documents europeus que expressament es posicionen en aquest sentit<sup>1229</sup>. Només s'exclourien de tal possibilitat les fundacions que es limitin a acomplir els seus objectius no lucratius sense dur a terme cap activitat econòmica<sup>1230</sup>.

La necessitat de cooperació i els topalls existents per exercir-la han motivat a sectors privats a estudiar els problemes que sorgeixen i les possibles solucions a les col·laboracions transnacionals de les fundacions que persegueixen un mateix fi. Per exemple, la *Network of European Foundations for Innovative Cooperation (NEF)*<sup>1231</sup>, és una associació 'europea' que té com a missió actuar com a

---

<sup>1228</sup> F. BLANCO RUIZ, "Las Agrupaciones de Interés Económico y el sector no lucrativo", M. RODRIGUEZ PIÑERO; R. DE LORENZO GARCÍA; M.A. CABRA DE LUNA (dirs.), *El sector no lucrativo en España*, 1993, Madrid, pàg. 685-720. En la mateixa línia, "Il peut s'agir de toute personne de droit public ou d'entités sans but lucratif mais ayant une activité économique, telles que (...) ou certaines associations." Aquests ens haurien de complir la condició de disposar de capacitat per concloure contractes, per tant, de capacitat jurídica, haver estat constituïts conforme la legislació d'un Estat membre i tenir la seva seu real a la Comunitat. Requisits que sí complirien les fundacions. M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, Montchrestien, 2001, pàg. 161.

<sup>1229</sup> *Resolución del Parlamento Europeo de 13 de marzo de 1987 sobre Entidades sin fin de lucro (DOCE, C99/205, 3.4.1987). Comunicación de la Comisión al Consejo de la Comunidad Europea de 18 de diciembre de 1989 (SEC (89) 2187 final)*, sobre Empreses de l'Economia social, que a més d'incloure les fundacions en aquest tipus d'empreses, reconeix expressament la possibilitat que aquestes constitueixin AEIE. F. BLANCO RUIZ, "Las Agrupaciones de Interés Económico y el sector no lucrativo", M. RODRIGUEZ PIÑERO; R. DE LORENZO GARCÍA; M.A. CABRA DE LUNA (dirs.), *El sector no lucrativo en España*, 1993, Madrid, pàg. 705.

<sup>1230</sup> En el seminari "Towards a European Framework for Public Benefit Foundations" (ERA-EFC, Brussel·les, 14/9/2006), es va plantejar la idea de proposar una Agrupació Europea d'Interès No Econòmic, eina que possibilitaria a fundacions i altres tipus d'institucions com associacions i ONGs, agrupar-se per col·laborar en un projecte comú. Sorgí el debat, i l'EFC es va posicionar en contra, argumentant la necessitat d'una regulació específica en matèria de fundacions i no una normativa general d'ens *nonprofit* que podria resultar ineficaç. De fet, en el preàmbul de la proposta retirada d'Estatut d'Associació Europea (1992) es considerava que l'AEIE, si bé permet fomentar determinades activitats de manera conjunta preservant l'autonomia dels seus membres, no satisfà les exigències específiques de les associacions i fundacions.

<sup>1231</sup> Fins el 2002, era *Association for Innovative Cooperation in Europe (AICE)*. Aquesta associació va ser constituïda mitjançant la legislació belga i té la seu a Brussel·les. Segons els seus estatuts té com a finalitats: "Article 2. The association, which is not inspired by profit-making motives, has the purpose of strengthening philanthropic cooperation between foundations, associations, voluntary organisations and other non-governmental organisations in Europe. In particular, the association is meant to serve as a

plataforma operativa per desenvolupar projectes entre fundacions i altres tipus d'organitzacions filantròpiques. El context d'actuació és europeu, amb finalitats com la promoció d'Europa en el context global, o com donar una perspectiva europea a iniciatives locals o regionals<sup>1232</sup>.

### 1.3 Les barreres a les activitats transnacionals intracomunitàries de les fundacions

Presentàvem a l'inici de la segona part els problemes que en general han de resoldre les normes de DIPr en les actuacions transfrontereres de les fundacions a escala internacional. En àmbit europeu comunitari són traslladables les mateixes barreres legals, administratives i fiscals que existeixen en l'àmbit internacional. No obstant això, el context juridico-polític és diferent, raó per la qual s'han de tenir en compte determinades característiques d'una Organització Regional d'Integració Econòmica que s'anomena Unió Europea i que hauria de comportar, teòricament, més facilitats en el desenvolupament econòmic i social en el territori que conforma aquesta unió internacional d'Estats. En aquesta tercera part de l'estudi es limitarà l'estudi al dret comunitari en el seu àmbit d'aplicació espacial, és a dir, a les situacions transfrontereres establertes entre els particulars i les empreses (i persones jurídiques) en el si del mercat interior, per tant, les relacions transfrontereres establertes entre els Estats membres de la Comunitat Europea<sup>1233</sup>.

Les barreres a les quals s'han d'afrontar les activitats transfrontereres permanents o estables de les fundacions a Europa es podrien resumir en els següents termes:

- Les **exigències legals i administratives** per actuar de forma permanent en un altre territori de la UE: el reconeixement legal de la fundació; els requisits legals establerts per les legislacions domèstiques; la impossibilitat d'establir sucursals o delegacions de fundacions en algunes legislacions (p.

---

launching pad for new initiatives in which the major European foundations are involved.”, vegeu: <[www.nefic.org](http://www.nefic.org)>.

<sup>1232</sup> Pretén posar en contacte les fundacions a Europa que poden compartir preocupacions similars i objectius comuns, actua com a nexa per executar projectes comuns compartits entre diferents fundacions. Projectes actuals serien, per exemple: *European Programme for Integration and Migration* o; *The Place of Religion in Modern European Societies*. Interessant és l'estudi: *Cultural Cooperation in Europe: what Role for Foundations?* (2002). El seu propòsit és identificar les tendències que segueixen les fundacions en el camp de cooperació cultural internacional.

<sup>1233</sup> En relació a la delimitació espacial del camp d'aplicació del dret comunitari, i la subsegüent discussió doctrinal sorgida de la jurisprudència del TJCE respecte la relativitat en la distinció estricta entre les relacions intracomunitàries i les internacionals, vegeu: A. BORRÁS, “Le droit international privé communautaire: réalités, problèmes et perspectives d'avenir”, *RCADI*, vol. 317, 2005, pàg. 338 i ss. En el present estudi no s'entrarà a valorar les possibles incidències directes del dret comunitari en l'àmbit internacional.

ex. Hongria); les diferents concepcions i interpretacions de 'l'interès general'; els registres estatals; i les despeses ocasionades per la nova constitució en cada Estat.

- Les **normatives fiscals** no harmonitzades, tant respecte les donacions transfrontereres i els respectius beneficis fiscals, com dels impostos als quals es troben subjectes les fundacions que actuen de forma permanent o puntual en altres Estats, o de les rendes que obtenen en un altre territori a partir d'activitats, com per exemple, l'arrendament d'un immoble, i la normativa fiscal que li seria aplicable segons si es consideraria o no que els rendiments són destinats a una activitat d'interès general.

Els problemes es poden resumir a grans trets en: barreres fiscals i barreres legals, i seran aquests darrers l'objecte del present estudi. S'accentuen més o menys aquests problemes (legals i/o fiscals) segons el tipus d'activitat transfronterera que desenvolupa la fundació. Així, la principal preocupació de fundacions 'grantmaking' o no operatives<sup>1234</sup>, no rauria tant en els aspectes legals, ja s'han descrit els diferents mecanismes per a realitzar cooperacions, sinó en la tributació dels beneficis obtinguts. Aquests beneficis s'obtenen per tal de ser reinvertits en la finalitat de la mateixa fundació, per tant, són beneficis sense ànim de lucre i que es destinaran a finalitats d'interès general que haurien d'estar exemptes de tributació segons les normatives fiscals dels Estats (cada norma estableix els requisits i els beneficis en concret). Però, quan l'obtenció del benefici d'una fundació ha estat en un tercer Estat, on la fundació no té la seva seu, o no té una delegació (i en ocasions, fins i tot, sí disposa d'una delegació), no se la reconeix com a entitat sense ànim de lucre de manera que els beneficis han de tributar sense tenir en compte les prerrogatives que sí li seran d'aplicació a una fundació 'nacional', i per tant, desvirtua en part la finalitat de l'actuació. Així mateix succeeix quan s'hauria d'aplicar una exempció fiscal al rendiment d'una fundació en un tercer Estat, que seria d'aplicació per una fundació 'nacional', però no per una fundació estrangera. En relació a les fundacions de captació de fons, és evident que el problema principal és tributari, resultant no rentable l'actuació per cooperació, i optant, com a única solució, a constituir noves fundacions, i no delegacions, en els Estats on pretenguin recaptar fons, i aleshores entren en joc els entrebancs legals<sup>1235</sup>. Per a les fundacions 'grantmaking' doncs, el principal

---

<sup>1234</sup> *Vid.* part I, cap. III, apartat 2.1.1.

<sup>1235</sup> Per a una fundació que pretengui recaptar fons en quatre països europeus, per exemple, per a l'atorgament de beques anuals d'investigació en medicina de malalties com el càncer o l'alzheimer, li és més eficaç constituir quatre fundacions independents, amb personalitat jurídica pròpia en cada país,

problema de la seva actuació transfronterera rau en el tracte fiscal que reben. Mentre que per a les fundacions operatives els entrebancs per actuar són legals, i per això, les seves preocupacions incideixen en la proposta d'una regulació legal harmonitzada en Dret europeu per a fer més àgils els tràmits legals per a poder constituir delegacions de les seves fundacions.

## **2. LES FUNDACIONS EN EL MERCAT INTERIOR I LES LLIBERTATS COMUNITÀRIES**

La Comissió Europea, i d'altres òrgans comunitaris com el Comitè Econòmic i Social, han destacat la importància econòmica i social de les fundacions en el procés d'integració europea. Malgrat això, no trobem cap referència legal sobre fundacions en cap dels textos originaris europeus<sup>1236</sup>, ans al contrari, es pot interpretar que expressament no es va disposar res per aquest tipus d'ens. La raó de tal exclusió seria justificable des del punt de vista històric, ja que en els orígens del projecte europeu es perseguia una unió fonamentada en els vincles econòmics, per això, l'atenció va recaure en el subjecte per excel·lència en aquest sector, les societats mercantils, figura sí inclosa en el Tractat constitutiu de la Comunitat Europea, fet a Roma el 25 de març de 1957. Aquest objectiu originari, però, actualment no és l'únic, tal i com s'exposarà a continuació, i s'opta per un model d'Unió Europea en què s'incloguin responsabilitats socials que afecten a la ciutadania europea<sup>1237</sup>.

Mentre el projecte europeu s'ha consolidat, paral·lelament les fundacions han adquirit un rol important en la societat, que ha estat potenciat per les institucions públiques de cada Estat, així com, s'han professionalitzat en la majoria de casos. Les necessitats d'expansió i els seus projectes les han conduït a travessar fronteres i, quan aquestes són europees, sorgeix el dubte de si les fundacions constituïdes pel Dret d'un Estat membre, haurien de rebre les mateixes prerrogatives que qualsevol altre element del mercat únic i eliminar les restriccions que són

---

regulades per la normativa legal i fiscal d'on estan situades, donat que la captació de fons és més beneficiosa. D'aquesta manera s'aconsegueix que el rendiment sigui molt més efectiu individualment, ara bé, per mantenir la vocació internacional, aquestes quatre fundacions que tenen el mateix fi, a part de compartir membres del consell de direcció, formalitzarien un acord, pel qual, cada any convocarien conjuntament la beca d'investigació, i rotatòriament cada una d'elles faria efectiu el pagament de les beques.

<sup>1236</sup> Veurem l'excepció de la Declaració 23, annexa al TUE.

<sup>1237</sup> "(...) Signé dans une période de croissance forte, de plein emploi et de compétition Est-Ouest, le Traité de Rome passe sous silence le tiers secteur, et ne s'intéresse qu'au secteur privé lucratif et au secteur public. Les circonstances ont changé; l'intégration économique est désormais une réalité, mais ses inconvénients politiques et sociaux apparaissent clairement." E. ARCHAMBAULT, *Le secteur sans but lucratif. Associations et Fondations en France*, Paris, 1996, pàg. 197.

aplicades pel fet de no haver estat expressament incloses com a beneficiàries de les llibertats comunitàries.

Enunciava M.A. CABRA DE LUNA l'evolució en el tracte que rebrien al cap del temps les fundacions en la Comunitat Europea:

“L'impacte europeu es notarà lentament, però és inexorable, el sector es veurà influenciat encara que només sigui des de l'òptica de la lliure competència (sometent a les regles de control i vigilància sobre ajuts estatals, quan operin al mercat), i la llibertat de circulació de persones, béns i serveis. Les fundacions no podran, respectant certes regles, articular discriminacions basades en la nacionalitat. La definició de l'espai social comú europeu incidirà en el rol que han de jugar les fundacions.”<sup>1238</sup>

Aquestes qüestions comencen a plantejar-se seriosament davant les més altes instàncies europees, disposant ja d'una pionera sentència del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees (TJCE) que atribueix a les fundacions la llibertat de moviment de capitals. Paral·lelament la Comissió ha plantejat un seguit de requeriments d'adequació de normatives nacionals fiscals que suposadament discriminen les donacions transfrontereres quan aquestes són a favor de fundacions estrangeres. Amb aquestes accions s'obre la porta a la inclusió de les fundacions en el cada dia més ampli Dret europeu.

## **2.1 La Comunitat Europea: objectius comunitaris**

La Unió Europea és el resultat d'un llarg procés d'integració europea que encara no ha finalitzat, que cerca com a objectiu darrer aconseguir una unificació política en el conjunt del territori que conforma la Unió. De moment, ha avançat principalment en la integració econòmica, mentre que tot just ha iniciat les vessants socials i polítiques, i més recentment, en la consecució d'un veritable espai judicial europeu. Com assenyala A. BORRÁS en la introducció del seu curs de l'Acadèmia de Dret Internacional de La Haia (2005), en relació a la lògica de la integració comunitària:

“A l'inici, es va partir d'un objectiu de caràcter econòmic, la creació i funcionament d'un 'mercat comú'. Però, després del Tractat d'Amsterdam de 1997, un altre objectiu ambiciós s'iniciava: la creació d'un 'espai de llibertat, de seguretat i de justícia', la finalitat del qual és el de facilitar l'accés a la justícia dels ciutadans europeus per mitjà de la cooperació judicial en matèria civil, conforme a les disposicions dels articles III-257 i III-269 del Tractat per establir una Constitució per Europa. (...) En el pla d'acció, les prioritats establertes per als cinc anys següents, amb l'objectiu d'una

---

<sup>1238</sup> M.A. CABRA DE LUNA, *El tercer sector y las fundaciones de España hacia el nuevo milenio*, Madrid, 1998, pàg. 1056.



‘renovació europea’ en matèria de justícia i, pel que ens concerneix, en matèria dels drets fonamentals, de la ciutadania europea i de la creació d’un veritable espai europeu de justícia en matèria civil.”<sup>1239</sup>

La història de les Comunitats europees i les seves institucions ha evolucionat al llarg de cinquanta anys, per això, ens limitarem a realitzar un succint *excursus* dels tractats originaris i de les polítiques comunitàries que interessin al present estudi, deixant apartades matèries, que si bé són interessants, considerem oportú ometre<sup>1240</sup>. És escaient assenyalar que en l’evolució de la Comunitat Europea juga un paper important la jurisprudència del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees (TJCE) respecte el desenvolupament de l’ordenament jurídic comunitari<sup>1241</sup>, per això es citaran i en ocasions s’analitzaran les pertinents resolucions comunitàries<sup>1242</sup>.

El Tractat de la Comunitat Econòmica Europea (TCEE) firmat a Roma el 25 de març de 1957, que entrà en vigor l’1 de gener de 1958<sup>1243</sup>, dóna origen al mercat comú i s’inicia la integració econòmica. Es reforça la idea d’un mercat interior a partir de l’Acta única europea (AUE, 1986)<sup>1244</sup> concebut com un espai sense fronteres interiors entre els Estats membres de les Comunitats, on es garantirien les llibertats de circulació de mercaderies, persones, serveis i capitals. Amb el Tractat de la Unió Europea (TUE, Maastricht 1992)<sup>1245</sup>, s’amplia l’àmbit competencial comunitari amb atribució de matèries com la cultura i la salut pública, i es completen d’altres polítiques com les de medi ambient i el

---

<sup>1239</sup> A. BORRÁS, “Le droit international privé communautaire: réalités, problèmes et perspectives d’avenir”, *RCADI*, vol. 317, 2005, pàg. 323 i 329. El pla d’acció s’inclou en la *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo*: “Programa de La Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años. Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia” COM (2005) 184 final, 10.5.2005.

<sup>1240</sup> De l’exhaustiva literatura comunitària es refereixen només algunes obres generals: A. MANGAS MARTÍN; D.J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 2005; M. LÓPEZ ESCUDERO et al., *Derecho comunitario material*, Madrid, 2000; P. ANDRÉS SAÉNZ DE SANTA MARÍA et al., *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, 2ª ed., Eurolex, Madrid, 1999; V. ABELLÁN HONRUBIA; B. VILÀ COSTA (dir.), *Lecciones de Derecho Comunitario europeo*, 4ª ed., Barcelona, 2005; A. MATTERA, *El mercado único europeo. Sus reglas, su funcionamiento*, Madrid, 1991; F. POCAR, *Diritto dell’Unione e delle Comunità europee*, Milano, 10 ed., 2006; T. BALLARINO, *Manuale breve di diritto dell’Unione europea*, Padova, 2004.

<sup>1241</sup> A. BORRÁS, “Le droit international privé communautaire: réalités, problèmes et perspectives d’avenir”, *RCADI*, vol. 317, 2005, pàg. 333.

<sup>1242</sup> El funcionament del Tribunal de Justícia, així com la jurisprudència es consultable en: <[www.curia.eu](http://www.curia.eu)>. Donat l’increment de sol·licituds de peticions prejudicials al Tribunal de Luxemburg, i la necessitat en certs casos d’una resposta ràpida s’ha modificat el Reglament de procediment del Tribunal, simplificant les fases del procediment prejudicial tramitat d’urgència (L 24/39, 29.1.2008).

<sup>1243</sup> Versió consolidada del TCE i TUE: DOUE n° C 321E de 29.12. 2006.

<sup>1244</sup> DOCE n° L 169 de 29.06.1987.

<sup>1245</sup> Versió consolidada del TCE i TUE: DOUE n° C 321E de 29.12. 2006.

desenvolupament tecnològic; es reforça el principi de subsidiarietat forjat com a fre a les possibles ingerències de l'activitat comunitària sobre els Estats membres<sup>1246</sup>; i s'introdueix la ciutadania europea<sup>1247</sup>. En la 'Declaració 23' relativa a la cooperació amb les associacions de solidaritat, annexa al TUE, la conferència destaca la importància que té la col·laboració entre les institucions europees i les associacions de solidaritat i les fundacions, com institucions responsables dels establiments de beneficència i de serveis socials. A partir d'aquesta Declaració, es considera que neix un diàleg entre el sector associatiu i les institucions europees, palesant una vertadera voluntat política de consulta sistemàtica tant en la fase d'elaboració com en l'aplicació de les polítiques<sup>1248</sup>.

El Tractat d'Amsterdam, resultat de la Conferència Intergovernamental de 1996 i que entrà en vigor el maig de 1999<sup>1249</sup>, modifica els tractats constitutius de la Unió i de les Comunitats, i introdueix en el Títol IV (arts. 61 a 69) la secció titulada: "Visats, asil, immigració i altres polítiques relacionades amb la lliure circulació de persones"<sup>1250</sup>. S'emfatitza en aquest Títol IV l'objectiu d'establir progressivament un 'espai de llibertat, de seguretat i justícia' mitjançant mesures de cooperació judicial en matèria civil amb repercussió transfronterera, per tant,

---

<sup>1246</sup> Art. 5.2 TCE: "En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario". Relacionat amb el principi de proporcionalitat, art. 5.3 TCE: "Ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado". Així mateix es preveia en el projecte de Tractat de Constitució europea, art. I-11, paràgraf 1; 3; i el principi de proporcionalitat en el paràgraf 4. En el Tractat de Lisboa, l'art. 5 TCE passa a l'art. 5 del TUE.

<sup>1247</sup> Actuals arts. 17 a 22 TCE. La ciutadania europea implica la lliure circulació i residència en l'espai europeu i alguns drets polítics. La ciutadania s'adquireix de forma automàtica si s'és nacional d'un Estat membre, d'aquí que l'aplicació de la no discriminació entre ciutadans europeus es basi en la no discriminació per raó de nacionalitat (art. 12 TCE).

<sup>1248</sup> Així s'expressa en l'apartat "Fomento del papel de las asociaciones y fundaciones en Europa", en la pàgina web europea en l'apartat de "Derecho de Sociedades: Economía Social". (www.europa.eu, 5.12.2006)

<sup>1249</sup> DOCE n° C 340 de 10.11.1997.

<sup>1250</sup> "Título IV: Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas. Artículo 61 A fin de establecer progresivamente un espacio de libertad, de seguridad y de justicia, el Consejo adoptará: c) medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, de conformidad con el artículo 65; Artículo 65 Las medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza que se adopten de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67 y en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior, incluirán: a) mejorar y simplificar: el sistema de notificación o traslado transfronterizo de documentos judiciales y extrajudiciales; la cooperación en la obtención de pruebas; el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en asuntos civiles y mercantiles, incluidos los extrajudiciales; b) fomentar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros sobre conflictos de leyes y de jurisdicción; c) eliminar obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles fomentando, si fuera necesario, la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros." En el TFUE és el Títol V, Espai de llibertat, seguretat i justícia, en concret l'art. 61 TCE passa a ser l'art 67 TFUE.

reafirma l'objectiu final d'un 'Espai judicial europeu'<sup>1251</sup>. Amb aquesta finalitat els Estats membres cedeixen competència legislativa a la Comunitat, és el que s'ha anomenat la 'comunitarització del Dret internacional privat', sense cap mena de dubte, el canvi més important en aquesta branca del Dret des del prisma d'un Estat europeu<sup>1252</sup>. El Tractat d'Amsterdam, també comporta un fort impuls a la promoció dels llocs de treball i es reinstaura en un únic títol l'Acord sobre política social (XI TCE: Política social, d'educació, de formació professional i de joventut). El Tractat de Niça de 26 de febrer de 2001<sup>1253</sup>, suposà la incorporació de la "Carta dels drets fonamentals de la Unió Europea"<sup>1254</sup>, i la consolidació del títol VIII del TCE: la integració dels llocs de treball en les polítiques comunitàries; l'establiment de mecanismes de coordinació a escala comunitària; i la competència del Consell per prendre mesures de foment en matèria laboral. Posteriorment en el projecte de Tractat per establir una Constitució europea (2003)<sup>1255</sup>, desenvolupava l'espai de llibertat, seguretat i justícia<sup>1256</sup>. La proposta

---

<sup>1251</sup> A. BORRÁS, "Le droit international privé communautaire: réalités, problèmes et perspectives d'avenir", *RCADI*, vol. 317, 2005, pàg. 363-369. Consulteu la Xarxa Judicial Europea: <<http://ec.europa.eu/civiljustice>>. Vegeu en AEDIPr, t. VI, 2006, les ponències i comunicacions realitzades en el *Seminario Internacional Complutense "El Derecho internacional privado en el Espacio europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: balance de una década"*, (Madrid 8 i 9 de març de 2007).

<sup>1252</sup> Sobre la comunitarització del DIPr hi ha exhaustiva literatura jurídica: De A. BORRÁS: "Incidencia de la Conferencia de La Haya y del derecho de la Unión europea en el sistema español de derecho internacional privado", J.L. IRIARTE ÁNGEL (coord.), *Propiedad y derecho internacional*, 2007, pàg. espec. 117 i ss; "Le droit international privé communautaire: réalités, problèmes et perspectives d'avenir", *RCADI*, vol. 317, 2005, espec. pàg. 421-521; "Significado y alcance del espacio judicial europeo en materia civil: hacia la reforma del Título IV TCE", *Noticias de la UE*, núm. 225, octubre 2003, pàg. 11-20; "La comunitarització del Derecho internacional privado: pasado, presente y futuro", *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz 2001, 2002*, pàg. 285-318; "La proyección externa de la comunitarització del Derecho internacional privado: los datos del problema", *La Ley*, 13.9.2002, pàg. 1-8; "Derecho internacional privado y Tratado de Ámsterdam", *REDI*, 1999-2, pàg. 383-426. Altres autors: F. POCAR, "La codification européenne du droit international privé: vers l'adoption de règles rigides ou flexibles vers les états tiers?", *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, pàg. 697-705; R. ARENAS GARCÍA, "El derecho internacional privado (DIPr) y el Estado en la era de la globalización: la vuelta a los orígenes", *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2007, espec. Pàg. 31-47; E. PÉREZ VERA, "El derecho internacional privado y la Unión Europea", *XIX Jornadas de la AEPDIRI: La Unión Europea ante el siglo XXI: los retos de Niça*, Madrid, 2003, pàg. 173-188; M. GUZMÁN ZAPATER, *Sociedad internacional y derecho internacional privado*, 2006, espec. pàg. 107-133; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "Derecho internacional privado y derecho privado europeo", S. CÁMARA LAPUENTE, (coord.), *Derecho privado europeo*, COLEX, 2003, pàg. 157-190; S.A. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho privado europeo*, Granada, 2002, espec. pàg. 115-140; J. BASEDOW, "The communitarization of the Conflict of Laws under the Treaty of Amsterdam", *Common Market Law Review*, 2000, pàg. 687-708; CH. KOHLER, "Interrogations sur les sources du droit international privé après le Traité d'Amsterdam" *RCrDIPr*, 1999-1, pàg. 1-30.

<sup>1253</sup> DOUE n° C 80 de 10.03. 2001.

<sup>1254</sup> DOUE n° C 364 de 18.12.2000.

<sup>1255</sup> DOUE n° C 310 de 16.12. 2004.

<sup>1256</sup> Vegeu les valoracions del Tractat de la Constitució Europea des de la perspectiva del DIPr, A. BORRÁS, "Le droit international privé communautaire: réalités, problèmes et perspectives d'avenir", *RCADI*, vol. 317, 2005, pàg. 454-465.

de Tractat de Constitució, com és sabut, no va reeixir, i després de les adaptacions legals i discussions polítiques necessàries es proposa el Tractat de Lisboa pel qual es modifiquen el Tractat de la Unió Europea i el Tractat constitutiu de la Comunitat Europea, firmat a Lisboa el 13 de desembre de 2007<sup>1257</sup>. En aquest es preveu substituir el títol IV, relatiu als visats, asil, immigració o altres polítiques relacionades amb la lliure circulació pel títol V, que s'intitula "Espai de llibertat, seguretat i justícia", que consta de cinc capítols, d'entre els quals és del nostre interès, el tercer dedicat a la "Cooperació judicial en matèria civil" (art. 81). La nova distribució del capítol mereix una valoració positiva ja que ordena l'espai judicial europeu per sectors, que si bé estan relacionats, mereixen especial atenció separatament. La cooperació judicial en matèria civil, adquireix importància i solidesa respecte l'anterior redactat de l'art. 65 TCE (art. 81 TFUE). En concret, sense entrar en el seu estudi detallat, destaquem tres qüestions: l'assumpció del criteri de reconeixement mutu de les resolucions judicials i extrajudicials; el procediment ordinari per adoptar normes de Dret internacional privat per a garantir el bon funcionament del mercat interior; i la inclusió expressa com a matèria el Dret de família amb repercussió transfronterera, si bé les mesures legislatives hauran de ser adoptades per procediment especial<sup>1258</sup>.

S'utilitzarà al llarg de la present part de l'estudi la versió consolidada del Tractat Constitutiu de la Comunitat Europea, en endavant, TCE<sup>1259</sup>, tot i que s'aniran apuntant l'articulat corresponent a la darrera reforma introduïda pel Tractat de Lisboa (2007), en concret en el Tractat de la Unió Europea (TUE), i en especial, el Tractat de funcionament de la Unió Europea (TFUE)<sup>1260</sup>.

Els objectius de la Comunitat Europea es troben en l'art. 2 TCE<sup>1261</sup>, els quals no són exclusivament econòmics, així: desenvolupament harmoniós, equilibrat i

---

<sup>1257</sup> DOUE C 306, 17.12.07. *Versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* (DOUE C 115, 9.5.2008).

<sup>1258</sup> L'anterior art. 65 TCE, correspon a l'actual 81 TFUE. En la Nota d'A. BORRÁS, Sesión XVII del Grupo Europeo de Derecho internacional privado (Hamburgo, 14-16 de septiembre de 2007), *REDI*, 2007, 2, (en premsa), es destaca que es mantindria la limitació dels casos transfronterers, però suavitzant el vincle amb el mercat interior, "ja que només apareix com una il·lustració de la necessitat de les mesures (*particularly when necessary for the proper functioning of the internal market*)"

<sup>1259</sup> DOCE, C 325 de 24.02.2002.

<sup>1260</sup> *Versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* (DOUE C 115, 9.5.2008).

<sup>1261</sup> Ha estat derogat, i substituït, en substància, per l'art. 3 TUE, destaquem els apartats 2 i 3: "2. La Unió ofereirà a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia. 3. La

sostenible de les activitats econòmiques; alt nivell d'ocupació laboral i protecció social; creixement sostenible i no inflacionista, respectant un alt nivell de protecció i de millora de la qualitat del medi ambient; alt grau de competitivitat i de convergència dels resultats econòmics; increment del nivell i qualitat de vida; cohesió econòmica i social i solidaritat entre els Estats membres.

Per tant, s'inclou la política social comunitària, regulada en el capítol XI del TCE (Títol X de Política Social del TFUE) que, a tall de resum, consten entre els seus objectius: el foment de llocs de treball, l'educació, la salut pública i la política de cohesió econòmica, social o territorial<sup>1262</sup>. Tots aquests àmbits estan interrelacionats, de manera que la Comunitat ha de garantir no només una política econòmica i monetària eficient per desenvolupar un mercat interior sinó també aquestes altres polítiques que han anat guanyant terreny i que integren aquest mercat interior que pretén ser competitiu i modern. Per tant, les polítiques de protecció de la salut, la protecció social, els llocs de treball, el foment de la cultura i el medi ambient han de ser promocionades i regulades mitjançant la cooperació entre els Estats membres, sota els principis de subsidiarietat i

---

Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico. La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño. La Unión fomentará la cohesión económica, social y territorial y la solidaridad entre los Estados miembros. La Unión respetará la riqueza de su diversidad cultural y lingüística y velará por la conservación y el desarrollo del patrimonio cultural europeo.”

<sup>1262</sup> Segons l'art. 136 TCE: “el foment dels llocs de treball, la millora de les condicions de vida i de treball, amb la finalitat d'aconseguir la seva equiparació per la via del progrés, una protecció social adequada, el diàleg social, el desenvolupament dels recursos humans per aconseguir una taxa d'ocupació elevada i duradora i la lluita contra les exclusions.” En relació a l'educació, formació i joventut, la Comunitat té com a funció bàsica la de fomentar la cooperació entre els Estats membres, però també la de suport i de complement de l'acció en aquestes matèries. M. GÓMEZ JENE, “Capítulo XII: La política social comunitaria”, E. LINDE PANIAGUA (coord.), *Políticas de la Unión Europea*, 5ª ed., Colex, 2005, pàg. 521-545. Amb el Tractat de Maastricht s'incorpora l'actual art. 151 TCE que fixa els objectius basats en la idea de foment de la política cultural entesa com a protecció de les minories i foment de l'herència cultural comuna, així com de la varietat i diversitat cultural i lingüística de la UE. En el sí de la política de cultura s'han aprovat i desenvolupat diferents accions i programes d'actuacions. Vegeu: M. LORA-TAMAYO VALLVÉ, “Capítulo XIII: Cultura”, E. LINDE PANIAGUA (coord.), *Políticas de la Unión Europea*, 5ª ed., Colex, 2005, pàg. 547-567. Finalment, una altra de les polítiques que desenvolupa la UE és el de la salut pública, que es fonamenta en tres eixos bàsics: la informació, la prevenció, i la reacció (art. 152 TCE). M. LORA-TAMAYO VALLVÉ, “Capítulo XIV: Salud pública”, E. LINDE PANIAGUA (coord.), *Políticas de la Unión Europea*, 5ª ed., Colex, 2005, pàg. 569-588. A aquestes polítiques, se li sumen d'altres com la política de cohesió econòmica, social i territorial, que sorgeix com a mitjà per a corregir les desigualtats existents entre els diferents Estats membres en matèria econòmica, social i territorial; la política medi ambiental, l'investigació i desenvolupament tecnològic, de cooperació al desenvolupament, etc. E. LINDE PANIAGUA (coord.), *Políticas de la Unión Europea*, 5ª ed., Colex, 2005; M. LÓPEZ ESCUDERO (coord.), *Derecho comunitario material*, Madrid, 2000. Art. 151 a 161 TFUE.

proporcionalitat, tot promocionant legislacions favorables a la consecució d'aquestes polítiques.

D'entre les mesures enumerades en l'art. 3 TCE per aconseguir aitals fins, destaquem: un mercat interior caracteritzat per la supressió, entre els Estats membres, dels obstacles a la lliure circulació de mercaderies, persones, serveis i capitals; mesures relatives a l'entrada i circulació de persones; l'aproximació de les legislacions nacionals en la mesura necessària per al funcionament del mercat comú; el reforçament de la cohesió econòmica i social; el foment de la investigació i del desenvolupament tecnològic; contribució a un alt nivell de protecció de la salut; contribució a l'ensenyament de qualitat, i desenvolupament de les cultures dels Estats membres; política en l'àmbit de la cooperació al desenvolupament, etc.<sup>1263</sup>

De la lectura del llistat d'objectius (art. 2 TCE) i de les mesures a adoptar (art. 3 TCE), és inevitable afirmar que un actor ideal per col·laborar amb les institucions públiques comunitàries en la persecució d'aquests objectius són, precisament, les fundacions. I així s'expressava en la Declaració 23 annexa al TUE, que si bé ha estat esgrimida en alguns documents europeus, no ha acabat de plasmar-se en la realitat normativa comunitària.

Partim de la base que no existeix normativa europea expressament dedicada a la figura jurídica de la fundació. Davant d'aquesta atestació s'entén que les normes aplicables són les pròpies domèstiques de cada Estat, presentades, en termes generals, en la primera part. En relació a les activitats transnacionals que aquestes puguin dur a terme en altres països de la Unió Europea (àmbit intracomunitari), s'aplicaria la normativa, també 'nacional' de Dret internacional privat de cada ordenament amb la finalitat de determinar quina norma estatal o subestatal s'aplicaria, estudi expressat en la segona part. Així doncs, es pot afirmar que les fundacions constituïdes segons el dret d'un Estat membre de la Comunitat no gaudeixen de cap tracte particular, situació que comporta un seguit de limitacions a les seves actuacions. A més, com s'ha comprovat, les normes estatals són proteccionistes en alguns Estats membres, de manera que dificulten les activitats o col·laboracions amb fundacions estrangeres, entre bancs tant jurídics com fiscals, així com també dificulten les donacions transfrontereres per part de ciutadans europeus.

---

<sup>1263</sup> P. ANDRÉS SAÉNZ DE SANTA MARÍA et al., *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, 2ª ed., Eurolex, Madrid, 1999, pàg. 68 a 70.

Si interpretem restrictivament l'actual context jurídic europeu en el qual s'ha de desenvolupar el món fundacional, podríem arribar a la conclusió que les previsions comunitàries i estatals vigents comporten limitacions als propis principis bàsics europeus. Si un dels objectius és la consecució d'un mercat interior i, per a tal fi, es gaudeix d'un seguit de llibertats comunitàries per part dels actors del mercat, entenem que s'està discriminant la fundació si la comparem amb la resta de subjectes europeus, ja siguin els ciutadans (persones físiques), com respecte d'altres corporacions com són les societats. ¿Per què uns poden gaudir en el mercat interior de les llibertats comunitàries previstes en els tractats constitutius i d'altres no, malgrat contribuir en la integració no només econòmica sinó també social? ¿Per què els ciutadans poden actuar i exercir drets lliurement en tot el territori europeu, i en canvi, efectuar una donació a favor d'una fundació d'un altre país es troba privada d'una regulació fiscal favorable, que sí li seria d'aplicació si la donació fos a una fundació del seu Estat de residència?<sup>1264</sup>

## 2.2 El mercat interior i les 'grans llibertats' comunitàries

Per a què hi hagi un vertader desenvolupament econòmic en el mercat interior, de la mateixa manera que succeeix en un mercat nacional, es precisa d'un marc jurídic que faciliti l'activitat i la cooperació econòmica entre tots els operadors econòmics i implica un espai sense fronteres internes. Per això, es preveuen en la tercera part del TCE les quatre llibertats fonamentals: lliure circulació de mercaderies, de persones (que inclouria la lliure circulació de treballadors i d'establiment), de serveis i de capitals<sup>1265</sup>. Per a una efectiva realització de les

---

<sup>1264</sup> "Ainsi donc, l'Europe sociale et politique est en retard. Pour passer d'une Europe de technocrates, désormais contestée, à une Europe de citoyens, il faut que 375 millions d'européens apprennent à se connaître et à ouvrir ensemble. Pour combler le 'déficit démocratique' apparu au moment de la signature du Traité de Maastricht, existe-t-il une meilleure école de citoyenneté que la participation à un tiers secteur sans frontière, un meilleur contrepois au grand marché qu'une société civile européenne?" E. ARCHAMBAULT, *Le secteur sans but lucratif. Associations et Fondations en France*, Paris, 1996, pàg.197.

<sup>1265</sup> La consecució del mercat interior implica un espai sense fronteres internes on es garanteix la lliure circulació de mercaderies, persones, serveis i capitals. Per aquest fi, les mesures legals adoptades s'aproven pel Consell per majoria qualificada i a proposta de la Comissió, segons el que disposa l'art. 14 TCE. Afegim a la bibliografia general sobre dret comunitari europeu les obres: E. LINDE PANIAGUA, "Capítulo III: El mercado interior (Libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales)", E. LINDE PANIAGUA (coord.), *Políticas de la Unión Europea*, 5ª ed., Colex, 2005, pàg. 126-214; J. GARCÍA VIÑA, "Derecho Laboral", E. ARROYO et al. (coord.), *Repertorio de Derecho civil y mercantil comunitario*, Bosch, 2005, pàg. 295-429; H. RUIZ FABRI; H. RUIZ; J.M. SOREL, "Organization du commerce international. L'organisation européenne et la réglementation du commerce extérieur", J.BÉGUIN; M. MENJUCQ (dirs.), *Droit du commerce international*, Paris, 2005, espec. pàg. 117-140; A.L. CALVO CARAVACA; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, Colex, 2003, espec. pàg. 25-220. M. LÓPEZ ESCUDERO (coord.), *Derecho comunitario material*, Madrid, 2000, espec., pàg. 107-153; Commentaire MEGRET, *Libre circulation des personnes, des services et des capitaux. Transports*, 12ª ed., Institut d'Etudes européennes, 1990; A.L. CALVO CARAVACA; L. FERNÁNDEZ DE LA GANDARA, *Libertad de establecimiento y derecho de sociedades en la Comunidad Económica Europea*, Tecnos, 1988.

llibertats comunitàries i per a què s'acompleixi la consecució del mercat interior, s'utilitzen bàsicament tres tècniques: a) la tècnica negativa de la prohibició dels obstacles que dificulten les llibertats de circulació dels factors productius; b) la tècnica positiva de l'harmonització de les legislacions nacionals divergents o com a alternativa que és l'aplicació del principi de reconeixement mutu, i; c) els mecanismes de control preventiu dels obstacles del mercat interior<sup>1266</sup>. Des del punt de vista internacionalprivatista també es percep aquesta diferenciació, distingint entre les tècniques de reglamentació de DIPr tradicional i les pròpies del Dret internacional privat comunitari. Segons A. BORRÁS, deixant de banda la comunitarització del DIPr, es pot constatar que el ventall de tècniques de reglamentació de les situacions privades que disposa el dret comunitari és extensa, “Hom pot incloure, en principi, tècniques específiques que es desprenen de l'objectiu d'un ‘mercat interior’: la no discriminació per raó de nacionalitat i les llibertats comunitàries. En segon lloc, certes tècniques pròpies al dret internacional privat, però que han estat adaptades als objectius del dret comunitari, com són el cas del principi del reconeixement mutu i l'harmonització de les legislacions dels Estats membres”.<sup>1267</sup> Es passa a continuació a descriure succintament aquestes tècniques ja que serà útil per al present estudi.

a) Les prohibicions als obstacles que dificulten les llibertats de circulació comporten discriminació, per això ens aturem a estudiar amb més deteniment la **prohibició de discriminació per raó de nacionalitat** entre les persones físiques i jurídiques dels Estats membres (art. 12 TCE, art. 18 TFUE)<sup>1268</sup>. Aquest principi és d'aplicació general a tots els àmbits d'aplicació del dret comunitari i el seu efecte és directe. El TJCE quan ha hagut de solucionar qüestions prejudicials ha relacionat l'art. 12 amb els art. 43 a 48 TCE (arts. 49 a 54 TFUE), i entén que l'art. 43 TCE prohibeix qualsevol tipus de discriminacions, directes o indirectes, incloses les fiscals<sup>1269</sup>, que suposin un obstacle al lliure establiment de les empreses<sup>1270</sup>.

---

<sup>1266</sup> M. LÓPEZ ESCUDERO, “El mercado interior: cuestiones generales”, M. LÓPEZ ESCUDERO et al., *Derecho comunitario material*, Madrid, 2000, pàg. 33 i ss. Es seguiran, en part, les seves explicacions.

<sup>1267</sup> A. BORRÁS, “Le droit international privé communautaire: réalités, problèmes et perspectives d'avenir”, *RCADI*, vol. 317, 2005, pàg. 372 i ss.

<sup>1268</sup> Art. 12 TCE: “En el ámbito de aplicación del presente Tratado, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en el mismo, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad. (...)” També previst en la Carta de Drets fonamentals de la Unió Europea de 7 de desembre de 2000 (art. 21.2).

<sup>1269</sup> Al no preveure expressament la discriminació fiscal, ja que els Estats membres són sobirans per exercir les pròpies polítiques fiscals, s'aplica analògicament l'art. 12 TCE. E. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, “Residencia fiscal y libre establecimiento de las empresas en la Unión Europea”, *RVAP*, n°61, 2001, pàg. 50-51 i 56-59. L'autora considera poc correcte realitzar aquesta analogia, essent partidària d'aplicar



Gaudir dels drets de ciutadania significa que un nacional d'un Estat membre no pot ser objecte de discriminacions en l'exercici dels seus drets ni per les autoritats públiques, ni per altres particulars en qualsevol Estat membre. Per garantir la no discriminació s'estableixen dues obligacions que han d'assumir els Estats membres: l'obligació de no introduir en la seva legislació cap nova discriminació; i l'obligació d'eliminar les discriminacions o restriccions existents. Les mesures nacionals que puguin obstaculitzar o fer menys atractiu l'exercici de les llibertats fonamentals garantides pel TCE, només podrien admetre's, segons el TJCE si es justifiquen en base a quatre requisits: que s'apliquin de manera no discriminatòria; que es justifiquin per raons imperioses d'interès general; que siguin adequades per a garantir la realització de l'objectiu que persegueixin i que no vagin més enllà del que sigui necessari per aconseguir l'objectiu<sup>1271</sup>.

Després d'analitzar la jurisprudència del TJCE, A. BORRÁS constata que el principi de no discriminació és aplicable en tots els casos on la llei interna d'un Estat membre contingui normes que, directa o indirectament, poden anar en contra del nacional d'un altre Estat membre. Conclusió extensiva, no només a les normes de dret substantiu, sinó també a les normes de DIPr. Des del punt de vista de DIPr, aquest principi de no discriminació per raó de nacionalitat és important, en tant que moltes normes de conflicte previstes en els ordenaments interns dels Estats membres utilitzen la connexió 'nacionalitat' per determinar l'estatut personal<sup>1272</sup>. La utilització d'aquest criteri, no està, però, prohibit en el si de la Comunitat, tanmateix, en els instruments comunitaris, com per exemple, es preveia en el Conveni de Brussel·les de 1968 o, en el Reglament 44/2001,

---

directament l'art. 24 del Model de Conveni sobre Impostos de la Renda i Patrimonis aprovat per l'Organització per a la Cooperació i el Desenvolupament Econòmic que regula el principi de no discriminació fiscal. L'art. 24 MCOUDE diu: "las personas nacionales de un Estado contratante no serán sometidas en el otro Estado contratante a ningún impuesto ni obligación relativa al mismo que no se exijan o que sean más gravosos que aquéllos a los que estén o puedan estar sometidas las personas nacionales de este último Estado que se encuentren en las mismas condiciones". Àmpliament estudiat, vegeu: J.M. IGLESIAS CASAS, *No discriminación fiscal y derecho de establecimiento en la Unión Europea*, Pamplona, 2007.

<sup>1270</sup> Vegeu les sentències referides en: J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, "El derecho de establecimiento", M. LÓPEZ ESCUDERO et al., *Derecho comunitario material*, Madrid, 2000, pàg. 112-113.

<sup>1271</sup> STJCE de 1 de febrer de 2001, *Dennis Mac Quen* i altres *c. Grandvision Belgium*, assumpte C-108/96. A. MANGAS MARTÍN; D.J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 2005, pàg. 595.

<sup>1272</sup> A. BORRÁS, "Le droit international privé communautaire: réalités, problèmes et perspectives d'avenir", *RCADI*, vol. 317, 2005, pàg. 385 i ss. S. SÁNCHEZ LORENZO, "La incidencia del principio comunitario de no discriminación por razón de nacionalidad en los sistemas conflictuales de los Estados miembros", *Revista de la Corte española de Arbitraje*, 1996, pàg. 61 i ss; M. GARDEÑES SANTIAGO, "La imperatividad internacional del principio comunitario de no discriminación por razón de nacionalidad", *Revista de Instituciones europeas*, 1996, pàg. 863-877.

utilitzen com a criteris per determinar el tribunal competent, el domicili de la persona, sense tenir en compte la nacionalitat<sup>1273</sup>.

b) **L'harmonització de les legislacions** nacionals pretén pal·liar els obstacles a les llibertats de circulació que sorgirien en les divergències contemplades en les reglamentacions nacionals dels Estats membres. La normativa comunitària permet substituir les legislacions nacionals heterogènies i aplicar una norma uniforme en tot el territori comunitari. El **principi d'equivalència** parteix de la divergència de legislacions en els Estats membres, en matèries que són competència d'aquests Estats, però que no poden ser contraris al Dret comunitari. Per això, el principi tracta d'aconseguir que les condicions d'accés al mercat europeu previstes en cada ordenament jurídic siguin equivalents en tots els Estats. D'aquí la necessitat d'harmonització i coordinació de les normes dels Estats membres a través de directives, recomanacions, o reglaments. L'instrument més utilitzat per l'apropament de les legislacions ha estat les directives, usades amb la finalitat d'eliminar els obstacles per a un correcte funcionament del mercat comú. Aquestes directives inclouen, no només les normes per l'harmonització del dret material dels Estats membres, sinó també normes de Dret internacional privat<sup>1274</sup>.

Quan no es realitzable l'harmonització s'utilitza la tècnica del **reconeixement mutu** per ser de més fàcil aplicació. L'origen de l'ús del principi de reconeixement mutu és jurisprudencial, en el conegut assumpte de les *Cassis de Dijon*, en matèria de la lliure circulació de mercaderies<sup>1275</sup>, però, posteriorment, s'aplicarà a la resta de matèries de Dret comunitari. Per una banda, com indica A. BORRÁS s'aplica el principi respecte el reconeixement i execució de les decisions judicials<sup>1276</sup> i, de l'altre, en matèries de dret aplicable<sup>1277</sup>. Es tracta doncs, "d'una

---

<sup>1273</sup> En el Reglament de Brussel·les II, s'utilitza per determinar la competència judicial internacional la nacionalitat, i es podria plantejar si seria contrari al principi de no discriminació per raó de nacionalitat. La resposta seria negativa, "étant donné que la même règle de compétence était applicable à tous les intérêts au litige et, partant, ce rattachement ne devenait pas discriminatoire". A. BORRÁS, "Le droit international privé communautaire: réalités, problèmes et perspectives d'avenir", *RCADI*, vol. 317, 2005, pàg. 391. *Vid.* part II, cap. II, apartat 2.

<sup>1274</sup> Vegeu els exemples, comentaris i la bibliografia citada: A. BORRÁS, "Le droit international privé communautaire: réalités, problèmes et perspectives d'avenir", *RCADI*, vol. 317, 2005, pàg. 393-407.

<sup>1275</sup> Aquesta tècnica permet el reconeixement mutu de les reglamentacions nacionals equivalents, en virtut del qual un producte o un servei legalment produït i comercialitzat en un Estat membre gaudirà de llibertat de circulació en tot el territori comunitari, sempre que les condicions imposades per l'Estat d'origen per a la seva producció i comercialització siguin equivalents a les exigències per l'Estat de destinació.

<sup>1276</sup> Vegeu el repàs que en fa del Conveni de Brussel·les de 1968; el Reglament 44/2001, i el Reglament Brussel·les II bis; així com les propostes de supressió de l'exequatur, objectiu essencial de l'aplicació del principi de reconeixement mutu per aconseguir un autèntic *moving law*, i eliminar les mesures

tècnica pròpia de dret internacional privat, al servei d'una finalitat diferent, aquesta és la integració comunitària” i, més concretament, com s'exposa en les conclusions del Consell Europeu de Tampere, el principi de reconeixement mutu suposa “la pedra angular del l'espai europeu de justícia”<sup>1278</sup>.

c) I, finalment, com a tècnica per evitar els obstacles al gaudiment de les llibertats, es regula la **prevenció dels obstacles a les llibertats de circulació**, que consisteix en procediments que prevenen l'aparició de restriccions. Mitjançant procediments d'autorització que obliguen als Estats membres a notificar determinades mesures a la Comissió per tal que aquesta es pronunciï sobre la seva compatibilitat en dret comunitari (p. ex. els ajuts d'Estat). També, procediments d'informació que obliguen als Estats membres a notificar a la Comissió mesures adoptades en un determinat sector.

### 2.3 Les fundacions i les llibertats comunitàries

S'ha comprovat que les fundacions o *charities* resten fora de l'àmbit de regulació de les Comunitats Europees i dels seus tractats originaris. Es comprovarà en els apartats posteriors com s'exclouen expressament com a beneficiàries de les llibertats comunitàries per la seva condició d'entitats sense ànim de lucre. No obstant això, es pot afirmar que les fundacions sí que es troben afectades per les distintes regulacions de dret comunitari, així<sup>1279</sup>:

- a) En les activitats econòmiques desenvolupades per les fundacions en un o diversos Estats membres;
- b) Com a ens titulars d'una empresa econòmica o d'accions en empreses industrials o de finances;

---

intermediàries. A. BORRÁS, “Le droit international privé communautaire: réalités, problèmes et perspectives d'avenir”, *RCADI*, vol. 317, 2005, pàg. 407-413. En la pàg. 338: “Ensuite, cet ‘espace sans frontières intérieures’ est façonné par les libertés communautaires, qui y sont assurées, ainsi que par la non-discrimination en raison de la nationalité. Enfin, certains principes propres à la logique d'une marché sans entraves vont avoir une grande importance pour les rapports privés internationaux, comme c'est le cas du principe de reconnaissance mutuelle et du principe du pays d'origine. Car même s'ils sont nés dans le domaine économique, ils auront plus tard aussi une incidence dans le domaine du droit international privé”

<sup>1277</sup> L'autora ho exemplifica amb la proposta de directiva sobre les pràctiques comercials deslleials; i la proposta de directiva sobre la prestació de serveis en el mercat interior, a la qual ens referirem posteriorment, *Vid.* part III, cap. I, apartat 2.3.2. A. BORRÁS, “Le droit international privé communautaire: réalités, problèmes et perspectives d'avenir”, *RCADI*, vol. 317, 2005, pàg. 414-418.

<sup>1278</sup> Consell europeu de Tampere, octubre 1999, DOUE, C 54, 25 febrer 2000, pàg. 93 i ss.

<sup>1279</sup> Utilitzem l'enumeració adaptada de F.W. HONDIUS; T.J. VAN DER PLOEG, “Foundations”, *IECL*, vol. XIII, cap. 9, 2000, pàg. 11

- c) Les relacions jurídiques que sorgeixen entre la fundació i els empleats, o beneficiaris/consumidors, així com a operador econòmic privat (consumidor d'electricitat, aigua, telèfon) i, finalment;
- d) La seva fiscalitat: ja sigui com a entitat subjecte al compliment de les prestacions tributàries, o bé, respecte els impostos o exempcions aplicables a donacions a entitats d'utilitat pública.

Segons F.W. HONDIUS i T.J. VAN DER PLOEG, caldria que es revisessin els principis europeus que informen el mercat interior de manera que el mercat únic europeu creés en un futur un espai europeu que inclogués les fundacions i les beneficiés<sup>1280</sup>. Considerem que la normativa comunitària afecta a les fundacions, ja sigui de forma directa o indirecta, i en concret, les llibertats comunitàries les quals se'ls hauria d'aplicar en base a la prohibició de discriminació per raó de nacionalitat. Així mateix, es planteja la incompatibilitat de determinades normes estatals específiques en matèria de fundacions que podrien incórrer en contradiccions respecte a principis informadors europeus i que estarien subjectes a la prevenció dels obstacles a les llibertats de circulació.

### 2.3.1 La llibertat d'establiment i les fundacions

Per LOUSSOUARN i BREDIN les quatre llibertats fonamentals del tractat constitutiu de la Comunitat Europea (en aquell moment CEE), no es podrien entendre, de manera que esdevindrien lletra morta, si no existís un dret essencial sobre el qual fonamentar-se, i aquest és el dret d'establiment reconegut per cada un dels Estats membres sobre el territori de la resta d'Estats membres<sup>1281</sup>. És un principi de llibertat dotat d'un ampli camp d'aplicació pel que fa als beneficiaris, ja que concerneix tant a les persones físiques com a les jurídiques, ens aturem però, per plantejar si hi ha alguna limitació respecte aquestes darreres.

El fonament inicial de les Comunitats Europees emmarcades en la consecució d'un mercat interior i amb el suport de les llibertats comunitàries afectava

---

<sup>1280</sup> "In practical terms, it may be expected that the European Single Market will create new wealth which will benefit existing or new foundations", F.W. HONDIUS; T.J. VAN DER PLOEG, "Foundations", *IECL*, vol. XIII, cap. 9, 2000, pàg. 11. En matèria d'associacions es considera que cinc punts concerneixen l'associació: la llibertat d'establiment; la lliure prestació de serveis; la concurrència; els ajuts públics; i la fiscalitat. E. ALFANDARI, "Les associations et le droit européen", *Juris Associations*, n. 270, 15 décembre 2002, pàg. 38 i ss. En la mateixa línia, el CES ja ho apuntava: "Étant donné ses caractéristiques particulières, le secteur de l'économie sociale nécessite des solutions sur mesure en ce qui concerne la fiscalité, les marchés publics et les règles de concurrence; par exemple: (...) il faut prévoir des avantages fiscaux, en raison du fait que l'économie sociale est différente des secteurs traditionnels de la vie économique". Avis du Comité économique et social sur "Économie sociale et Marché unique", (INT/029), Bruxelles, 3.3.2000, pàg. 11.

<sup>1281</sup> Y. LOUSSOUARN; J.D. BREDIN, *Droit du Commerce International*, Paris, 1969, pàg. 149.

exclusivament a les matèries amb contingut econòmic, i per tant, era condició prèvia per a l'aplicació i intervenció del Dret comunitari que existís l'element 'econòmic' en el supòsit en qüestió. Actualment, i com s'ha exposat, els objectius de Dret comunitari han evolucionat, així com les competències que li són atribuïdes, que si bé continuen lligades a l'Europa econòmica, com indica A. BORRÁS, "esdevenen més pròximes als interessos dels ciutadans europeus". D'entre els exemples que proposa l'autora, ens interessa el del concepte 'd'operador econòmic', que no es limitaria a incloure únicament l'empresa que ven els productes o presta serveis, o un treballador assalariat, sinó que tindria com a corol·lari de les llibertats, i en relació al principi de no discriminació, la figura del consumidor, el qual hauria de poder beneficiar-se'n<sup>1282</sup>. En el nostre estudi, es pretén incloure a la fundació en aquesta concepció d'operador econòmic que actua en el mercat interior i, en conseqüència, a qui hauria de ser d'aplicació les llibertats comunitàries. La figura de la fundació, es concep no només com a persona jurídica susceptible de gaudir de la llibertat de lliure establiment, malgrat actuar sense finalitats lucratives, sinó també, com a plasmació d'un dret que ha de poder fer efectiu el ciutadà europeu i que s'hauria de garantir. D'aquesta manera, el ciutadà europeu ha de poder constituir, gestionar, contribuir econòmicament i, especialment, beneficiar-se dels serveis que la fundació presta, sense patir-ne cap discriminació per raó d'origen, ni el del propi del ciutadà, ni el de la fundació.

S'ha de considerar que la lliure circulació de béns, serveis i capitals concerneix no solament al comerç professional sinó també als particulars, els quals poden actuar com a ciutadans individuals gaudint de la llibertat de circulació, com també poden actuar a través d'una empresa o societat, gaudint de l'exercici de les llibertats comunitàries. S'entén com a obvi, que l'individu o ciutadà europeu gaudeix d'aquesta llibertat en ambdós aspectes (circulació i establiment) a través d'una societat mercantil, però sembla haver estat exclosa la possibilitat que el ciutadà gaudeixi d'aquesta mateixa possibilitat actuant a través d'un altre tipus d'entitat, no necessàriament mercantil, com podria ser una associació o una fundació. Ja hem vist com es reconeix a l'individu el dret de disposar de la seva propietat i que aquesta pot ser convertida en un patrimoni destinat a una finalitat, la qual pot, a més, contribuir al desenvolupament de la comunitat, de la mateixa manera que el ciutadà pot disposar del seu temps i capacitats per participar en projectes socials.

---

<sup>1282</sup> Sentència del TJCE de 31 de gener de 1984, *Luisa i Carbone*, assumptes 286/82 i 26/83. Sentència del TJCE de 2 de febrer de 1989, *Ian William Cowan c. Trésor public*, assumpte 186/87. A. BORRÁS, "Le droit international privé communautaire: réalités, problèmes et perspectives d'avenir", *RCADI*, vol. 317, 2005, pàg. 348 i ss.

Si la llibertat de circulació del ciutadà implica que aquest pugui accedir als serveis d'un altre Estat en les mateixes condicions de les que disposa en el seu Estat d'origen, per exemple, constituir una fundació o efectuar una donació filantròpica, aquest dret es veu retallat, al nostre entendre, quan el mateix ciutadà pretén realitzar la mateixa operació en àmbit comunitari europeu. En aquest context es topa amb impediments legals que es fonamenten en la manca d'inclusió, o dit amb més propietat, l'exclusió expressa que el ciutadà disposi de tals llibertats a través d'una fundació o d'una associació.

Segons l'art. 43.2 del TCE: “La llibertat d'establiment comprendrà l'accés a les activitats no assalariades i el seu exercici, així com la constitució i gestió d'empreses i, especialment de societats, tal i com es defineixen en el paràgraf segon de l'art. 48 (...).”<sup>1283</sup> Es concedeix, doncs, la llibertat d'establiment a les empreses, en elles incloses les societats. Cal esbrinar si dins de la definició comunitària d'empresa cabrien les entitats sense ànim de lucre, com són les fundacions. De fet, és difícil dilucidar si hi ha un dret comunitari de l'empresa, ja que les empreses són susceptibles de ser afectades directa o indirectament per tot el Dret comunitari. Malgrat que s'usa l'empresa com a referent actiu o passiu, en el Dret comunitari originari i derivat no existeix un estatut d'empresa europea, essent necessari recórrer a la jurisprudència del TJCE<sup>1284</sup>. Sí que es disposa, però, d'una definició, ja avancem que controvertida, de societat, entesa aquesta com un tipus d'empresa. En el Títol III sobre lliure circulació de persones, serveis i capitals, en el capítol 2 de dret d'establiment, l'art. 48 TCE (art. 54 TFUE), hi ha la definició següent:

“Les societats constituïdes de conformitat amb la legislació d'un Estat membre i la seu de la qual, administració central o centre d'activitat principal es trobi dins de la Comunitat quedaran equiparades, a efectes

---

<sup>1283</sup> En l'article 43 TCE el dret d'exercir lliurement una activitat econòmica sense patir cap discriminació, es defineix com a Dret d'establiment. “Artículo 43: En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. Dicha prohibición se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro. La libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el segundo párrafo del artículo 48, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo a los capitales.” Actual art. 49 TFUE.

<sup>1284</sup> E. LINDE PANIAGUA, “Capítulo III: El mercado interior (Libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales)”; E. LINDE PANIAGUA (coord.), *Políticas de la Unión Europea*, 5ª ed., Colex, 2005, pàg. 135. De fet, en el document: *A Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe: A Consultative Document of the High Level Group of Company Law Experts*, en el capítol 3.7, es qüestionava sobre la necessitat d'harmonitzar una definició d'empresa i els criteris que haurien d'utilitzar-se. Consultable a la pàgina web de la Comissió Europea, secció mercat interior <[www.europa.eu](http://www.europa.eu)>.

d'aplicació de les disposicions del present capítol, a les persones físiques nacionals dels Estats membres.

Per societats s'entén les societats de Dret civil i mercantil, incloses les societats cooperatives, i les demés persones jurídiques de Dret públic o privat, *amb excepció de les que no persegueixin un fi lucratiu*".<sup>1285</sup>

Cal analitzar i precisar aquest precepte. Per una banda aclarir que s'entén per societat i si aquesta inclouria o no algun tipus de fundació, per altra banda, caldria definir que s'entén per 'fi lucratiu' en àmbit europeu. L'estudi d'aquestes concepcions respon simplement a la necessitat d'adaptar uns termes que s'han mantingut immòbils en el transcurs del temps però que han estat susceptibles de variar en el seu contingut.

En el primer apartat, com és sobrerament conegut, atribueix la llibertat d'establiment de la qual disposen les persones físiques a les societats que hagin estat legalment constituïdes per una llei d'un Estat membre, i que tinguin la seva seu, administració central o centre d'activitat principal, en un Estat de la Comunitat Europea. L'exigència de constitució conforme al Dret d'un Estat membre és essencial per l'existència de la persona jurídica (societats), i implica la llibertat de cada ordenament estatal a l'hora d'establir els criteris de constitució que consideri necessaris per crear una societat, i el reconeixement d'aquesta sempre que s'hagi constituït conforme el dret d'un Estat membre<sup>1286</sup>.

El segon requisit per gaudir de la llibertat d'establiment disposa que la societat ha de tenir la seu social, administració central o centre d'activitat principal en territori Comunitari, d'aquesta manera es vincula de forma duradora i efectiva la societat que es beneficia de la llibertat d'establiment amb la Comunitat. Ressaltem que les connexions previstes són alternatives, no acumulatives, i que són els ordenaments de cada Estat els que tenen competència per escollir la connexió. Un cop es corrobora que la societat disposa d'una d'aquestes tres seus en un país comunitari, queda reconeguda com a societat que pot beneficiar-se de la llibertat d'establiment en la resta d'Estats membres<sup>1287</sup>.

En el segon apartat, es defineix el terme 'societat', i malgrat que inclou qualsevol tipus de persona jurídica privada (en aquest grup hi cabria la fundació), en la seva darrera puntualització específica: "*amb excepció de les que no persegueixin un fi lucratiu*",

---

<sup>1285</sup> La cursiva és nostra.

<sup>1286</sup> Ja s'ha exposat les divergències en els diferents ordenaments respecte l'atorgament de personalitat jurídica i les teories al respecte. *Vid.* part I, cap. I, apartat 2.2; part II, cap. II, apartat 2.

<sup>1287</sup> A.L. CALVO CARAVACA; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, Colex, 2003, pàg. 122. *Vid.* part III, cap. II, apartat 2.2, 2.2.4.

per tant, les que actuen sense ànim de lucre. La doctrina, en general, inclou a la fundació en aquesta excepció perquè, com s'ha palesat en reiterades ocasions, l'absència de lucre és precisament una de les seves característiques. Curiosament, però, l'art. 48.2 TCE (art. 54.2 TFUE) si admet la qualificació de societats a ens de Dret públic, malgrat que aquestes, de la mateixa manera que les fundacions, no reparteixen els beneficis i no tenen com a finalitat el lucre<sup>1288</sup>. En base a aquest precepte no queda clar si determinades activitats de les organitzacions sense ànim de lucre entrarien en l'àmbit de la llibertat d'establiment. Recordem que les fundacions, tot i actuar sense ànim de lucre, sí que actuen en l'àmbit econòmic, malgrat que les rendes resultants de les seves activitats o participacions es reinverteixen en l'operabilitat de la fundació i en la consecució de la finalitat que té per objecte.

En aquesta línia argumental, B. LE BARS, en relació a un altre tipus d'entitats sense ànim de lucre, constata que nombroses associacions es regeixen com a veritables empreses comercials, sobretot en els àmbits de lleure i d'esport, i per això, opina:

“...si una associació participa veritablement en el desenvolupament econòmic d'un país o regió, i si genera fluxos econòmics o realitza una part important dels seus resultats en base a un fonament comercial, no és possible només veure-hi una persona jurídica sense fins lucratiu. (...) Sembla difícil excloure certes associacions amb activitats lucratives de beneficiar-se del dret d'establiment.”<sup>1289</sup>

Com exposa M. GARDEÑES el problema clau el situaríem en la necessitat d'esbrinar si les fundacions poden incloure's en el concepte ampli de 'societats' de l'art. 48 del TCE (art 54 TFUE) i, per tant, ser beneficiàries 'actives' de les llibertats comunitàries en quant a operadors econòmics. L'autor assenyala que tal concepte ha d'interpretar-se des de la vessant comunitària, i no per remissió als ordenaments nacionals, per això proposa que s'examini si l'entitat fundacional realitza o no activitats econòmiques, per tant, que participa en el mercat, en el tràfic econòmic, amb independència de la destinació dels guanys obtinguts<sup>1290</sup>.

---

<sup>1288</sup> Tampoc reparteixen els beneficis les agrupacions d'interès econòmic, i estarien incloses en la concepció de societat. M.P. GARCÍA RUBIO, “Persona jurídica sin ánimo de lucro”, S. CÁMARA LAPUENTE, (coord.), *Derecho privado europeo*, COLEX, 2003, pàg. 265.

<sup>1289</sup> B. LE BARS, “L'établissement international des sociétés”, J. BÉGUIN; M. MENJUCQ (dirs.), *Droit du commerce international*, Paris, 2005, pàg. 274.

<sup>1290</sup> M. GARDEÑES SANTIAGO, *Las fundaciones en derecho internacional privado español*, Madrid, Eurolex, 2003, pàg. 220-222. Així mateix, J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, “El derecho de establecimiento”, M. LÓPEZ ESCUDERO et al., *Derecho comunitario material*, Madrid, 2000, pàg. 111.



### 2.3.1.1 La qualificació comunitària d'empresa, d'ànim de lucre i activitat econòmica en relació a les fundacions

En aquest punt de l'estudi es requereix de la definició de les concepcions 'empresa' i 'ànim de lucre' en relació a la possible activitat econòmica que poden exercir les fundacions en el mercat intern europeu. Per això, cal atendre a la interpretació que el Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees fa d'aquestes concepcions a partir de les normes comunitàries. Així mateix, cal atendre el seu posicionament respecte aquelles normes estatals que afecten a aquestes normes europees i així dilucidar si les fundacions, o algunes d'elles, se les pot incloure en la definició de societats, o en termes generals, d'empresa, de manera que gaudirien de la llibertat d'establiment. Cercarem de relacionar les concepcions previstes en la jurisprudència comunitària i en les decisions o recomanacions de les institucions comunitàries del significat de conceptes com 'ànim de lucre' i la repercussió de la seva absència, respecte la concepció d'empresa i la relació que manté amb l'activitat econòmica<sup>1291</sup>.

En l'Informe explicatiu del Conveni sobre el reconeixement mutu de les societats i les persones jurídiques (1968), M.B. GOLDMAN argumentava l'exclusió de les agrupacions polítiques, filantròpiques, culturals o esportives de l'àmbit d'aplicació del Tractat de Roma, ja que no s'inclourien com a integrants d'un mercat comú. Raonament lògic en el projecte europeu del moment, però que s'ha comprovat en l'evolució històrica que ha variat. Ara bé, el mateix autor, considerava inadequat el redactat de l'art. 48 (art. 54 TFUE), el qual, per excloure determinats tipus d'entitats utilitza el qualificatiu de 'but lucratiu'. Tenir ànim de lucre per una societat, seria realitzar beneficis amb la finalitat de repartir-los entre els associats. Però hi hauria societats i persones jurídiques importants que tindrien un paper

---

<sup>1291</sup> Assenyalem com a jurisprudència bàsica, però que no versa sobre fundacions: STJCE de 21 de setembre de 1999, *Maatschappij Drijvende Bokken BV*, assumpte C-219/97. En relació a la lliure competència, el TJCE estimà que la falta de lucre, no serien suficients per privar a un Fons sectorial de pensions del seu caràcter d'empresa en el sentit de l'art. 85 TCE. M.P. GARCÍA RUBIO, "Persona jurídica sin ánimo de lucro", S. CÁMARA LAPUENTE, (coord.), *Derecho privado europeo*, COLEX, 2003, pàg. 264. STJCE de 7 de juny de 1997, *Sodemare*, assumpte C-70/95, respecte si unes entitats d'assistència social i sanitària estaven excloses de beneficiar-se de la llibertat d'establiment, per no ser societats, o per ser entitats sense afany de lucre. STJCE d'11 d'agost, *Balthius*, assumpte C-453/93, sobre l'exempció de l'IVA (art. 13, A, 1, g) de la Directiva 77/388/CEE), en relació a la naturalesa dels ens sense afany de lucre quan l'activitat desenvolupada havia de ser d'interès públic i de rellevància social, i l'absència de l'obtenció de beneficis. STJCE de 23 d'abril de 1991, *Höfner i Elser*, assumpte C-41/90, aquesta resolució expressa que la noció d'empresa abraça qualsevol entitat que exerceixi una activitat econòmica, prescindint de l'estatus jurídic de l'entitat i de les seves modalitats de finançament. Conclusions de l'Advocat General, Sr. F.G. JACOBS, de 23 de març de 2000, *Pavlov*, assumptes C-180/98. Vegeu els comentaris de C. BARBIERI, "Gli enti 'non profit'", N. LIPARI (ed.), *Trattato di Diritto privato europeo*, 2ª ed., vol. II, CEDAM, 2003, pàg. 230 i ss.

econòmic destacable sense cercar el repartiment del benefici i, com exemples, anomena les societats econòmiques mixtes que exploten serveis públics o que exerceixen activitats d'interès essencialment col·lectiu; centres d'estudi, de documentació o de protecció de drets de la propietat industrial, etc., que desenvolupen les seves activitats sense cercar un benefici directe. Per això, proposa reemplaçar la noció d'ànim de lucre, per una altra que respongui a la mateixa preocupació, de manera que la societat o la persona jurídica hauria de tenir com a objecte una activitat que fos simultàniament econòmica i interessada, exercida normalment a canvi d'una remuneració<sup>1292</sup>.

Transcorregudes dues dècades, la definició d'ànim de lucre ha variat, tal i com es palesa en l'Informe del Comitè econòmic i social de la Comunitat Europea de 20 de setembre de 1990, en el qual s'interpreta l'ànim de lucre, en l'art. 58-2 del TR (actual art. 48 TCE i posterior art. 54 TFUE), com una participació en la vida econòmica reconeguda a persones jurídiques diferents a les societats, les quals a títol principal o accessori tinguin per objecte una activitat econòmica exercida normalment sense remuneració. En posterioritat, en la Comunicació de la Comissió sobre "Aplicació del programa comunitari de Lisboa. Serveis socials d'interès general de la Unió Europea" (2006)<sup>1293</sup>, quan enumera les característiques de les organitzacions de la societat civil que presten serveis socials, es refereix a la característica de l'absència d'ànim de lucre, tot referint-se a la sentència *Sodemare* del TJCE<sup>1294</sup>, recordant que el Tribunal de Luxemburg va estimar que la condició de no lucratiu podia ser compatible amb el principi de la llibertat d'establiment.

Reveladora per al nostre estudi és la **Sentència del TJCE de 10 de gener de 2006 sobre la *Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato***<sup>1295</sup>. Aquesta té per objecte una petició de decisió prejudicial presentada per la *Corte suprema di cassazione* italiana, en el procediment entre el Ministeri d'Economia i Hisenda italià, i la *Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato*. En el supòsit, es desdibuixen els conceptes comunitaris d'empresa, d'activitat comercial i d'ànim de lucre, nocions totes ells interrelacionables i que sovint comporten problemes a l'hora de

---

<sup>1292</sup> M.B. GOLDMAN, "Rapport concernant la convention sur la reconnaissance mutuelle des sociétés et personnes", *TCFDIP*, 1968, pàg. 410.

<sup>1293</sup> Document COM 2006 177 final, de 26.4.2006.

<sup>1294</sup> Sentència del TJCE de 7 de juny de 1997, *Sodemare*, assumpte C-70/95.

<sup>1295</sup> Sentència del TJCE de 10 de gener de 2006, *Ministero dell'Economia e delle Finanze i Cassa di Risparmio di Firenze SpA, Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato, Cassa di Risparmio di San Miniato SpA*, assumpte C-222/04. Conclusions de l'Advocat General, Sr. F.G. JACOBS, de 27 d'octubre de 2005, *Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato*, assumpte C-222/04.

delimitar si la normativa europea és aplicable a les fundacions. De fet, en l'àmbit intern italià el debat sobre la naturalesa mercantil que revesteixen les fundacions bancàries italianes és viu i complex, tal i com es demostra en les contradiccions jurisprudencials i en els estudis doctrinals<sup>1296</sup>.

El cas s'origina quan la *Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato* sol·licita a l'administració tributària italiana, en aplicació de l'art. 10 bis Llei 1745/62<sup>1297</sup>, el reconeixement de l'exempció de retenció fiscal sobre els dividends percebuts durant l'exercici 1998 per les seves participacions en *Cassa di Risparmio di San Miniato* i en la societat *Casse Toscane SpA*, la qual serà adquirida posteriorment per la *Cassa di Risparmio di Firenze*. La sol·licitud va ser denegada per la Comissió tributària provincial de Firenze, per considerar que la gestió per part de la Fundació de participacions en societats bancàries era una activitat comercial incompatible amb l'exempció. La Comissió tributària regional de Firenze va estimar el recurs plantejat per la Fundació, de manera que reconeixia el dret a gaudir de l'exempció en base a les finalitats d'interès públic o d'utilitat social que persegueix la fundació bancària, amb independència que aquesta pogués exercir, amb caràcter accessori, una activitat econòmica empresarial. Contra aquesta resolució, el *Ministero dell'Economia e delle Finanze* va interposar un recurs de cassació, perquè considerava que s'infringia l'art. 10bis Llei 1745/62 i l'art. 6 del Decret 601/73, de manera que caldria tenir en compte la qüestió de la compatibilitat del règim fiscal de les fundacions bancàries amb el Dret comunitari, en particular amb els articles 12, 43 i següents, el 56 i següents i l'art. 87 i 88 del TCE.

En aquest context, la *Corte suprema di cassazione* va plantejar cinc qüestions prejudicials davant del TJCE, entre les quals es plantejava si els beneficis fiscals previstos en la normativa italiana, respecte les fundacions bancàries, podrien considerar-se ajuts estatals considerant les fundacions bancàries com un tipus d'empresa, de manera que s'amenaçaria la lliure competència en el sentit de l'art.

---

<sup>1296</sup> Vegeu per exemple: G. NAPOLITANO, "La 'crisi d'identità' delle Fondazioni di Casse di Risparmio di fronte al giudice costituzionale", *Giurisprudenza italiana*, 1994, pàg. 326 a 332. S. SANZO, "Brevisime riflessioni sull'insolvenza della fondazione-impresa, ovvero della solitudine del giudice. Nota a Trib. Milano 16 luglio 1998", *Giurisprudenza italiana*, 1999, fasc. 8-9, pàg. 1678-1684. Conclusions de l'Advocat General, Sr. F.G. JACOBS, de 27 d'octubre de 2005, *Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato*, assumpte C-222/04, considerants 42-43. *Vid.* part I, cap. III, apartat 2.1.3.

<sup>1297</sup> Aquest art. 10 bis, exonera de la retenció prevista en l'art. 10 als dividends percebuts per persones jurídiques de Dret públic o fundacions exemptes de l'impost sobre societats que persegueixin exclusivament objectius de beneficència, educació, ensenyament, estudi i investigació científica.

87 del TCE (sobre ajuts atorgats per l'Estat, art. 107 TFUE)<sup>1298</sup>, i que comportaria, a més, una discriminació i restricció a la llibertat d'establiment o de lliure circulació de capitals. Respecte aquesta darrera qüestió, es planteja si el benefici fiscal enjudiciat en el litigi principal podria originar una discriminació per raó de nacionalitat (art. 12 TCE, art. 18 TFUE) i una restricció a la llibertat d'establiment o de la lliure circulació de capitals que beneficiarien a les empreses, bancàries o no, en les quals participen les fundacions bancàries, en comparació amb la resta d'empreses presents en el mercat en què no participin aquestes fundacions (considerants 95, 99 i 100).

En relació al concepte d'empresa en el sentit de l'art. 87 TCE (art. 107 TFUE), el TJCE determina que en termes generals, 'empresa'; "comprèn qualsevol entitat que exerceixi una activitat econòmica, amb independència de l'estatus jurídic d'aquesta entitat i el seu mitjà de finançament", i per 'activitat econòmica'; "qualsevol activitat consistent en oferir béns o serveis a un determinat mercat", per tant, l'activitat econòmica s'exerceix de forma directe en el mercat<sup>1299</sup>. A més, segons l'Advocat General, Sr. F.G. JACOBS, per aquesta requalificació com empresa, és irrellevant la naturalesa no lucrativa dels fins de l'entitat que es tracti, o el fet que persegueixi objectius no mercantils<sup>1300</sup>.

El Tribunal europeu especifica, en relació al 'teniment de participacions', que aquestes "encara que siguin de control, no basten per a caracteritzar una activitat econòmica de l'entitat que les posseeixi quan aquesta circumstància només impliqui l'exercici dels drets vinculats a la condició d'accionista o soci, així com, en el seu cas, la percepció de dividends, que són els fruits que produeix la propietat d'un bé" (considerant 111). Per contra, si una entitat posseeix el control

---

<sup>1298</sup> Artículo 87 (Ayudas otorgadas por los Estados) TCE: "1. Salvo que el presente Tratado disponga otra cosa, serán incompatibles con el mercado común, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones." Respecte els ajuts públics i el procediment d'examen preliminar vegeu: E. LINDE PANIAGUA, "Capítulo VII: Política de la competencia", E. LINDE PANIAGUA (coord.), *Políticas de la Unión Europea*, 5ª ed., Colex, 2005, pàg. 352 i ss; J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, "Derecho comunitario de la competencia (III): Actuaciones anticompetitivas de los poderes públicos", M. LÓPEZ ESCUDERO et al., *Derecho comunitario material*, Madrid, 2000, pàg. 196 i ss; A.L. CALVO CARAVACA; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, Colex, 2003, espec. pàg. 669-828.

<sup>1299</sup> Considerants 107 a 109, i jurisprudència: STJCE de 23 d'abril de 1991, *Höfnér i Elser*, assumpte C-41/90, apartat 21; STJCE de 28 de juny de 2005, *Dansk Rorindustri i altres*, assumptes acumulats C-189/02P, C-202/02P, C-205/02P a C-208/02P i C-213/02, apartat 112.

<sup>1300</sup> Conclusiones de l'Advocat General, Sr. F.G. JACOBS, de 27 d'octubre de 2005, *Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato*, assumpte C-222/04, considerants 74; 84-85, i cita la STJCE de 16 de novembre de 1995, *FFSA i altres*, assumpte C-244/94; STJCE de 12 de setembre de 2000, *Paolov*, assumptes acumulats C-180/98 i C-184/98, apartat 117.

d'una societat i exerceix efectivament el control intervenint directa o indirectament en la seva gestió, si s'estimaria que participa en l'activitat econòmica desenvolupada per l'empresa controlada (considerant 112). En el supòsit plantejat, i atenent la legislació vigent en aquell moment, segons la qual una fundació bancària podia intervenir en la gestió d'una societat bancària, el jutge nacional haurà d'apreciar si la Fundació en litigi entraria en la concepció d'empresa en el sentit de l'art. 87.1 TCE (art. 107.1 TFUE)<sup>1301</sup>.

Per altra banda, en relació a la participació de les fundacions bancàries en els sectors d'interès públic i d'utilitat social, el tribunal europeu considera que cal diferenciar entre la mera aportació de fons a entitats sense finalitats lucratives (les que coneixem com a no operatives o *grantmaking*), de les que exerceixen activitats de forma directa (operatives). En el primer supòsit, no es podria qualificar a la fundació bancària com 'empresa', ja que no s'exerceix cap activitat en el mercat en competència amb d'altres operadors, i actuaria com una entitat de beneficència o una organització caritativa i no com una empresa (considerant 121). Per contra, quan una fundació bancària, actua per si mateixa en els sectors d'interès públic i d'utilitat social i "fa ús de la facultat que li atorga el legislador nacional de realitzar operacions financeres, comercials, immobiliàries i mobiliàries necessàries i oportunes per a la consecució dels seus objectius, pot oferir béns i serveis en el mercat en competència amb d'altres operadors, en sectors, com per exemple, els de la investigació científica, l'educació, l'art o la sanitat", malgrat que l'oferta de béns i serveis es realitzin sense ànim de lucre, ja que aquesta oferta competeix amb la dels operadors que sí persegueixen el lucre (considerants 122-123).

La resposta del Tribunal, és doncs, condicional. Si el jutge nacional<sup>1302</sup> aprecia que la fundació part en el litigi es pot considerar com a empresa perquè exerceix un control sobre la societat bancària intervenint en la seva gestió, o bé, que desenvolupa activitats en el sector social, aquesta fundació es consideraria com empresa en el sentit de l'art. 87 TCE (art. 107 TFUE) i estaria subjecta a l'aplicació de les normes comunitàries sobre ajuts socials de l'Estat (considerant 124-125)<sup>1303</sup>. I si aquests ajuts afectarien o no a la llibertat d'establiment i de circulació de capitals, el Tribunal de Justícia respon que si l'òrgan jurisdiccional

---

<sup>1301</sup> Vegeu els considerants 87 i ss, Conclusions de l'Advocat General, Sr. F.G. JACOBS, de 27 d'octubre de 2005, *Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato*, assumpte C-222/04.

<sup>1302</sup> En virtut de l'art. 234 TCE, la interpretació del dret nacional i la valoració del seu abast, així com la seva aplicació, incumbeix al jutge nacional.

<sup>1303</sup> Respecte els criteris per definir ajut estatal, vegeu considerants 99 i ss, i la jurisprudència citada en les Conclusions de l'Advocat General, Sr. F.G. JACOBS, de 27 d'octubre de 2005, *Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato*, assumpte C-222/04.

considera que l'avantatge fiscal és un ajut públic d'Estat, aquest avantatge hauria de ser suprimit, de manera que no es mantindria cap diferència de tracte que pogués ser objecte d'anàlisi segons els articles 43 i 56 TCE. Per contra, si el tribunal italià descarta qualificar l'exempció com ajut estatal, no es plantejaria cap qüestió al voltant de l'existència d'una restricció a la llibertat d'establiment o a la lliure circulació de capitals (considerants 151-152)<sup>1304</sup>.

El TJCE exclou la qüestió plantejada sobre l'aplicació de la **Decisió de la Comissió 2003/146/CEE**, de 22 d'agost de 2002, sobre les mesures fiscals per a les fundacions bancàries executades per Itàlia<sup>1305</sup>, per ser temporalment inaplicable al supòsit. Considerem però, que mereix un anàlisi tal decisió, ja que és la norma actualment vigent, i que conté definicions a tenir en compte<sup>1306</sup>. La Comissió Europea l'any 2001 va instar a Itàlia a presentar les seves observacions respecte els avantatges fiscals previstos en la nova normativa italiana, Llei n° 461/98 i en el Decret n° 153/99, en concret respecte les mesures fiscals previstes en l'art. 12.2 del Decret, en relació a les disposicions del TCE sobre ajuts estatals<sup>1307</sup>.

La Comissió considera respecte les fundacions bancàries italianes:

“... tot i que siguin entitats no lucratives vinculades pels objectius socials definits per la Llei i que no puguin distribuir els avantatges fiscals als seus membres o a d'altres persones, les fundacions bancàries no deixen de ser entitats econòmiques que desenvolupen una activitat empresarial en sectors ‘comercials’ i, per això, estan subjectes a l'art. 87 TCE.” (...) “les fundacions intervenen en el mercat de la propietat i control d'empreses. Els ajuts

---

<sup>1304</sup> Per l'Advocat General, Sr. F.G. JACOBS: “134.4 Un régimen fiscal que establece ventajas fiscales relativas a los rendimientos obtenidos en Italia por las fundaciones bancarias, entre otras entidades, a causa de sus fines de interés público y utilidad social, que se aplica sin distinción por razón de la nacionalidad o del lugar de establecimiento, no infringe los artículos 12, 43 y siguientes y 56 CE y siguientes”. Conclusions de l'Advocat General, Sr. F.G. JACOBS, de 27 d'octubre de 2005, *Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato*, assumpte C-222/04.

<sup>1305</sup> *Decisión de la Comisión de 22 de agosto de 2002 sobre las medidas fiscales para las fundaciones bancarias ejecutadas por Italia* C 54/B/2000 (ex NN 70/2000), DOUE L55 de 1.03.2003.

<sup>1306</sup> El nou règim legislatiu italià, Llei n° 461/98 i en el Decret n° 153/99, prohibeix de forma expressa que els membres de l'administració de les fundacions bancàries formin part del consell d'administració d'un banc, de la mateixa manera que prohibeix que les fundacions bancàries exercixin activitats bancàries i que realitzin, directa o indirectament, qualsevol forma de finançament, aportació de fons o subvencions a favor d'entitats amb fins lucratius, o a favor d'empreses que no siguin instrumentals. Les empreses instrumentals de les fundacions bancàries no poden tenir fins lucratius i han d'actuar en algun dels sectors rellevants, aquests són: la inversió científica, l'educació, l'art, la conservació i el foment del patrimoni i de les activitats culturals i dels recursos ambientals, la salut i l'assistència a categories socials desfavorides (hi ha una nova redacció dels sectors rellevants en la Llei n° 448 de 2001).

<sup>1307</sup> En el marc del procediment de l'art. 88.2 TCE, la Comissió insta a Itàlia a presentar les observacions i a facilitar tota la informació pertinent per avaluar les mesures fiscals previstes en la Llei n. 461/98 i en el Decret n. 153/99. Ajut C 54/2000 (ex NN70/2000); (DOCE, C 44, 10.2.2001).

podrien, doncs, generar distorsions en aquest mercat. (...) Els ajuts afecten als intercanvis comunitaris ja que faciliten l'expansió a l'estranger dels bancs italians i dificulten l'entrada dels bancs estrangers a Itàlia.”<sup>1308</sup>

Ara bé, la Comissió acaba per concloure que les previsions fiscals contingudes en la controvertida normativa italiana no constitueixen ajuts públics que atemptin l'art. 87.1 TCE (art. 107 TFUE), perquè aquestes fundacions no exerceixen directament una activitat de naturalesa econòmica. Per arribar a tal decisió, la Comissió realitza una distinció entre les fundacions que sí es podrien considerar empreses de les que no, atenent al supòsit plantejat. Malgrat que ofereix unes directrius que exposarem a continuació, precisa que una exacta qualificació de les activitats als efectes del control dels ajuts estatals només pot establir-se cas per cas (considerant 50).

Es pot considerar que una fundació és empresa quan exerceix directament una activitat en sectors rellevants o bé, quan controlen entitats que actuen en aquests sectors a través de les ‘empreses instrumentals’, en ambdós casos no tindrien fins lucratiu. La Comissió es remet a la definició àmplia d'empresa disposada per la jurisprudència del TJCE: “la noció d'empresa abraça qualsevol entitat que practiqui una activitat econòmica, al marge de l'estatut jurídic d'aquesta entitat i de les seves modalitats de finançament (...) i que constitueix una activitat econòmica, qualsevol activitat que consisteixi en oferir béns o serveis en un mercat determinat”<sup>1309</sup>. Només se'ls concedeix la capacitat de controlar empreses instrumentals, i aquestes han de tenir, necessàriament, un camp d'activitat i un objecte social coherent amb els de la fundació i no poden seguir una política purament comercial (considerant 19)<sup>1310</sup>. Si per contra, una fundació utilitza el

---

<sup>1308</sup> Considerant 9 de la *Decisión de la Comisión de 22 de agosto de 2002 sobre las medidas fiscales para las fundaciones bancarias ejecutadas por Italia* C 54/B/2000 (ex NN 70/2000), DOUE L55 de 1.03.2003.

<sup>1309</sup> STJCE de 18 de juny de 1998, *Comisión de les Comunitats Europees contra la República italiana*, assumpte C-35/96, (apartat 36). La noció d'empresa en el context de dret de la competència no es basa en criteris jurídics, sinó econòmics, constituint el seu element determinant l'exercici d'activitats econòmiques en sentit ampli (STJCE de 23 d'abril de 1991, *Höfner i Elser*, assumpte C-41/90; STJCE de 17 de febrer de 1993, *Poucet i Pistre*, assumptes acumulats C-159 i 160/91; STJCE de 12 de juliol de 1984, *Hydrotherm c. Compact*, assumpte 170/83, assumpte 170/83). P. ANDRÉS SAÉNZ DE SANTA MARÍA et al., *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, 2ª ed., Eurolex, Madrid, 1999, pàg. 657. Decisió de la Comissió de la UE 95/198/CE, de 12 de maig de 1995, sobre els Col·legis d'Agents de la Propietat Industrial “...el concepte d'empresa comprèn qualsevol entitat que exerceixi una activitat econòmica amb independència de l'estatut jurídic d'aquesta entitat i del seu finançament”.

<sup>1310</sup> La línia divisòria entre l'activitat econòmica pròpiament mercantilista i l'activitat econòmica instrumental duta a terme per una organització lucrativa és molt fina i, de vegades, es creua. En aquests casos es pot plantejar una possible actuació fraudulenta. Actualment s'està investigant la presumpta actuació fraudulenta (desviació de fons) de la Fundació Intervida, que ha crescut ràpidament com si d'una forma d'empresa amb afany de lucre es tractés, i amb formes agressives (des del punt de vista del marketing) en la captació de fons, que l'han convertida en capdavantera respecte els fons obtinguts, per davant de Creu Roja o Càrites. La Fiscalia d'Anticorrupció investiga si els gestors/patrons de la Fundació

seu patrimoni per adquirir el control d'empreses comercials, en aquest cas sí estaria desenvolupant activitats econòmiques.

*A sensu contrario*, no es poden considerar empresa les fundacions que no desenvolupin activitats econòmiques disposant béns o serveis en el mercat, tampoc si disposen de participacions en bancs o societats, ja que la mera adquisició de títols de societats no ha de considerar-se com una activitat econòmica<sup>1311</sup>. Aclareix que l'activitat de gestió del propi patrimoni i d'utilització dels beneficis meritats per a l'erogació de contribucions a entitats sense fins lucratius que actuen amb objectius d'utilitat social també resten fora de la consideració d'activitat econòmica. Així en l'apartat 45:

“La gestió del patrimoni no pot ser considerat com una activitat autònoma i diferent de la que consisteix en destinar els seus actius a la promoció de mesures d'utilitat social. Els beneficis resultants de la gestió del patrimoni no poden ser distribuïts ni als membres ni als socis de la fundació i només poden utilitzar-se per a finançar els ajuts. Conseqüentment, la gestió interna del patrimoni no pot ser qualificada 'd'activitat econòmica' en si mateixa, sinó que convé considerar-la en el context de l'activitat global de les fundacions”.

Així mateix, quan els beneficis que les fundacions extrets del seu patrimoni són utilitzats per finançar altres entitats sense fins lucratius (*grantmaking foundations*), es considera que aquest tipus d'activitat, remetent-se a la sentència del TJCE coneguda com l'assumpte *Poucet i Pistre*<sup>1312</sup>, “desenvolupa un activitat exclusivament de caràcter social” basada en el principi de solidaritat i que, per

---

han desviat milions d'euros procedents d'apadrinaments de nens del Tercer Món cap a la constitució d'empreses que no tenen res a veure amb els fins de l'ONG, principalment a Perú i Guatemala. Les empreses constituïdes per una Fundació (amb seu a Catalunya) han de registrar la seva existència i la seva comptabilitat en el Protectorat de la Direcció General d'Entitats Jurídiques de la Generalitat. Ara bé, la dificultat de controlar les activitats mercantils desenvolupades en altres països, amb sistemes comptables distints no facilita les tasques de control (abril de 2007). Altres casos tampoc han passat desapercebuts a la premsa, per exemple, l'assumpte de la Fundació Anesvad, o el fons *Elevation Partners* que va constituir el líder d'U2, que té com objectiu la radicació del VH a Àfrica. Aquest va executar una campanya de marketing solidari amb determinades empreses que va resultar quatre vegades més cara que no pas la recaptació obtinguda. La campanya (anomenada RED) és exemple d'una tendència generalitzada de rendibilitzar els fons filantròpics com un negoci, és la fórmula *win-win*, la filosofia empresarial en què l'afany de lucre és la punta de llança de la lluita contra la pobresa. “La Vanguardia”, supl. *Dinero*, 10.6.2007.

<sup>1311</sup> STJCE de 6 de febrer de 1997, *Harnas & Helm CV contra Staatssecretaris van Financiën*, assumpte C-80/95.

<sup>1312</sup> STJCE de 17 de febrer de 1993, *Poucet i Pistre*, assumptes acumulats C-159/91 i C-160/91, (apart. 18 i 19). Sobre les caixes d'assegurances per malaltia i els ens que desenvolupen funcions de caràcter exclusivament social, sense fins lucratius, i que actuen amb aquests fins prestacionals amb independència de les contribucions. Se'n desprèn que “aquesta activitat no és una activitat econòmica i que per tant, els ens encarregats de desenvolupar-la no constitueixen empreses segons els arts. 85 i 86 del Tractat”.



tant, no actuen en funció dels criteris del mercat, no considerant-se una activitat econòmica (considerant 46).

Per tant, la Comissió va decidir que les fundacions bancàries no constituïen empreses als efectes de l'art. 87.1 TCE (art. 107.1 TFUE), a no ser que exercissin una activitat econòmica en el sentit que la jurisprudència indica, és a dir, oferint béns i serveis en un mercat en què existís competència, fins i tot en els sectors rellevants. La Decisió de la Comissió, ha estat considerada incorrecte per part dels tribunals italians i així es va palesar en les al·legacions presentades en la Sentència del TJCE de 10 de gener de 2006, sobre la *Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato*, abans estudiada. En les conclusions de l'Advocat General, es descriuen les consideracions del tribunal italià, les quals aprecien que la Comissió no va aplicar correctament el Tractat de la CE, perquè no va valorar adequadament les activitats, naturalesa i funció de les fundacions bancàries en el mercat bancari italià, així com tampoc va efectuar un anàlisi correcte de l'activitat de les fundacions bancàries en relació a l'adquisició i administració de participacions en empreses diferents d'un banc cessionari. Per això, plantejava la invalidesa de la Decisió 2003/146 (considerants 45-47), per contra, l'Advocat General, SR. JACOBS que sí va admetre l'estudi de la qüestió, argumenta i desestima la invalidesa de tal decisió de la Comissió<sup>1313</sup>.

Amb l'estudi d'aquesta decisió de la Comissió, juntament amb la sentència i les conclusions de l'Advocat General en el cas de la *Fondazioni de Cassa di Risparmio San Miniato*, s'introdueix la distinció dels dos tipus de fundacions que ja havien estat classificades amb anterioritat, entre les fundacions operatives i les no operatives. En concret, des del punt de vista comunitari, es considera que les fundacions operatives, que actuen en el mercat proporcionant serveis o productes, desenvolupen una activitat econòmica en el mercat, de forma directa o indirecta (a través d'empreses instrumentals). Mentre que les fundacions no

---

<sup>1313</sup> Conclusions de l'Advocat General, Sr. F.G. JACOBS, de 27 d'octubre de 2005, *Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato*, assumpte C-222/04, considerants: 44-47; 67; 107-127. Vegeu: N. GAVIANO, "La decisione comunitaria sulle fondazioni bancarie: diritto della concorrenza ed enti non-profit", *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1/2003, pàg. 89-114. Segons, L. Fantuzzi, de la *Fondazione Monte dei Paschi di Siena*, la sentència de la Cort Suprema italiana posterior, considera: 1) que la direcció del control d'accions en bancs, o l'adquisició i direcció del control d'accions d'altres companyies per part de fundacions amb una estructura específica són suficients per qualificar-la com a empresa. 2) és un deure de la fundació demostrar que l'activitat dels dirigents de les accions no és el rol predominant o l'instrument per finançar l'activitat social. Les fundacions italianes tenen dues possibilitats: poden complir amb la jurisprudència del TJCE i estar segures que les seves activitats no seran qualificades com a empresarials; o bé, poden operar sota la norma de mínims que estableix com a límit la quantia dels ajuts públics permesa per a les petites i mitjanes empreses per tal de retallar les barreres administratives. Tanmateix, encara és una incògnita saber com aplicar la norma de mínims a les fundacions. L. FANTUZZI *Report of the EFC Tax Seminar 2007, How does EU law affect national foundation law?*, Bèlgica, 5 de febrer de 2007, pàg. 32.

operatives o *grantmaking*, que realitzen meres aportacions de fons a entitats sense fins lucratius, es consideraria que no desenvolupen activitat econòmica, i no els serien d'aplicació les normes comunitàries. També ens serveix per aclarir quina consideració es mereix una fundació que disposa de participacions en una empresa mercantil. La resposta seria que si la fundació gestiona o té membres en el consell de direcció en aquesta empresa, sí se la podria incloure en la definició d'empresa perquè estaria exercint activitats econòmiques, i li serien d'aplicació les normes comunitàries de concurrència. Per contra, si la fundació només rep els dividendes de l'empresa en la qual té participacions, sense intervenir en la seva gestió, no es podria considerar empresa, a efectes del dret de la concurrència.

Disposem, doncs, d'una primera conclusió: en el mercat interior europeu, hi ha fundacions que exerceixen activitats econòmiques, ja que ofereixen béns o serveis en el mercat, tal i com ho fan d'altres operadors i, per tant, competint en aquest mercat. Aquest tipus de fundacions se les pot qualificar com empreses a efecte de les normes comunitàries sobre la competència, encara que els seus fins siguin no lucratius, o no mercantils. Com exposa l'Advocat General, Sr. F.G. JACOBS, quan l'activitat realitzada per la fundació “podria dur-la terme una empresa privada amb el fi d'obtenir beneficis”<sup>1314</sup>.

Per tant, hi ha un determinat grup de fundacions que, pel fet de participar en el mercat desenvolupant activitats econòmiques, serien titulars actius dels drets d'establiment i prestació de serveis. Per altra banda, hi ha un altre grup de fundacions, excloses de l'aplicació de la llibertat d'establiment i que no generen competència, que serien les fundacions no operatives o *grantmaking*.

### 2.3.1.2 La qualificació de '*charitable*' segons el TJCE

Un altre cas d'interès per l'estudi, és la decisió prejudicial resolta per la **Sentència de 26 de maig de 2005 pel TJCE, *Kingscrest Associates Ltd, Montecello Ltd y Commissioners of Customs & Excise***<sup>1315</sup>, sobre l'art. 13.A, apartat 1, lletres g) i h) de la 'sisena directiva'<sup>1316</sup>. La qüestió prejudicial la sol·licita el

---

<sup>1314</sup> Argument que també va utilitzar F.G. JACOBS en les seves conclusions, en el cas *AOK-Bundesverband* i altres (sentència de 16 de març de 2004, assumptes acumulats C-264/01, C-306/01, C-354/01 i C-355/01).

<sup>1315</sup> Sentència de 26 de maig de 2005, *Kingscrest Associates Ltd, Montecello Ltd y Commissioners of Customs & Excise*, assumpte C-498/03; Conclusions de l'Advocat General, Sr. D. RUIZ-JARABO COLOMER, de 22 de febrero de 2005.

<sup>1316</sup> *Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1977, en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios- Sistema común del impuesto sobre el valor añadido: base imponible uniforme* (DO L 145). Directiva modificada per la Directiva 2006/18/CE (DO L 51 de 22.2.2006).

*Commissioners of Customs & Excise*, autoritat competent en el Regne Unit en matèria d'Impost sobre el Valor Afegit (IVA), en relació a l'exempció d'IVA de les prestacions realitzades pel *Kingscrest Residential Care Home*, la qual és una societat personalista (*partnership*) creada per a l'explotació de residències assistencials en el Regne Unit.

La controvèrsia s'origina quan la *Commissioners of Customs & Excise*, en aplicació de la *Value Added Tax Order 2002*, va donar de baixa en el registre de subjectes passius al tribut de l'IVA a la *Kingscrest Residential Care Home*, ja que complien els requisits d'exercir serveis assistencials. Però aquesta societat va impugnar tal decisió davant del *VAT & Duties Tribunal*, al legant que les seves operacions no havien de ser exemptes segons l'art. 13, part A, apartat 1, lletres g) i h) de la Sisena Directiva<sup>1317</sup>.

Es plantegen en aquest cas dues qüestions principals relacionades amb el nostre objecte d'estudi: la qualificació de '*charitable*', que difereix segons si es realitza per l'ordenament anglès, o bé, si s'atén a la concepció comunitària. I la qualificació d'absència d'ànim de lucre en la consecució de finalitats socials. El Tribunal de Justícia s'enfronta a la noció 'd'organismes de caràcter social', que en l'art. 13, part A, apartat 1, lletres g) i h) de la Sisena Directiva, utilitza per delimitar els subjectes als quals se li apliquen les exempcions de pagar l'impost d'IVA, quan realitzen prestacions de serveis, o es lliuren béns, en matèria d'assistència social. Aquestes activitats han de ser realitzades per entitats de Dret públic i per altres organismes als quals l'Estat membre en qüestió reconegui el seu caràcter social (en la versió anglesa: *recognized as charitable*). Cada Estat ha de determinar la concessió d'aquesta exempció als organismes que no siguin de Dret públic, sota la condició que els organismes no han de tenir per objecte la consecució

---

<sup>1317</sup> Com assenyala l'Advocat General, Sr. D. RUIZ-JARABO COLOMER, en unes consideracions preliminars que titula "el pecado original del IVA comunitario", podria sorprendre que una empresa mostri disconformitat quan se l'eximeix d'un impost per les seves activitats, però la realitat era que l'exoneració la perjudicava al no poder deduir les quotes aportades en l'adquisició de béns i dels serveis necessaris per desenvolupar el moviment, per quedar relegat a ocupar el lloc del consumidor final. (Considerant 18.) "Tal situación provoca efectos perversos en el régimen, porque el sujeto pasivo obligado a aplicar la dispensa intentará repercutir en los precios esas secuelas negativas, de modo que, tratándose de las exenciones objetivas, ideadas para fomentar determinados tipos de actividad o para impulsar ciertos sectores industriales, se alcanza un resultado contrario al perseguido, pues el «beneficio fiscal» encarece las transacciones económicas. No sin razón algunos autores entienden que las exenciones en el régimen común del IVA violentan el principio de generalidad del impuesto y rompen su neutralidad, (8) estimando más acorde con la naturaleza de este arbitrio fijar tipos de gravamen reducidos o, incluso, mínimos, con parecidas consecuencias en la recaudación final, sin distorsionar el funcionamiento del sistema." (considerants 19 i 20).

sistemàtica de beneficis, ni poden distribuir els beneficis, els quals hauran de destinar-se al manteniment i millora de les prestacions que subministren<sup>1318</sup>.

La primera qüestió prejudicial versa sobre si el terme ‘*charitable*’ que apareix en la versió anglesa de l’art. 13, part A, apartat 1, lletres g) i h) de la Sisena Directiva, ha de rebre una definició pròpia comunitària i independent del dret intern i estendre’s al conjunt de versions lingüístiques de la Sisena Directiva, que es tradueix com ‘caràcter social’. Segons el TJCE, la subjecció a l’IVA d’una determinada prestació o la seva exempció no poden dependre de la seva qualificació en Dret intern, resposta acord amb la necessitat d’una interpretació uniforme de les Directives comunitàries. Per tant, el concepte ‘*charitable*’ constitueix un concepte autònom del Dret comunitari que ha de ser considerat tenint en compte el conjunt de versions lingüístiques de la Directiva (considerant 27)<sup>1319</sup>.

La segona qüestió que es planteja és si l’art. 13, part A, apartat 1, lletres g) i h) de la Sisena Directiva seria aplicable a una organització a la qual es reconeix un caràcter social però que actua amb ànim de lucre. La resposta del Tribunal va ser afirmativa, per tant, es pot aplicar l’exempció d’IVA prevista en el precepte en qüestió, quan se li reconeix a l’organització caràcter social, malgrat que actuï amb lucre. L’argument es fonamenta amb els objectius perseguits per les exempcions previstes en la Directiva, que vindrien a garantir un tracte més favorable a determinades prestacions de serveis en interès general realitzades en el sector

---

<sup>1318</sup> Segons la normativa interna anglesa d’exempció d’IVA, només estarien exemptes les prestacions de serveis de caràcter social i el lliurament de béns relacionats amb aquestes, les efectuades per: una *charity*; una entitat privada d’assistència social regulada per l’Estat; o una entitat de Dret públic. Per a ser qualificada de *charity*, cal ser considerada com a *charitable* (per tant, que persegueixi un dels *charitable purpose*) i actuar amb absència de lucre. *Vid.* part I, cap. II, apartat 1.1.3; part I, cap. III, apartat 2.2. En Dret espanyol, la Llei 49/2002 estableix exempcions a les explotacions econòmiques de les entitats sense fins lucratius que s’executin en compliment de la finalitat de l’entitat. Aquestes són quasi iguals que les que es preveuen en la Llei de l’IVA (Ley 37/1992, de 28 de diciembre), per exemple, les explotacions econòmiques de caràcter assistencial (art. 20.1.8 LIVA), terme que s’ha definit en l’*Informe de 23 de junio de 1995 de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Asuntos Sociales*: “el conjunto de acciones y actividades desarrolladas por el Sector Público o por Entidades o personas privadas fuera del marco de la Seguridad Social, destinando medios económicos, personales u organizatorios a atender, fundamentalmente, estados de necesidad y otras carencias ...”. Vegeu els comentaris de I. PEÑALOSA ESTEBAN, “Principales obligaciones contables y fiscales”, V.A., *Las fundaciones*, Colex, 2006, pàg. 83-92.

<sup>1319</sup> Com precisa l’Advocat General: “(...) se puede hacer uso de las ediciones en otras lenguas oficiales de la Comunidad, al objeto de lograr una interpretación armónica, no cabiendo otorgarle la acepción derivada del derecho nacional, cuando, por esa vía, se obtienen exégesis discordantes. (...) corresponde al Tribunal de Justicia, señalando al juez nacional, después de un examen global de las diferentes traducciones, que, cuando la norma menciona los organismos de ‘carácter social’ (*organizations recognized as charitable*, en anglès) alude, como aseñala la Comisión en sus observaciones escritas, a las estructuras que prestan servicios asistenciales. (...) parece indiscutible que la expresión inglesa ‘charitable’ no remite a la idea de caridad o de beneficencia, que rememora una acción privada y desinteresada de auxilio a los necesitados, sino a una más amplia, de relevancia pública, que puede englobar las altruistas, pero que incluye todas las políticas de apoyo a los grupos más desfavorecidos.”

social, i que es justificarien en la reducció de costos dels serveis prestats per tal de fer-los més accessibles als particulars. Segons la Directiva, per a què l'exempció sigui aplicable només caldria complir dos requisits: que es tracti de prestacions relacionades amb l'assistència i seguretat social; i que aquestes prestacions siguin realitzades per entitats de Dret públic o per altres organismes als que l'Estat membre reconegui un caràcter essencialment social.

El problema rau sobre aquest segon requisit, i en el cas concret, perquè en el dret intern anglès per tenir la consideració de *charitable*, caldria, a part de ser una activitat inclosa en els *charitable purposes*, no tenir ànim de lucre. El TJCE, però, considera a tenor de la seva pròpia jurisprudència que sí seria aplicable l'exempció a entitats privades amb ànim de lucre, fins i tot a persones físiques que exploten una empresa, ja que, si el legislador comunitari hagués pretès que fos només aplicable a entitats sense ànim de lucre, ho hauria expressat en el text (considerant 37). Aclareix que, si bé la Directiva autoritza, no obliga als Estats membres a reservar l'aplicació de les exempcions a organismes que no siguin de Dret públic que no tinguin per objecte l'obtenció de beneficis, i seria aplicable el principi de neutralitat fiscal, el qual s'oposa al fet que prestacions de serveis similars, i que per tant competeixen entre si, siguin tractades de forma distinta des del punt de vista de l'IVA (considerant 41). Per tant, el TJCE considera aplicable les exempcions de l'art. 13, part A, apartat 1, lletres g) i h) a entitats amb ànim de lucre. Així, malgrat que l'entitat *Kingscrest Residential Care Home*, no sigui considerada com a *charity* per l'ordenament intern per tenir fins lucratiu, des del punt de vista del dret comunitari, sí se la podria qualificar com a '*charitable*'. (considerant 44-45)<sup>1320</sup>.

En la tercera i darrera qüestió plantejada davant el TJCE, es pregunta si els Estats membres disposen d'una facultat discrecional per reconèixer que una entitat privada amb ànim de lucre i que no ostenta la condició de '*charity*' segons el Dret

---

<sup>1320</sup> Posteriorment, en la STJCE 9 de febrer de 2006, *Stichting Kinderopvang Enschede*, assumpte C-415/04, i les Conclusions de l'Advocat General Sr. F.G. Jacobs de 15 de setembre de 2005, de nou la qüestió prejudicial té per objecte la interpretació de l'art. 13, part A, apartat 1, lletres g) i i) de la Sisena Directiva, i si la Fundació, que ofereix el servei de guarda de nens a través d'assistents que prèviament ha seleccionat i ha proporcionat formació, estaria exempta de l'impost de l'IVA, en base a la prestació de serveis directament relacionats amb l'assistència social. El fet d'actuar a través de tercers i de tenir una retribució posa en dubte l'aplicació de l'exempció. El Tribunal de Justícia disposa que les prestacions de serveis realitzades per una entitat de Dret públic o un organisme al que l'Estat membre li reconegui el seu caràcter social, estaran exemptes, si el propi servei de guarda de nens reuneix els requisits per acollir-se a les exempcions. La Sentència es remet al cas *Kingscrest Associates i Montecello*, de 26 de maig de 2005, C-498/03 apartat 36, 29, per aclarir que la Sisena Directiva no exclou del seu àmbit d'aplicació de l'exempció a les persones físiques que exploten una empresa, o una entitat privada amb ànim de lucre. També fa referència a la Sentència *Ygeia*, 1 de desembre de 2005, C-394/04 i C-395/04.

intern posseeix caràcter social als efectes de l'art. 13, part A, apartat 1, lletres g) i h), de la Sisena Directiva.

L'alt tribunal europeu confirma que la Sisena Directiva concedeix als Estats membres una facultat d'apreciació per a reconèixer caràcter social a determinats organismes que no siguin entitats de Dret públic. Tanmateix, recorden l'aplicació del principi de neutralitat fiscal, i que en el cas concret:

“(…) correspon a l'òrgan jurisdiccional nacional determinar, a la vista, en particular, dels principis d'igualtat de tracte i de neutralitat fiscal, i tenint en compte el contingut de les prestacions de serveis que es tracta, així com les seves condicions d'exercici, si el reconeixement com a organisme de caràcter social als efectes d'exempcions previstes en l'art. 13, part A, apartat 1, lletres g) i h), de la Sisena Directiva, d'una entitat privada amb ànim de lucre i que, en conseqüència, no posseeix la condició de 'charity' segons el Dret intern, va més enllà de la facultat d'apreciació atribuïda per aquestes disposicions als Estats membres a efectes de tal reconeixement” (considerant 58).

Arrel d'aquesta sentència, comprovem de nou que les nocions recollides en els textos comunitaris requereixen interpretacions pròpies, sense remetre's al dret intern. En el cas plantejat, ensopeguem amb el concepte jurídic anglosaxó *charity*, sobre el qual ja s'ha plantejat la dificultat o impossibilitat de atorgar-li una traducció fidedigne en la nostra llengua. La Sisena Directiva topa amb aquest mateix problema de les traduccions jurídiques, i la dificultat de trobar un terme jurídic amb exacte significat en els distints ordenaments dels Estats membres<sup>1321</sup>. Per això, en el supòsit, el TJCE ha de resoldre si el terme utilitzat en la Sisena Directiva 'organisme de caràcter social' coincideix o no amb el terme que la traducció de la Directiva en anglès ha proposat com a '*charity*', i que no coincideix amb els requisits necessaris per a què una institució es qualifiqui com a *charitable* segons l'ordenament jurídic anglès. Aquesta contradicció o manca d'unificació en els criteris s'accentua en el present cas perquè, al cap i a la fi, són les autoritats angleses les que utilitzen la versió anglesa de la Directiva, en què persisteix el problema de la interpretació. En definitiva, les concepcions jurídiques previstes en les normes comunitàries, no tenen perquè coincidir amb les normes de dret intern, i d'aquí la necessitat de les interpretacions que el TJCE ha de realitzar per tal d'unificar criteris.

En aquest punt, cal reflexionar críticament sobre l'eficàcia aconseguida de la pretesa harmonització legislativa mitjançant les directives europees. És l'opinió de

---

<sup>1321</sup> Ens remetem a les explicacions de la primera part, en especial *charity* i l'apartat sobre definicions jurídiques de fundacions, *Vid.* part I, cap. I, apartat 2.1.

J. BASEDOW, a la qual ens unim, que l'harmonització és una simple aproximació, de manera que subsisteixen les diferències en els textos legals interns, teòricament harmonitzats, i per això entren en joc les normes de DIPr internes, tot i que per poc temps, ja que cada cop més sovint les normes de Dret internacional privat seran d'origen comunitari<sup>1322</sup>.

### 2.3.1.3 Reinterpretació de l'art. 48 TCE?

Arrel de les valoracions que sorgeixen de l'anàlisi de la jurisprudència del TJCE, cabria qüestionar-se si mereix redefinir o interpretar de nou la part final del precepte 48 del TCE, contextualitzant el redactat d'aquell moment i adaptant-lo a les noves necessitats i realitats de l'Europa del mercat interior actual. L'art 48 TCE (art. 54 TFUE) disposa que només a les societats, enteses com un tipus d'empresa, constituïdes conforme la legislació d'un Estat membre, els és d'aplicació els drets previstos en els articles 43-48 del Tractat CE (arts. 49-54 TFUE), exceptuant les societats sense ànim de lucre. ¿Cal que es continuï excloent l'aplicació del principi de la llibertat d'establiment a les fundacions que segons la jurisprudència europea desenvolupen activitats econòmiques malgrat que no actuïn amb ànim de lucre però que competeixen en el mercat amb d'altres operadors econòmics en la prestació de serveis o oferint productes?

El Centre de Fundacions Europeu, en la proposta d'Estatut de Fundació Europea, aprecia, en relació a l'art. 48 TCE (art. 54 TFUE), que “Tot i que la majoria de juristes europeus consideren que l'objectiu d'aquest article era el de permetre el desenvolupament de l'activitat econòmica de les empreses en el context del mercat interior, només haurien de ser excloses les entitats que no tinguessin per essència cap activitat econòmica, entès en l'amplitud del terme.”<sup>1323</sup>

En la comissió parlamentària sobre l'Estatut d'Associació Europea, s'apuntava que “l'exclusió de les societats que no persegueixen finalitats lucratives de la construcció europea prevista per l'article 58 (art. 48 TCE) és anacrònica”<sup>1324</sup>. De fet, en el projecte d'Estatut d'Associació Europea, en concret en el seu preàmbul,

---

<sup>1322</sup> J. BASEDOW, “Conflictos de leyes en la Unión Europea y armonización del derecho privado”, *AEDIPr*, t. VI, 2006, pàg. 141-159. En el mateix sentit, J. BASEDOW, “La progresiva europeización del derecho contractual”, *REDI*, 2004-I, pàg. 15-31. En relació al problema lingüístic i d'interpretació en la transposició de Directives europees en matèria contractual, vegeu: M. FONT i MAS, “Questioni terminologiche nella trasposizione delle direttive sul diritto contrattuale europeo: la prospettiva dell'ordinamento giuridico spagnolo”, B. PASA; P. ROSSI; M. WEITENBERG (coords.), *Il Diritto contrattuale europeo tra direttive comunitarie e trasposizioni nazionali. Materiali per lo studio della terminologia giuridica*, Collana diretta da G. Ajani, Giappichelli, Torino, 2007.

<sup>1323</sup> EUROPEAN FOUNDATION CENTRE, *Proposal for a Regulation on a European Statute for Foundations*, 2005, pàg. 7. <[www.efc.be](http://www.efc.be)>.

<sup>1324</sup> Sessió de 20.1.1993, C 042 (15.2.1993, p. 74-89).

es considera que la realització del mercat interior implica la plena llibertat d'establiment. El TJCE, també ha tingut oportunitat de pronunciar-se respecte les associacions com a entitats sense finalitats lucratives, arribant a la conclusió que hi hauria associacions que desenvolupen activitats econòmiques i d'altres que no. En cas afirmatiu, les associacions haurien de beneficiar-se de les llibertats previstes en el TCE, tal i com succeeix respecte les altres formes d'empresa com són les societats de capital<sup>1325</sup>. En aquest sentit es pronuncià el TJCE, en concret respecte una associació que no es reconeixia a Bèlgica per no tenir membres de nacionalitat belga, norma que contradeia la llibertat d'establiment<sup>1326</sup>. L'Advocat General del cas va estimar que s'aplicava el Tractat de la Comunitat Europea:

“(…) la normativa nacional controvertida pertany clarament a l'àmbit d'aplicació del Tractat CE, malgrat referir-se a associacions sense fins lucratius. Si bé aquestes associacions no tenen com a objecte la maximització o la redistribució de beneficis, poden prestar serveis mitjançant retribució o percebre ingressos, participant, d'aquesta manera, en la vida econòmica. Es regeixen, doncs, per les normes comunitàries sobre llibertat d'establiment. En contra de l'anterior podria invocar-se l'apartat 2 de l'article 58 del Tractat, segons el qual, a efectes del dret d'establiment enunciat en l'article 52 del Tractat, no es consideren societat aquelles 'que no persegueixin un fi lucratiu'. No obstant, conforme la teoria imperant en Dret comunitari, ha d'interpretar-se en sentit ampli. Fins i tot les persones jurídiques que no tenen com a principal objectiu l'augment de beneficis estan emparades pel dret d'establiment en la mesura en que participen de la vida econòmica”<sup>1327</sup>.

La justificació d'aplicar la llibertat d'establiment a aquestes figures que actuen sense ànim de lucre i expressament excloses de l'art. 48 TCE (art. 54 TFUE), es fonamenta, doncs, en el fet que aquest tipus d'organitzacions, siguin les

---

<sup>1325</sup> A. IOAKIMIDIS, “La politique de la Communauté européenne à l'égard des associations sans but lucratif et le projet de règlement portant statut de l'association européenne”, *La documentation française, Études & Documents*, n° 51, 2001, pàg. 409-410.

<sup>1326</sup> STJCE de 29 de juny de 1999, Comissió c. Bèlgica, assumpte C-172/98. El TJCE considera que la legislació belga que exigia la presència de socis de nacionalitat belga per al reconeixement de la personalitat jurídica d'una associació nacional o internacional sense ànim de lucre era contrària a les disposicions del Tractat essent una mesura discriminatòria.

<sup>1327</sup> Considerant 11 i 12. Conclusiones del abogado general Sr. GEORGES COSMAS presentadas el 28 de enero de 1999 (1), Asunto C-172/98, Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de Bélgica. Afegeix en l'argumentació la següent jurisprudència: Sentència de 12 de desembre de 1974 (36/74, Rec. p. 1405); Sentència de 14 de juliol de 1976 (13/76, Rec. p. 1333); Sentència de 5 de octubre de 1988 (196/87, p. 6159); Sentències del Tribunal de Justícia de 12 de febrer de 1987, Comissió/Bèlgica (221/85, Rec. p. 719), i de 17 de juny de 1997, *Sodemare* i altres (C-70/95, p. I-3395). M.P. GARCÍA RUBIO, “Persona jurídica sin ánimo de lucro”, S. CÁMARA LAPUENTE (coord.), *Derecho privado europeo*, COLEX, 2003, pàg. 267.



fundacions o les associacions, desenvolupen activitats econòmiques<sup>1328</sup>. És de la mateixa opinió S. ÁLVAREZ, segons el qual “es donen arguments suficients per a poder retenir, segons els casos (no totes les fundacions realitzen una activitat que acrediti aquests drets), una resposta positiva, interpretant coherentment l'excepció de les ‘que no persegueixin un fi lucratiu’<sup>1329</sup>. Així mateix, M. GARDEÑES considera que en el context de la integració econòmica que persegueix el TCE, ha de prevaler una visió objectiva de les fundacions, abans que una visió subjectiva centrada en els motius pels quals es desenvolupa l'activitat. Per això, només entrarien en les previsions de l'art. 48 TCE (art. 54 TFUE) i, per tant, “serien titulars actius dels drets d'establiment i prestació de serveis, aquelles que participin en el mercat, duent a terme una activitat econòmica per la qual obtinguin una remuneració”<sup>1330</sup>.

No totes les posicions doctrinals coincideixen en aquest sentit, tot i que han anat evolucionant a mesura que l'evident activitat econòmica d'algunes fundacions s'ha fet palesa, i és de preveure que després dels dictats jurisprudencials i de les decisions de la Comissió Europea s'acabi admetent que una tipologia de fundacions hauria de gaudir de la llibertat d'establiment i, consegüentment, li serien d'aplicació les normes sobre concurrència i la normativa sobre els ajuts estatals.

### **2.3.2 La llibertat de prestació de serveis aplicable a les fundacions?**

La lliure prestació de serveis (arts. 49-55 TCE; arts. 56-62 TFUE) implica l'eliminació de restriccions legals que, en forma de discriminacions, impedeixin la lliure realització de prestació de serveis en un altre Estat membre. Segons el mateix Tractat, són “les prestacions realitzades normalment a canvi d'una remuneració, en la mesura que no es regeixen per les disposicions relatives a la lliure circulació de mercaderies, capitals i persones” (art. 50 TCE, art. 57 TFUE)<sup>1331</sup>. Es prohibeixen les restriccions a la lliure prestació de serveis dins de

---

<sup>1328</sup> F.W. HONDIUS; T.J. VAN DER PLOEG, “Foundations”, *IECL*, vol. XIII, cap. 9, 2000, pàg. 12.

<sup>1329</sup> S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Recensión a GARDEÑES SANTIAGO, M.: *Las fundaciones en Derecho internacional privado español*. Fundación Centro de Estudios Comerciales, Madrid-2003, 263 pp.”, *REDI*, 2004-1, pàg. 626.

<sup>1330</sup> M. GARDEÑES SANTIAGO, “Capítulo 22: Las fundaciones en el contexto internacional”, BENEYTO PÉREZ, J.M. (dir.), *Tratado de Fundaciones*, Bosch, 2007, vol. II, pàg. 1201.

<sup>1331</sup> La distinció entre la llibertat d'establiment i la lliure prestació de serveis rau en el fet que en la primera és característica essencial la permanència de l'activitat econòmica mitjançant un establiment permanent i estable en un Estat membre del que no s'és nacional. Mentre que en la segona, l'activitat econòmica en un altre Estat membre és temporal i no estable. El prestador del servei està establert en un determinat Estat membre i els destinataris del servei són nacionals d'un altre Estat membre. Per tant, i segons la

la Comunitat, de manera que quan un Estat membre disposi limitacions en la pròpia normativa a la prestació del servei, aquestes limitacions hauran de ser aplicables tant als seus nacionals com als nacionals d'altres Estats membres, siguin o no residents en l'Estat on es presta el servei<sup>1332</sup>. Cal analitzar cas per cas els requisits exigits amb caràcter general per a l'exercici d'una activitat per concloure si els requisits en qüestió vulneren la lliure prestació de serveis, amb independència que s'exigeixin les mateixes condicions a nacionals o a ciutadans d'altres Estats membres<sup>1333</sup>. Només cabria com a excepció per admetre les discriminacions encobertes o les restriccions no discriminatòries i indistintament aplicables, en aplicació de l'excepció d'ordre públic, la clàusula d'exercici del poder públic o causes imperatives d'interès nacional, i com a exemple de raó imperiosa destaquem la coherència del sistema fiscal<sup>1334</sup>.

Tal i com s'ha exposat, les fundacions presten serveis essent possible que aquests es desenvolupin en la dimensió transfronterera europea, per això, s'ha d'analitzar

---

jurisprudència del TJCE, no es pot exigir al prestador del servei la residència permanent sobre el territori de l'Estat membre on es realitza la prestació. S'identifica el supòsit d'una prestació de serveis per exclusió, de manera que es qualifica d'una activitat com a servei si no és possible fer-ho des dels preceptes que regulen la lliure circulació de mercaderies, capitals i persones. E. LINDE PANIAGUA, "Capítulo III: El mercado interior (Libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales)", E. LINDE PANIAGUA (coord.), *Políticas de la Unión Europea*, 5ª ed., Colex, 2005, pàg. 199. La lliure prestació de serveis es pot considerar, o bé, com a complementària a la llibertat d'establiment, o bé, de forma autònoma, de manera que es distingirien dues formes d'accedir a l'economia d'un altre Estat: a través de la incorporació de l'establiment de forma física i permanent en l'Estat de destí; i a través de la prestació del servei sense necessitat d'establir-se ni física ni permanentment en l'Estat de destinació, malgrat que s'ha de tenir en compte que el caràcter temporal de la prestació no exclou la possibilitat que el prestador del servei disposi d'una certa infraestructura (oficina, despatx, estudi) tal i com indica el TJCE: STJCE de 12 de desembre de 1996, assumpte C-3/95 (apart. 20 - 21); STJCE de 30 de novembre de 1995, assumpte C-55/94 (apart. 23 a 27); STJCE de 11 de desembre de 2003, assumpte C-215/01 (apart. 28 - 29). S. PRATS JANÉ, *Evolución del derecho societario europeo. Situación actual y análisis jurisprudencial desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado*, Abecedario editorial, 2007.

<sup>1332</sup> STJCE de 9 de març de 2000, *Comissió de les Comunitats Europees contra República Italiana*, assumpte C-358/98: sobre l'obligació prevista en la llei italiana que exigeix a les empreses de neteja a inscriure's prèviament en els registres italians, el Tribunal europeu comprova que aquesta obligació condueix a dissuadir a les empreses establertes en d'altres Estats membres a exercir a Itàlia tals activitats; STJCE de 9 de març de 2000, *Comissió de les Comunitats Europees contra Regne de Bèlgica*, assumpte C-355/98: en relació a l'activitat d'empreses de seguretat i serveis interns de vigilància a Bèlgica; STJCE de 8 de juny de 2000, *Comissió contra República italiana*, assumpte C-264/99: en relació a l'activitat de transportista a Itàlia. Vegeu: J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, "La libertad de prestación de servicios", M. LÓPEZ ESCUDERO et al., *Derecho comunitario material*, Madrid, 2000, pàg. 130 i ss.

<sup>1333</sup> E. LINDE PANIAGUA, "Capítulo III: El mercado interior (Libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales)", E. LINDE PANIAGUA (coord.), *Políticas de la Unión Europea*, 5ª ed., Colex, 2005, pàg. 197.

<sup>1334</sup> El principi de coherència del sistema fiscal nacional s'aplica quan existeix un vincle directe entre l'aplicació d'un benefici fiscal i la realització d'un ingrés paral·lel i compensatori a la caixa de l'Estat. En aquest cas seria impossible aplicar el benefici fiscal als no residents si no existeix un mecanisme raonable que permeti garantir l'ingrés compensatori. STJCE de 28 de gener de 1992, *Bachmann*, assumpte C-204/90. L.M. HINOJOSA MARTÍNEZ, "El derecho fiscal comunitario", M. LÓPEZ ESCUDERO et al., *Derecho comunitario material*, Madrid, 2000, pàg. 264.

si els seria d'aplicació la llibertat de prestació de serveis comunitària. Per a tal escamesa resulta imprescindible estudiar la Directiva 2006/123/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 12 de desembre de 2006, relativa als serveis en el mercat interior<sup>1335</sup>. El procediment legislatiu d'aquesta Directiva, coneguda com la directiva '*Bolkestein*', nom del comissari que la va proposar, no va ser un camí planer. Es va presentar per primera vegada per la Comissió el gener de 2004 amb l'objectiu d'eliminar els obstacles a la llibertat d'establiment d'empreses proveïdores de serveis en els Estats membres<sup>1336</sup>. És sobrerament conegut que la llibertat de prestació de serveis és una de les llibertats contingudes en el TCE des dels seus orígens, però que no ha reeixit a desenvolupar-se de forma eficaç malgrat el pas del temps, ja que ha topat amb barreres jurídico-administratives<sup>1337</sup>. La iniciativa per elaborar tal Directiva s'emmarca en l'estratègia de Lisboa, la qual proposa quatre objectius principals per aconseguir un mercat interior de serveis: facilitar la llibertat d'establiment i la llibertat de prestació de serveis a la UE; reforçar els drets dels destinataris dels serveis en la seva qualitat d'usuaris d'aquests serveis; fomentar la qualitat dels serveis; establir una cooperació administrativa efectiva entre els Estats membres. La finalitat de la Directiva 2006/123/CE, doncs, seria activar un genuí mercat interior en el sector de serveis que eliminés les barreres legals i administratives en el desenvolupament de les

---

<sup>1335</sup> DOUE, L 376, 27.12.2006. Directiva que entra en vigor el dia següent de la seva publicació, en què es fixa el termini d'incorporació al Dret intern el 28 de desembre de 2009 (art. 44). Abans de l'aprovació de la Directiva, en el cas de plantejar-se la possibilitat que les fundacions prestessin serveis en virtut de la llibertat comunitària en qualsevol Estat membre, es presumia que aquesta hauria de complir uns requisits: tenir l'establiment en un Estat membre; el servei havia de tenir dimensió transfronterera i de caràcter temporal; i, a més, que impliqués una activitat de contingut econòmic i realitzada, normalment, a canvi d'una remuneració. Era en aquest darrer requisit on sorgia el dubte sobre l'aplicació de la llibertat de prestació de serveis respecte una entitat, la fundació, que actua sense afany de lucre i que es podria interpretar que no combrega amb el requisit que el servei fos "remunerat" i, per tant, que la prestació fos amb contingut econòmic.

<sup>1336</sup> La Comissió adoptà el 13 de gener de 2004 una "proposta de Directiva relativa als serveis en el mercat interior"; el febrer de 2006, el Parlament Europeu presenta un seguit d'esmenes a la proposta; la Comissió emet la proposta modificada de la Directiva el 4 d'abril de 2006; el Consell adopta la base d'una posició comuna el 24 de juliol de 2006; el 15 de novembre de 2006 el Parlament es pronuncia en la segona lectura; el Consell aprova la Directiva el 12 de desembre de 2006.

<sup>1337</sup> "(...) diez años después de lo que debería haber sido la realización del mercado interior, existe todavía un gran desfase entre la existencia de una economía integrada para la Unión Europea y la realidad vivida por los ciudadanos y los prestadores de servicios europeos. Los obstáculos afectan a una amplia gama de actividades de servicios, así como a la totalidad de las etapas de la actividad del prestador, y presentan numerosos puntos en común, incluido el hecho de tener su origen con frecuencia en un exceso de trámites administrativos, en la inseguridad jurídica que rodea a las actividades transfronterizas y en la falta de confianza recíproca entre los Estados miembros" Preàmbul, apartat 3 de la Directiva 2006/123/CE del Parlament europeu i del Consell, de 12 de desembre de 2006, relativa als serveis en el mercat interior. Vegeu també en el mateix preàmbul, l'apartat 43.

activitats de serveis arreu dels Estats membres, en concret, en relació a la llibertat d'establiment i la llibertat de prestació de serveis<sup>1338</sup>.

Un dels punts més controvertits i que dilataven en el temps la discussió legislativa és el “*principle of the country of origin*”. Segons aquest, la prestació de serveis es regularia per la normativa del país d'origen i no per la normativa del país d'acollida, de manera que la llei del país d'origen del prestador s'aplicaria en: l'accés a l'activitat d'un servei i al seu exercici; el comportament del prestador; la qualitat i contingut del servei; la publicitat; els contractes i la responsabilitat del prestador. Per tant, el prestador de serveis hauria d'ajustar-se a la legislació de l'Estat on roman la seva base encara que ofereixi els seus serveis a un Estat diferent, estaríem davant d'una norma de DIPr fonamentada en l'aplicació de la llei d'origen. Com indica A. BORRÁS, aquesta proposta no va ser ben rebuda pel Grup Europeu de Dret Internacional Privat (GEDIP), ja que aquesta regla del país d'origen podria comportar riscos negatius en el mercat interior, provocant l'efecte del *race to the bottom*. Per això, proposaven que el principi de la llei d'origen es limités a la reglamentació aplicable al prestador, excloent les qüestions sobre les obligacions contractuals i les obligacions delictives resultants de les activitats del prestador<sup>1339</sup>. Les discussions en el Grup van continuar fins a proposar que es substituís el ‘principi del país d'origen’ pel del ‘reconeixement mutu’, però per això caldria unificar les legislacions materials, tasca poc factible<sup>1340</sup>. Finalment, la

---

<sup>1338</sup> “Por tanto, procede eliminar los obstáculos que se oponen a la libertad de establecimiento de los prestadores en los Estados miembros y a la libre circulación de servicios entre los Estados miembros y garantizar, tanto a los destinatarios como a los prestadores de los servicios, la seguridad jurídica necesaria para el ejercicio efectivo de estas dos libertades fundamentales del Tratado. Dado que los obstáculos que entorpecen el mercado interior de los servicios afectan tanto a los operadores que desean establecerse en otros Estados miembros como a los que prestan un servicio en otro Estado miembro sin establecerse en él, procede permitir que el prestador desarrolle sus actividades de servicios dentro del mercado interior, ya sea estableciéndose en un Estado miembro, ya sea acogéndose a la libre circulación de servicios. Los prestadores deben disponer de la posibilidad de elegir entre estas dos libertades en función de su estrategia de desarrollo en cada Estado miembro.” Preàmbul, apartat 5 de la Directiva 2006/123/CE. Vegeu també en el mateix preàmbul, els apartats 64 i 65.

<sup>1339</sup> *Position du Groupe européen de droit international privé relative à la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux services dans le marché intérieur*, doc. 22, 23.11.2004 “Le principe du pays d'origine risque d'inciter les entreprises à s'incorporer dans les Etats où les standards de protection sont les plus bas, de manière à « exporter » ces standards vers d'autres Etats. (...) En conclusion, l'application du principe de la loi du pays d'origine soulève des difficultés très sérieuses sous l'angle des conflits de lois dans les relations entre les Etats membres. Le Groupe européen de droit international privé propose que le principe d'origine se limite à la réglementation applicable au prestataire, mais ne concerne ni les obligations contractuelles ni les obligations délictuelles découlant de l'activité du prestataire”. Consultable: <www.gedip-egpil.eu>.

<sup>1340</sup> “... ‘principe’ du pays d'origine n'est pas un principe de droit, mais seulement un ‘critère’, car il n'est reconnu comme principe ni par le Traité instituant la Communauté européenne, ni d'une façon expresse par la jurisprudence de la Cour de justice. De cette manière, l'adoption du critère du pays d'origine implique un choix strictement politique. Il semble impossible de franchir ce pas, sans unifier les législations matérielles dans tous les domaines affectés par la directive. D'un autre côté, l'application du

Directiva preveu que l'Estat membre de l'establiment on té la base el prestador, garantirà el compliment dels requisits legals i exercirà aquest control mitjançant les facultats de supervisió previstes en la seva legislació nacional. Això no obstant, però, que no pugui executar comprovacions i controls en el territori de l'Estat membre on es presti el servei, a través de les autoritats de l'Estat membre en què el prestador estigui operant temporalment. Per tant, l'Estat membre en què es presta el servei serà responsable de la supervisió de l'activitat del prestador en el seu territori<sup>1341</sup>.

Respecte l'aplicació o no de la Directiva a les fundacions, en primer lloc, es disposa que la Directiva s'aplicarà des del punt de vista espacial, als serveis prestats per prestadors establerts en un Estat membre. En relació a l'àmbit material d'aplicació, és necessari aclarir que l'art. 1 exclou els serveis 'd'interès econòmic general'. Malgrat que en preàmbul sí que inclouria dins l'àmbit d'aplicació material els serveis d'interès econòmic general que es realitzen per una contrapartida econòmica, s'afanya, a continuació, a excloure en concret: el transport, els serveis postals, i els ajuts d'Estat en àmbit social (apartat 17). Des de la perspectiva de les finalitats filantròpiques de les fundacions podríem diferenciar els serveis d'interès econòmic general (transport, telecomunicacions, etc.), dels serveis d'interès general que ofereixen les fundacions. Per tant, l'exclusió de l'art. 1 no afectaria a l'àmbit material susceptible de ser desenvolupat per les fundacions. Tanmateix, en el segon article de la Directiva es disposa d'un llistat de serveis exclosos de la seva aplicació, entre els quals destaquem: a) els serveis no econòmics d'interès general; f) els serveis sanitaris, prestats o no en establiments sanitaris, independentment de la seva organització i finançament a escala nacional i del seu caràcter públic o privat; j) els serveis socials relatius a l'habitatge social, l'atenció als nens i el suport a famílies i persones temporal o permanentment necessitades proporcionats per l'Estat, per prestadors encarregats per l'Estat o per associacions de beneficència reconegudes com a tals per l'Estat<sup>1342</sup>. L'exclusió d'aquest darrer servei (lletra j), es justifica en el preàmbul,

---

principe de la reconnaissance mutuelle serait acceptable s'il était fondé sur l'idée de l'équivalence, c'est-à-dire 'dans les mêmes conditions que celles que ce pays impose à ses propres ressortissants', pour suivre les mots de l'article 50 du Traité." A. BORRÁS, "Le droit international privé communautaire: réalités, problèmes et perspectives d'avenir", *RCADI*, vol. 317, 2005, pàg. 415-418.

<sup>1341</sup> Vegeu articles 29, 30 i 31 de la Directiva 2006/123/CE. Vegeu: A. MALATESTA, "Principio dello Stato di origine e norme di conflitto dopo la direttiva 2006/123/CE sui servizi nel mercato interno: una partita finita?", *RDIPP*, 2007, pàg. 293-312.

<sup>1342</sup> Assenyalem que en la versió anglesa "associacions de beneficència reconegudes com a tal per l'Estat", és: "by charities recognised as such by the State", per tant, susceptible de comportar problemes en la seva interpretació, vegeu la resolució anteriorment exposada: Sentència de 26 de maig de 2005, *Kingscrest*

apartat 27, per ser “serveis essencials per a garantir els drets fonamentals a la dignitat humana i a la integritat, i són una manifestació dels principis de cohesió social i de solidaritat, i no han de veure’s afectats per la present Directiva”. Comprovem que aquests serveis enumerats comprenen la majoria de prestacions que desenvolupen les fundacions que són d’interès general, conseqüentment, estarien exclosos de la Directiva.

Es planteja el dubte de la inclusió o no de serveis dedicats a la cultura, investigació, educació o esport, sectors en què també participen les fundacions. Si atenem a la definició de ‘servei’, l’art. 4.1 indica que és qualsevol activitat econòmica per compte propi prestada normalment a canvi d’una remuneració, contemplada en l’art. 50 TCE<sup>1343</sup>. A priori, doncs, estarien exclosos els serveis que s’han assenyalat com a dubtosos, per no ser industrials, mercantils, artesanals o exercits per professionals liberals. Però, per si restés algun dubte, en l’apartat 17 del preàmbul conclou que “Els serveis d’interès general no estan coberts per la definició de l’art. 50 TCE, per tant, no estan inclosos en l’àmbit d’aplicació de la present Directiva”. Finalment, respecte l’expressió ‘normalment remunerat’, en el preàmbul s’especifica (apartat 34) que en determinats serveis prestats per entitats públiques, o entitats privades que reben fons públics per realitzar tals activitats, es realitzen determinats pagaments de quotes per part de destinataris per a contribuir, per exemple, a les despeses de funcionament d’un ensenyament educatiu, en aquest cas “no constitueix per si mateix remuneració perquè el servei es segueix finançant fonamentalment amb fons públics”. Aquestes activitats tampoc respondrien a la definició de serveis segons l’art. 50 TCE (art. 57 TFUE) i, per tant, no entrarien en l’àmbit d’aplicació de la Directiva. El text també es preocupa d’excloure les activitats d’esport aficionat no lucratives, ja que aquestes revesteixen una importància social considerable amb objectius socials o recreatius, i que no constitueixen activitats econòmiques en el sentit de la legislació econòmica, quedant fora de l’àmbit d’aplicació de la Directiva (apartat 35).

---

*Associates Ltd, Montecello Ltd y Commissioners of Customs & Excise*, assumpte C-498/03. *Vid.* part III, cap. I, apartat 2.3.1.2.

<sup>1343</sup> Art. 50 TCE: “Con arreglo al presente Tratado, se considerarán como servicios las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas. Los servicios comprenderán, en particular: a) actividades de carácter industrial; b) actividades de carácter mercantil; c) actividades artesanales; d) actividades propias de las profesiones liberales. Sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo al derecho de establecimiento, el prestador de un servicio podrá, con objeto de realizar dicha prestación, ejercer temporalmente su actividad en el Estado donde se lleve a cabo la prestación, en las mismas condiciones que imponga ese Estado a sus propios nacionales.” (Art. 57 TFUE)

Amb aquestes disposicions, hom podria entendre que no es pot aplicar directament la directiva a les prestacions de servei de les fundacions que compleixen objectius socials, i que no podrien considerar-se activitats econòmiques, però sí que afectaria a aquelles activitats accessòries, dutes a termes per empreses instrumentals (o per un professional liberal) que obtindrien remuneració pel servei prestat, però que després, seria reinvertit en els fins socials.

No obstant l'exclusió de l'àmbit d'aplicació material de la Directiva als possibles serveis prestats per fundacions, de manera que no els seria d'aplicació, no ens en podem estar de comprovar si la fundació, com a persona jurídica, estaria inclosa o no com a subjecte/prestador en la Directiva. La resposta, de nou, no és absoluta. En la introducció de la Directiva s'inclou en el concepte de prestador tota persona jurídica que exerceixi una activitat de serveis (apartat 36). En concret, el concepte de persona jurídica atén a les disposicions del Tractat en matèria d'establiment deixant llibertat per a què els operadors escullin la forma jurídica que consideren convenient per a realitzar la seva activitat. Per tant, "les persones jurídiques en el sentit del Tractat inclouen totes les entitats constituïdes en virtut de la legislació de l'Estat membre, o que es regeixen per la mateixa, independentment de la seva forma jurídica" (considerant 39).

Després, però, l'art. 4.2 de la Directiva defineix prestador com: "(...) qualsevol persona jurídica de les contemplades en l'article 48 del Tractat i establerta en un Estat membre, que ofereixi o presti un servei"<sup>1344</sup>. Arrel d'aquesta remissió a l'art. 48 TCE (art. 54 TFUE), ¿s'ha d'interpretar que s'exclouen les persones jurídiques privades sense ànim de lucre? Probablement sí. Per tant, una fundació constituïda legalment sota el règim jurídic d'un Estat membre que pretengui prestar un servei en una altre Estat membre, haurà de sotmetre's a tots els controls i requisits administratius i legals per tal de poder actuar en aquest altre territori comunitari. Així, no podria beneficiar-se de les prerrogatives previstes en la Directiva, com són: la simplificació dels procediments i tràmits d'accés a una activitat de serveis; la 'finestreta única'; els procediments per via electrònica o la cooperació informativa entre les administracions dels Estats. Ara bé, si en virtut de la interpretació de l'art. 48.2 TCE (art. 54.2 TFUE) que considera que certes fundacions desenvolupen activitats econòmiques participant en el mercat, els seria d'aplicació la llibertat d'establiment, a aquestes mateixes els hauria de ser

---

<sup>1344</sup> Així mateix, la definició de 'destinatari', quan sigui una persona jurídica ha de ser de les contemplades en l'art. 48 TCE i establerta en un Estat membre, que utilitzi o desitgi utilitzar un servei amb fins professionals o d'un altre tipus (art. 4.3 Directiva 2006/123/CE).

d'aplicació la lliure prestació de serveis, així com respecte els serveis accessoris prestats per empreses o professionals liberals.

Respecte aquesta possibilitat, s'ha d'acabar d'examinar la lletra de la Directiva. Aquesta preveu un procediment d'avaluació recíproca entre els Estats membres, en què hauran d'examinar si en els seus respectius ordenaments jurídics supediten l'accés a una activitat de serveis o del seu exercici al compliment de determinats requisits no discriminatoris, com és, entre altres: "requisits que obliguin al prestador a constituir-se adoptant una forma jurídica particular" (art. 15.2 Directiva serveis)<sup>1345</sup>. Aquests requisits es poden exigir si compleixen les condicions de: a) no discriminar en funció del domicili social; b) que es justifiquin per una raó imperiosa d'interès general<sup>1346</sup>; c) proporcionalitat (art. 15.3 Directiva serveis).

Per tant, els Estats poden preveure en la seva normativa interna requisits que, sense ser discriminatoris, s'hagin de complir per tal de permetre l'accés a una activitat o el seu exercici en virtut de la llibertat d'establiment. Quan "aquests requisits siguin discriminatoris o no es justifiquin objectivament per raons imperioses d'interès general, o quan siguin desproporcionats, han de suprimir-se o modificar-se. El resultat d'aquesta avaluació diferirà conforme el caràcter de l'activitat i l'interès públic que es tracti. En especial, tals requisits podran justificar-se plenament quan els motivin objectius de política social" (considerant 69). Ens crida l'atenció aquest últim punt, ja que en base a 'objectius de política social', un Estat podria imposar requisits per permetre la prestació de serveis a determinats prestadors. El legislador europeu no desitja que la Directiva afecti a la llibertat dels Estats membres de fixar en la seva legislació un alt nivell de protecció dels interessos públics, en particular respecte els serveis de política social, d'aquí que es justificarien determinades restriccions de la llibertat

---

<sup>1345</sup> Art. 4.7 Directiva 2006/123/CE: "«requisito», cualquier obligación, prohibición, condición o límite previstos en las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de los Estados miembros o derivados de la jurisprudencia, de las prácticas administrativas, de las normas de los colegios profesionales o de las normas colectivas de asociaciones o de organismos profesionales y adoptados en ejercicio de su autonomía jurídica; las normas derivadas de convenios colectivos negociados por los interlocutores sociales no se considerarán requisitos a efectos de la presente Directiva;"

<sup>1346</sup> Art. 4.8 Directiva 2006/123/CE "«razón imperiosa de interés general», razón reconocida como tal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, incluidas las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural;" L'art. 9 de la mateixa Directiva, justifica l'exigència d'autorització prèvia per poder accedir a una activitat de serveis i del seu exercici per raó imperiosa d'interès general. A continuació, l'art. 10 disposa les condicions per a la concessió de l'autorització.



d'establiment, “en especial quan tinguin per objecte la protecció de la salut pública o persegueixin objectius de política social”. Disposa, com a exemple de possible restricció, l'obligació d'adoptar una forma jurídica específica per a exercir determinats serveis en l'àmbit social, de manera que es justificaria sotmetre al prestador al requisit d'actuar sense ànim de lucre (considerant 71)<sup>1347</sup>.

S'ha d'entendre, doncs, que per a què una entitat sense ànim de lucre desenvolupi un servei o pretengui establir-se en un altre Estat membre per prestar un servei, en matèries d'interès general, haurà de complir necessàriament la normativa de l'Estat de recepció respecte la forma que ha d'adquirir. Això voldria dir que no s'aplica la Directiva, i s'aplica el règim intern de cada Estat quan una fundació pretén desenvolupar una activitat en un altre Estat membre. S'aplicaria la normativa de DIPr, sense excepció, malgrat ser una persona jurídica constituïda legalment per l'ordenament jurídic d'un Estat membre i que segons aquest ordenament que el regeix en el seu estatut personal està capacitat per realitzar activitats d'interès general o d'utilitat pública, però que, si pretén actuar en un altre Estat, aquest li pot exigir una forma jurídica específica per actuar sense ànim de lucre. Està validant, doncs, el sistema de normes de DIPr interns que s'han presentat en la segona part, reafirmant la possibilitat d'exigir uns determinats requisits a acomplir per part de la fundació estrangera per tal de preservar la política social.

Entenem que l'exclusió de l'aplicació de la Directiva als serveis d'interès econòmic general i als serveis d'interès general, atenen a la voluntat dels legisladors europeus de no provocar la liberalització dels serveis reservats a les entitats públiques o privades ni la privatització d'entitats públiques prestadores de serveis (art. 1.2). Si bé es considera que l'Estat ha de garantir efectivament els serveis d'interès general en el seu territori, també considerem que les activitats que les fundacions realitzen són complementàries a aquesta activitat estatal sense que en cap cas l'hagi de substituir, de manera que l'Estat no ha de dependre de les activitats filantròpiques, ni tampoc, de les activitats en benefici social que poden desenvolupar les empreses atenent a la Responsabilitat Social de l'Empresa. Per això, considerem que l'Estat, i els Estats que configuren una Unió d'estats que

---

<sup>1347</sup> “Entre los requisitos que hay que examinar figuran los regímenes nacionales que, por motivos distintos de los relacionados con las cualificaciones profesionales, reservan a prestadores concretos el acceso a ciertas actividades. Estos requisitos incluyen también la obligación para un prestador de adoptar una forma jurídica particular, concretamente de constituirse como persona jurídica, sociedad de personas, entidad sin ánimo de lucro o sociedad perteneciente únicamente a personas físicas, y requisitos relativos a la posesión de capital de una sociedad, concretamente la obligación de disponer de un capital mínimo para determinadas actividades o tener una cualificación específica para poseer el capital social o gestionar determinadas sociedades.” Considerant 73 del preàmbul de la Directiva 2006/123/CE.

persegueixen també la cohesió social, haurien de facilitar l'activitat transfronterera de les fundacions, i evitar l'exigència de requisits administratius i legals que comporten barreres dissuasives a la realització d'obres filantròpiques arreu d'Europa. Això no impediria que s'executés un control rigorós respecte tals serveis, que de fet, s'exigeix en general en quasi tots els ordenaments jurídics, que continuarien aplicant-se en virtut del seu estatut personal. Aquest control però, no ha de ser discriminatori. Sí que mereixeria, però, un control fiscal curós, de la mateixa manera que en una societat mercantil.

S'haurà d'atendre al resultat dels futurs exercicis d'avaluació recíproca que els Estats membres hauran de realitzar sobre els requisits supeditats a avaluació, en els quals hauran de determinar els requisits discriminatoris reservats a prestadors concrets, així com l'informe de síntesi que es preveu que elaborarà la Comissió i les propostes que efectuarà<sup>1348</sup>.

### **2.3.3 La lliure circulació de capitals aplicable a les fundacions?**

La lliure circulació de capitals (arts. 56-60 TCE, arts. 63-75 TFUE) contempla la supressió de tots els obstacles que impedeixen la liberalització total dels moviments de capitals a l'interior de la Comunitat i que té com a objectiu final la creació d'un espai financer europeu, que es presenta com un factor de perfeccionament del mercat interior i competitiu respecte altres mercats financers<sup>1349</sup>. La liberalització de la circulació de capitals ha estat progressiva, culminant amb el redactat de l'art. 14.2 TCE introduït per l'AUE (art. 26 TFUE). Segons l'art. 56 TCE (art. 63 TFUE), juntament amb la jurisprudència comunitària, l'exercici de la llibertat de circulació de capitals comporta la supressió de totes les restriccions dels moviments de capitals que pertanyin tant a persones físiques com a jurídiques residents en els Estats membres, així com de les discriminacions per raó de nacionalitat, residència de les parts o lloc d'ubicació de la inversió<sup>1350</sup>. Resta en aplicació, però, l'excepció d'interès general per tal de justificar la legalitat de determinades mesures nacionals que salvaguarden interessos públics dignes de protecció, sempre però, que la mesura no sigui

---

<sup>1348</sup> Art. 15 i 39 Directiva 2006/123/CE. Serà, sens dubte, interessant analitzar les transposicions internes de la Directiva, que tenen com a límit el 29 de desembre de 2009 (art. 44).

<sup>1349</sup> La globalització dels mercats financers impliquen certs perills, d'entre els quals destaquem la facilitat que el diner passi d'una jurisdicció a un altra, fet que complica la persecució de determinats delictes i afavoreix determinades operacions de frau fiscal. L.M. HINOJOSA MARTÍNEZ, "La libre circulación de capitales", M. LÓPEZ ESCUDERO et al., *Derecho comunitario material*, Madrid, 2000, pàg. 138-139.

<sup>1350</sup> Es prohibeix qualsevol tipus de limitació que pugui tenir un efecte restrictiu sobre els moviments de capital. STJCE de 24 de juny de 1986, *Brugnoni i Ruffinengo*, assumpte 157/85.

discriminatòria i que no existeixin procediments menys restrictius que permetin arribar al mateix resultat<sup>1351</sup>.

Mereix aturar-nos per reflexionar respecte les disposicions fiscals que distingeixen el tracte en funció del lloc de residència o de col·locació del capital. A partir de 1993 no es permet cap disposició nova que realitzi distincions en el tracte fiscal entre persones en funció de la seva residència o lloc de col·locació dels seus actius financers. En cas contrari, suposaria una restricció encoberta de la lliure circulació de capitals si comporta una diferència de pressió tributària. Segons el TJCE cal distingir si respecte els impostos directes la situació dels residents i no residents no sigui comparable, cas que es permetria un tracte fiscal diferent, però si no existís cap diferència de situació objectiva que pugui justificar la desigualtat de tracte entre ambdues categories jurídiques de subjectes passius no s'admetria una aplicació tributària dispar<sup>1352</sup>. S'han d'evitar les discriminacions, les quals poden ser directes, aquestes fàcilment detectables i de les quals es disposa una àmplia jurisprudència. O bé, poden existir discriminacions indirectes, més difícils d'identificar, ja que no es fonamenten únicament en la nacionalitat, sinó que també inclou totes les formes dissimulades de discriminació que, per aplicació d'altres criteris de distinció, condueixen al mateix resultat<sup>1353</sup>. La falta de coordinació fiscal dels impostos directes a la UE distorsiona objectius fonamentals comunitaris, això es fa plausible en la jurisprudència del TJCE quan ha analitzat el dret al lliure establiment de les empreses a la UE, que en ocasions es troba obstaculitzat pel sistema fiscal domèstic d'alguns Estats membres<sup>1354</sup>. Per dilucidar aquestes situacions, ha estat imprescindible la utilització del llistat de l'annex I, titulat "Nomenclatura dels moviments de capitals contemplats en l'article 1 de la Directiva", de la Directiva 88/361/CEE del Consell, de 24 de juny de 1988, per a l'aplicació de l'art. 67 del Tractat (article derogat pel Tractat

---

<sup>1351</sup> STJCE d'1 de juny de 1999, *Konle*, assumpte C-302/97.

<sup>1352</sup> STJCE de 27 de juny de 1996, *Asscher*, assumpte C-107/94, apartat 41. El TJCE ha d'interpretar l'art. 58 en els seus dos apartats, 1.a) i 3, constata que existeix una discriminació fiscal, i per això, no examina si atempta contra la llibertat de circulació de capitals. L.M. HINOJOSA MARTÍNEZ, "La libre circulació de capitales", M. LÓPEZ ESCUDERO et al., *Derecho comunitario material*, Madrid, 2000, pàg. 146.

<sup>1353</sup> STJCE de 12 de febrer de 1974, *Sotgiu*, assumpte 152/73, fonament 11.

<sup>1354</sup> Sentència del TJCE de 14 de desembre de 2006, *Denkavit*, assumpte C-107/05. Una empresa holandesa amb sucursals a França, denuncia la subjecció a diferents normatives fiscals malgrat ser empreses comparables amb les empreses franceses. Segons el TJCE la normativa fiscal francesa entra en conflicte amb l'art. 43 del TCE en la llibertat d'establiment. La decisió: "1) Los artículos 43 CE y 48 CE se oponen a una legislación nacional que, en la medida en que grava los dividendos percibidos por una sociedad matriz no residente pero exime casi totalmente de tal imposición a las sociedades matrices residentes, constituye una restricción discriminatoria de la libertad de establecimiento. (...)"

d'Amsterdam)<sup>1355</sup>, que constitueix el marc referencial en quant a la definició i classificació dels moviments de capital. Juntament amb l'obtenció de rendiments com a moviment de capitals, que estudiarem en el següent apartat, es planteja la possibilitat d'incloure també en la llibertat de circulació de capitals les donacions transfrontereres. Per aquests actes de liberalitat suposa un topall indefugible el tracte fiscal diferenciat que reben segons si la donació és interestatal o bé intracomunitària. El donant comprova com no li són d'aplicació les exempcions fiscals a què estaria subjecte si la donació s'efectués a favor d'una entitat domiciliada en el seu propi Estat de residència, exempció que no li és d'aplicació quan el moviment de capital és a favor d'una entitat (que disposa de la mateixa qualificació d'entitat d'interès general) domiciliada en un altre Estat comunitari. Com es pot imaginar, aquest és un inconvenient important que afecta a les fundacions, als fins fundacionals d'interès general i al mateix donant, ja que tal restricció desmotiva les donacions transnacionals. Aquesta situació comporta el plantejament de si aquestes restriccions o, dit en altres termes, no aplicacions d'exempcions fiscals en les donacions transfrontereres, són contràries a la llibertat de circulació de capitals perquè discriminarien a través del tracte fiscal per raó de residència del donant i del domicili de la fundació. En aquest sentit, cal atendre a la jurisprudència del TJCE, en concret respecte el cas de 'Hereus del Sr. Barbier'<sup>1356</sup>, en el qual el Tribunal Justícia estableix que la successió de propietat d'un immoble entraria en el llistat de l'Annex I, de Directiva 88/361/CEE del Consell, de 24 de juny de 1988, per tant, com a llibertat de moviment de capital, sense que se la pugui tractar discriminatòriament per raó de residència. Es podria aplicar analògicament aquesta jurisprudència als llegats i a les donacions, perquè no hi ha diferències substancials<sup>1357</sup>.

---

<sup>1355</sup> DO L 178, de 8.7.1988. Primera directiva de l'art. 67 TCE, annex I, llistat A, DO, 921/60/924/60. L'art. 67 del Tractat va ser derogat pel Tractat d'Amsterdam.

<sup>1356</sup> Sentència del TJCE d'11 de desembre de 2003, *Heirs of Barbier*, assumpte C-364/01. Es planteja en aplicació de l'art. 67.1 TCE, i l'art. 1.1 Directiva 88/361, segons el qual: "Los Estados miembros suprimirán las restricciones a los movimientos de capitales que tienen lugar entre las personas residentes en los Estados miembros, sin perjuicio de las disposiciones que se indican más adelante. Para facilitar la aplicación de la presente Directiva, los movimientos de capitales se clasificarán con arreglo a la nomenclatura que se establece en el Anexo I."

<sup>1357</sup> El principal defensor de tal argument és T. VON HIPPEL, en K.J. HOPT; W.R. WALZ; T. VON HIPPEL; V. THEN (eds.), *The European Foundation. A New Legal Approach*, Verlag Bertelsmann Stiftung, Gütersloh, 2006, pàg. 58 i 285-289; T. VON HIPPEL, *Fremdnützige Vermögenstransfers – ein Anwendungsfall der Kapitalverkehrsfreiheit*, EuZW 2005: 7.

## 2.4 El cas ‘*Stauffer*’: jurisprudència pionera en matèria de fundacions

Disposem d’una sentència del TJCE de cabdal importància per a les fundacions en el context de les llibertats comunitàries. Ens referim al ‘*Cas Stauffer*’, que ha proporcionat, primer, unes valuoses conclusions del l’Advocadessa General, Sra. C. STIX-HACKL<sup>1358</sup> i, després, la **Sentència del TJCE de 14 de setembre de 2006, *Centro di musicologia Walter Stauffer contra Finanzamt München für Körperschaften***, assumpte C-386/04.

El supòsit és el següent: una fundació de Dret italià i domiciliada a Itàlia (*Centro di musicologia Walter Stauffer*), que té com a finalitat fundacional l’educació musical, i per això concedeixen beques a joves de nacionalitat suïssa per a residir a Cremona per un període lectiu. Aquesta fundació, que és la part demandant, és propietària d’un local situat a Munic i pel qual percep rendiments procedents del seu arrendament. Els rendiments corresponents a l’exercici de 1997 van sotmetre’s a l’impost sobre societats per part del *Finanzamt München* (Delegació d’Hisenda de Munic) que és la part demandada. La fundació italiana no disposa de sucursal registrada a Alemanya, ni tampoc de cap filial, sinó que és una administradora de finques alemanya qui gestiona l’arrendament de l’immoble.

La delegació d’Hisenda de Munic considera que la fundació està subjecte a l’impost pels rendiments obtinguts a Alemanya procedents de l’arrendament de l’immoble, per obligació real, ja que les entitats, associacions i masses patrimonials que no tinguin ni la seva seu de direcció ni els seu domicili social en territori alemany, estan subjectes a l’impost sobre societats en relació a les rendes que obtinguin a Alemanya. El problema sorgeix perquè la norma fiscal alemanya també preveu que estan exemptes de l’impost sobre societats aquelles entitats amb fins d’utilitat pública (com seria el cas de la fundació italiana). L’arrendament de l’immoble no excedeix de la gestió del patrimoni, de manera que no constituïria una activitat empresarial, per això li seria d’aplicació l’exempció. Malgrat això, donat que el domicili i la seu de direcció de la fundació es troben a Itàlia, els rendiments procedents de l’arrendament que perceben a Alemanya estan subjectes a l’impost per obligació real, i com indica la mateixa norma fiscal alemanya, els contribuents subjectes a l’impost per obligació real no poden

---

<sup>1358</sup> Advocadessa General Sra. C. STIX-HACKL, en les Conclusions presentades el 15 de desembre de 2005, Assumpte C-386/04, Centro di musicologia Walter Stauffer contra Finanzamt München für Körperschaften. La mateixa advocadessa que el 12 de juliol de 2005 va presentar les conclusions respecte la base jurídica del Reglament d’Estatut de la Cooperativa Europea (Assumpte C-436/03). *Vid.* part III, cap. III, apartat 2.1.

acollir-se a l'exempció fiscal prevista per a les entitats amb fins d'utilitat pública, d'aquí que la fundació quedaria subjecta a l'impost sobre societats<sup>1359</sup>.

La fundació interposa demanda contra la liquidació de l'impost sobre societats de l'any 1997, al·legant que es tractava d'una fundació d'utilitat pública reconeguda, beneficiant-se així de l'exempció de l'impost. Un cop desestimada la demanda, recorre en cassació davant el *Bundesfinanzhof*. El tribunal alemany, però, dubta de l'admissibilitat de l'exclusió de les entitats no residents de l'exempció de l'impost, ja que entén que podria existir una vulneració de la llibertat d'establiment, de la lliure prestació de serveis i/o de la lliure circulació de capitals. Considera que el cas no queda exclòs de l'àmbit de protecció de les llibertats comunitàries pel fet que l'art. 48.2 TCE (art. 54.2 TFUE) preveu que les societats han de tenir finalitats lucratives. Aquest concepte hauria d'interpretar-se de manera àmplia, abraçant tota activitat econòmica realitzada amb ànim de lucre i a títol oneros. Per tant, també l'arrendament de béns immobles podria servir a fins lucratiu. Per altra banda, l'alt tribunal dubta també que es pugui justificar, en virtut del principi de coherència fiscal, la diferència de tracte entre les fundacions d'utilitat pública residents i les no residents. L'exempció no dependria, segons les normes alemanyes, de què la fundació actuï en benefici de l'interès alemany, sinó que depèn de la subjecció a l'impost per obligació real o personal, i aquesta subjecció de la ubicació del domicili social en territori alemany o a l'estranger, criteris poc coherents.

Amb aquests dubtes el Tribunal fiscal federal alemany (*Bundesfinanzhof*) va suspendre el procediment i va plantejar una qüestió prejudicial (14 de juliol de 2004), per tal que el TJCE aclarís, en essència, en quina mesura una fundació estrangera que compleix els requisits establerts per la normativa d'un Estat membre en matèria d'utilitat pública pot rebre, en l'àmbit dels impostos directes i en relació amb la tributació de determinats ingressos obtinguts en aquest Estat, un tracte menys favorable que una fundació d'aquell Estat per raó de la ubicació del seu domicili social<sup>1360</sup>.

---

<sup>1359</sup> *Körperschaftsteuergesetz* 1996, *KStG*, (Llei de l'impost sobre societats) art. 2.1 obligació real de contribuir; art. 5.(1) exempcions, apartat 9 i art. 5.(2), apartat 3; art. 8 (1) apartat 4; *Einkommensteuergesetz* 1990 (Llei de l'impost sobre la renda) art. 21 (1) arrendaments; art. 49 (1) apartat 6 ingressos tributats per obligació real; *Abgabenordnung* (Codi Tributari alemany), arts. 51 a 68 normes sobre el reconeixement d'entitats d'utilitat pública.

<sup>1360</sup> “¿Es contrario al artículo 52 en relación con el artículo 58, al artículo 59 en relación con los artículos 66 y 58, así como al artículo 73 B, todos ellos del Tratado CE, el hecho de que no esté exenta del impuesto sobre sociedades una fundación de utilidad pública sometida al Derecho privado de otro Estado miembro y sujeta al impuesto en el territorio nacional por obligación real respecto de los rendimientos procedentes de un arrendamiento, a diferencia de una fundación de utilidad pública sujeta al impuesto en

El Tribunal de Justícia s'ocupa en primer lloc d'examinar si seria d'aplicació en el cas la llibertat d'establiment, i recorda que el concepte d'establiment implica la possibilitat que un nacional comunitari participi, de forma estable i contínua, en la vida econòmica d'un Estat membre diferent del seu Estat d'origen. Cal però, una presència permanent i, en el cas d'adquisició i de possessió de béns immobles, que la gestió d'aquests sigui activa. Per això conclou, en relació al cas plantejat “que la fundació no posseeix locals a Alemanya per a l'exercici de les seves activitats i que una administradora alemanya presta els serveis que es deriven de l'arrendament d'un bé immoble. Conseqüentment, procedeix a concloure que les disposicions que regulen la llibertat d'establiment no resulten aplicables en les circumstàncies del litigi principal” (apartats 17-20)<sup>1361</sup>.

Tot seguit, el TJCE entra a valorar si la fundació pot invocar les disposicions relatives a la lliure circulació de capitals. Inicia el raonament jurídic cercant de dilucidar que s'entén en dret comunitari per ‘moviments de capitals’ i per això atén a l'annex I de la Directiva 88/361/CEE, en el qual hi figuren com a moviments de capital les inversions immobiliàries i, en concret, les inversions immobiliàries efectuades en el territori nacional per a no residents. Per això, el Tribunal europeu estima: “De les consideracions anteriors resulta que tant el fet de ser propietari d'aquest immoble com el d'explotar-lo s'emmarca dins de la lliure circulació de capitals. Conseqüentment, no procedeix examinar si la fundació actua com a prestador de serveis” (apartat 24). La resta de la sentència es concentra, doncs, en determinar si en el cas plantejat hi ha restriccions a la lliure circulació de capitals, descartant la vulneració o aplicació de les altres dues llibertats.

D'antuvi, el Tribunal estima que existeix un obstacle a la lliure circulació de capitals i pagaments, ja que el fet que l'exempció fiscal dels rendiments procedents d'un arrendament s'apliqui únicament a les fundacions d'utilitat pública reconeguda i subjecta a l'impost per obligació personal en el territori

---

el territorio nacional por obligación personal que obtenga los mismos rendimientos?”. Apartat 13, assumpte C-386/04.

<sup>1361</sup> En aquest sentit, l'Advocada General en relació la llibertat d'establiment considera que cal comprovar si la fundació utilitza el bé immoble situat a Alemanya com a instal·lació permanent per a l'exercici d'una activitat econòmica i, per això, és decisiu comprovar si l'activitat d'arrendament constitueix una activitat econòmica per part de la fundació. Malgrat que segons el dret alemany sigui una mera gestió de patrimoni, la interpretació d'un concepte jurídic comunitari no pot guiar-se per una normativa interna. Respectant la interpretació àmplia d'activitat econòmica, l'activitat arrendatària constitueix una activitat onerosa per al dret comunitari (considerants 42-48). Tot i això, la fundació no disposa d'una instal·lació permanent a Alemanya, i per això no resulta d'aplicació la llibertat d'establiment (considerants 50-55). Conclusions presentades el 15 de desembre de 2005 (Assumpte C-386/04) *Centro di musicologia Walter Stauffer contra Finanzamt München für Körperschaften*.

alemany suposa un desavantatge per a les fundacions amb domicili en un altre Estat membre (apartat 27). El tribunal considera que cal comprovar si aquesta restricció estaria justificada a tenor del Tractat, o al contrari, si constituïria una discriminació o una restricció encoberta de la llibertat.

Al llegir la pròpia jurisprudència, s'entén que una normativa fiscal nacional que diferenciï entre fundacions subjectes a impost per obligació personal i les que ho estan per obligació real només seria compatible amb les disposicions comunitàries si la diferència de tracte “afecti a situacions que siguin objectivament comparables o resulti justificada per raons imperioses d'interès general, com seria la necessitat de preservar la coherència del règim tributari i l'eficàcia dels controls fiscals”, restricció que hauria de ser, a més, proporcional a l'objectiu perseguit<sup>1362</sup>.

En el cas plantejat, s'estima que la fundació es dedicava a fins d'utilitat pública segons la normativa alemanya i que, per tant, complia els requisits per acollir-se a l'exempció de l'impost sobre societats, per això, el Tribunal considera que la norma alemanya (art. 2.3 *KS/G*) “tracta de forma diferent en funció de la seva residència a fundacions que es trobin en una situació objectivament comparable” (apartat 42)<sup>1363</sup>. Les parts contràries, justifiquen la diferència de tracte, per una banda, en el fet que la disposició té com a finalitat el foment de la cultura, formació i educació, aplicable només a fundacions nacionals alemanyes. Argument que es refusa, ja que la norma fiscal no pressuposa que l'activitat de les fundacions d'utilitat pública reconeguda beneficiï a la col·lectivitat nacional. Considera que no és necessari per la concessió de determinats avantatges fiscals un vincle entre les fundacions d'utilitat pública i les activitats que exerceixen: “En efecte, l'article 52 de l'AO (*Codi Tributari alemany*) reconeix que una entitat persegueix fins d'utilitat pública si la seva activitat està dirigida al foment desinteressat dels interessos de la comunitat, amb independència que aquesta activitat es desenvolupi en el territori nacional o a l'estranger” (apartat 38). Els Estats membres no estan obligats pel Dret comunitari a reconèixer automàticament en el seu territori a les fundacions estrangeres la utilitat pública que li hagi estat reconeguda en el seu Estat d'origen, tot el contrari, els Estats

---

<sup>1362</sup> Apartat 32, cita la Sentència de 6 de juny de 2000, *Verkoijen*, C-35/98, apartat 43; Sentència de 7 de setembre de 2004, *Manninen*, C-319/02, apartat 29.

<sup>1363</sup> Apartat 40 STJCE C-386/04: “No es menos cierto que, cuando una fundación cuya utilidad pública ha sido reconocida en un Estado miembro cumple los requisitos establecidos a tal efecto en la legislación de otro Estado miembro y tiene como objetivo el fomento de intereses de la colectividad idénticos, cuestión que ha de ser apreciada por las autoridades nacionales de ese Estado, incluidos los órganos jurisdiccionales, las autoridades de dicho Estado miembro no pueden negar a la fundación el derecho a la igualdad de trato basándose sólo en que no está establecida en su territorio”.



membres són lliures de decidir quins interessos de la col·lectivitat promouen a través de concessió d'avantatges a associacions i fundacions (apartat 39)<sup>1364</sup>. Les parts en contra<sup>1365</sup>, consideren que el Dret de fundacions, al pertànyer a política cultural nacional, educativa i de contingut normatiu, és matèria en la qual la UE no pot intervenir a efectes d'harmonització i que les quatre llibertats no poden incidir en les conseqüències del reconeixement d'utilitat pública a efectes fiscals en un Estat membre, amb l'afegit que les llibertats només serien aplicables en cas que les entitats desenvolupin activitats amb fins lucratius. L'apreciació jurídica al respecte de la Sra. C. STIX-HACKL recorda que si bé l'àmbit d'aplicació de la fiscalitat directa no és en si mateix competència de la Comunitat, els Estats membres han d'exercir les competències respectant el Dret comunitari. És de la seva opinió, d'acord amb la de la Comissió, que l'excepció que la norma fiscal alemanya preveu (art. 5.1.9 KStG), no constitueix un avantatge social sinó “una excepció tributària amb motivació sociopolítica”<sup>1366</sup>. El fet que una entitat col·labori en la realització d'objectius sociopolítics no exclou necessàriament l'aplicació del Dret comunitari, sinó que el factor decisiu serà si l'entitat desenvolupa una activitat econòmica<sup>1367</sup>.

Per altra banda, l'argument de l'eficàcia dels controls fiscals<sup>1368</sup>, i la dificultat de comprovar si una fundació d'utilitat pública reconeguda establerta a l'estranger

---

<sup>1364</sup> Són diverses les sentències del Tribunal de Justícia que atribueixen a les autoritats nacionals la facultat d'apreciació que han d'exercir els organismes per a què se'ls reconegui caràcter social, però el reconeixement d'organismes com a socials per part de l'Estat membre, segons la Directiva sisena, no exclou de l'àmbit d'aplicació de l'exempció a les persones físiques que exploten una empresa, o una entitat amb ànim de lucre. STJCE 26 de maig de 2005, *Kingscrest Associates i Montecello*, assumpte C-498/03 apartat 36, 29; STJCE 9 de febrer de 2006, *Kinderopvang Enschede*, assumpte C-415/04, apartat 23.

<sup>1365</sup> En aquesta qüestió es posicionen: el Govern alemany, el *Finanzamt*, el *Chief State Solicitor d'Irlanda*, apartats 17-19.

<sup>1366</sup> I afegeix que encara que fossin disposicions d'avantatge social, igualment s'ha d'aplicar el Dret comunitari, i cita jurisprudència del TJCE: Sentència de 28 d'abril de 1998, *Kobll*, assumptes acumulats C-120/95 i C-158/96, apartats 18 i ss; Sentència de 8 de setembre de 2005 i conclusions de 12 de maig de 2005, *Blanckaert*, assumpte C-512/03.

<sup>1367</sup> Així ho al·lega el *Finanzamt*, el Govern del Regne Unit, i amb caràcter subsidiari, el Govern alemany i el *Chief State Solicitor d'Irlanda*, i afegeixen jurisprudència comunitària que corrobora que l'art. 48 s'ha d'interpretar en el sentit que exclou de l'àmbit d'aplicació tota entitat, els estatuts de la qual determinin que no tenen fins lucratius, amb independència de què desenvolupin activitats econòmiques o no. S'afegeix que el Tribunal de Justícia s'ha apartat de la proposta divergent exposada per l'Advocat General Sr. COSMAS en les seves conclusions formulades el 28 de gener de 1999 en l'assumpte C-172/98.

<sup>1368</sup> El *Finanzamt*, el Govern alemany i el Regne Unit, consideren que no són situacions comparables, ja que la fundació subjecta a l'impost per obligació personal (les alemanyes o amb domicili a Alemanya) estan integrades en la vida social alemanya, i les seves actuacions, si no es desenvolupessin, suposarien una càrrega per al pressupost estatal, mentre que les activitats de la fundació subjecta a obligació real (la italiana, per no tenir-hi domicili o establiment secundari) afecten només a Itàlia i a Suïssa. A més, esgrimeixen que els requisits per considerar una fundació d'utilitat pública varien d'Estat a Estat, així com el seu abast, i que, per tant, el reconeixement no pot ser automàtic, perquè no seria comparable.

persegueix efectivament els objectius estatutaris conforme a la legislació nacional, tampoc és estimat pel TJCE. Si bé és cert que la jurisprudència europea ha declarat que l'eficàcia dels controls fiscals pot constituir una “raó imperiosa d'interès general” que justificaria una restricció en l'exercici de les llibertats fonamentals garantides pel Tractat, en el cas que ens ocupa no seria justificable. El control que pot exercir l'Estat membre abans d'atorgar una exempció, per exemple, la presentació dels comptes anuals i d'un informe d'activitats, és una activitat administrativa, que en àmbit transfronterer pot resultar més difícil, però que no seria argument suficient per justificar una negativa de les autoritats de l'Estat a concedir a les fundacions estrangeres les mateixes exempcions fiscals que les fundacions del mateix tipus (apartat 48)<sup>1369</sup>. L'alt tribunal europeu, recorda que les autoritats fiscals dels Estats membres disposen, en virtut de la Directiva 77/799/CEE del Consell, de 19 de desembre de 1977, relativa a l'assistència mútua entre les autoritats competents dels Estats membres en l'àmbit dels impostos indirectes<sup>1370</sup>, la possibilitat de dirigir-se a les autoritats d'altres Estats membres amb la finalitat d'obtenir totes les informacions necessàries per a la liquidació correcta dels impostos d'un contribuent, inclosa la possibilitat de concedir una exempció fiscal (apartat 50).

El Govern alemany esgrimeix que l'exempció de l'impost sobre societats concedida a fundacions no residents, per rendiments que s'obtenen de la gestió del patrimoni situat a Alemanya, seria “en detriment de la coherència del règim fiscal nacional”<sup>1371</sup>. La rèplica del TJCE considera que és admissible una restricció a l'exercici de les llibertats en base a la preservació de la coherència del règim tributari, però que cal demostrar “l'existència d'una relació directa entre l'avantatge fiscal que es tracti i la compensació d'aquest avantatge mitjançant un gravamen fiscal determinat”<sup>1372</sup>. El tribunal estima que no existeix un vincle directe, des del punt de vista del règim tributari, entre aquesta exempció i una compensació d'aquest avantatge mitjançant gravamen fiscal determinat (apartat 56).

---

<sup>1369</sup> Sentència de 4 de març de 2004, *Comissió contra França*, C-334/02, apartat 29.

<sup>1370</sup> (DO L 336, p. 15; EE 09/01, p. 94), modificada per la Directiva 2004/106/CE del Consell, de 16 de novembre de 2004 (DO L 359, p. 30)

<sup>1371</sup> “(...) A juicio de dicho Gobierno, la exención tiene por objeto suprimir una obligación fiscal en atención a las actividades que persiguen un interés público desarrolladas por las fundaciones de utilidad pública reconocida. En la medida en que éstas asumen directamente la responsabilidad del bien común, sustituyen al Estado, que, en contrapartida, puede conceder una ventaja fiscal sin incumplir su obligación de igualdad de trato.” Apartat 51.

<sup>1372</sup> Cita: STJCE de 28 de gener de 1992, *Bachmann*, assumpte C-204/90, apartats 21 a 23; Sentència de 4 de març de 2004, *Comissió contra França*, C-334/02, apartats 14 a 16.

Un altre argument del Govern alemany es justifica en la necessitat de preservar la base imposable. Al respecte, el Tribunal europeu admet que l'aplicació de tal exempció implica una reducció dels ingressos fiscals per Alemanya, però justifica que tal reducció “no pot considerar-se una raó imperiosa d'interès general susceptible de ser invocada per justificar una mesura contrària, en principi, a una llibertat fonamental” (apartat 59). Finalment, l'argument en contra d'atorgar l'exempció per tal d'evitar blanqueig de capitals a favor d'organitzacions terroristes es descarta, ja que no es pot fer la presumpció d'activitat criminal en base a què una fundació estigui establerta en un altre Estat membre.

La sentència conclou:

“L'article 73 B del Tractat CE, en relació amb l'article 73 D del Tractat (*actual article 56 TCE*), ha d'interpretar-se en el sentit que s'oposa a què un Estat membre, que eximeix de l'impost sobre societats els rendiments procedents d'un arrendament percebut en el territori nacional per fundacions d'utilitat pública reconeguda en principi subjectes a l'impost per obligació personal si estan establertes en aquest Estat membre, negui la concessió de dita exempció en relació amb els rendiments del mateix tipus a una fundació de Dret privat d'utilitat pública reconeguda únicament perquè, al estar establerta en un altre Estat membre, només està subjecta a l'impost en el seu territori per obligació real”.

La sentència es fonamenta en gran mesura en les conclusions de l'Advocadessa General Sra. C. STIX-HACKL<sup>1373</sup>, de les quals considerem interessant fer èmfasi respecte alguns raonaments jurídics, en concret respecte l'aplicabilitat de la lliure circulació de capitals al supòsit. La fundació resident a Itàlia adquirí un bé immoble a Alemanya, i l'adquisició de béns immobles per un no resident constitueix un moviment de capitals en el sentit de la Directiva 88/361. L'Advocadessa General confirma que “una interpretació literal i sistemàtica del Tractat CE advoca a favor que l'àmbit de protecció personal de la lliure circulació de capitals no es sotmet a les limitacions de l'art. 48.2 TCE.” Per tant, no importa si la fundació persegueix o no fins lucratius. Amb aquesta premissa cal analitzar si la subjecció a l'impost d'utilitat pública d'un altre Estat membre amb obligació real de contribuir constitueix una restricció de la lliure circulació de capitals. En l'art. 56 TCE (art. 63 TFUE) imposa una prohibició general de tota restricció a la llibertat de circulació de capitals, però això no obsta que els Estats membres puguin aplicar disposicions fiscals que distingeixin entre els contribuents segons la seva residència o el lloc en què inverteixen el seu capital (art. 58.1.a) TCE, art.

---

<sup>1373</sup> Conclusions de 15 de desembre de 2005, Advocadessa General Sra. C. STIX-HACKL, *Centro di musicologia Walter Stauffer contra Finanzamt München für Körperschaften*, assumpte C-386/04.

65.1 a) TFUE). Davant d'un avantatge fiscal que no es concedeix al no resident, la diferència de tracte entre ambdós grups de subjectes passius podrà qualificar-se de discriminació en el sentit del Tractat, en cas que no existeixi cap diferència objectiva entre ells que pugui justificar aquesta diferència de tracte. En el cas que ens ocupa, la normativa alemanya diferencia entre l'obligació personal, les fundacions alemanyes estan exemptes, de l'obligació real, que respon a les entitats que no tenen ni seu de direcció ni domicili social en territori alemany. Si la fundació d'utilitat pública tingués els seu domicili social a Alemanya i no en un altre Estat membre, estaria subjecte a l'impost per obligació personal i els rendiments procedents de l'arrendament del seu bé immoble estarien exemptes de l'impost sobre societats. Es denega aquest benefici pel fet de tenir el seu domicili social en un altre país europeu i estar subjecte a l'impost per obligació real. L'advocadessa constata que una normativa interna com la del cas, que té com a conseqüència la denegació d'una exempció tributària a aquelles entitats que, malgrat tenir reconeguda la seva utilitat pública segons el dret intern, estiguin subjectes a l'impost per obligació real per raó de domicili, constitueix una restricció injustificable de la lliure circulació de capitals. No seria una restricció a tal llibertat si la normativa interna tractés de forma diferent les entitats domiciliades a l'estranger (la utilitat pública de la qual no s'hagi reconegut per dret intern) de les entitats d'utilitat pública domiciliades en territori nacional. Entra en joc el principi de no discriminació i la Sra. C. STIX-HACKL es posiciona:

“Les llibertats fonamentals prohibeixen no només les discriminacions manifestes, basades en la nacionalitat, sinó també qualsevol forma de discriminació encoberta que, aplicant altres criteris de diferenciació, condueixi de fet al mateix resultat. Per tant, les llibertats fonamentals descansen sobre el principi de no discriminació, que pretén evitar que s'apliqui sense justificació regles diferents a situacions comparables o regles idèntiques a casos dissimètrics.”(considerant 73)<sup>1374</sup>.

S'exclouen, doncs, les mesures discriminatòries en virtut de l'art. 43 TCE (art. 49 TFUE), però s'ha plantejat davant del TJCE si també haurien de ser inaplicables

---

<sup>1374</sup> En aquest sentit: *Fiscalité directe: la Commission engage une procédure d'infraction contre l'Allemagne, incriminée pour ses règles discriminatoires à l'égard des fondations de famille étrangères* (IP/07/1151, 23.07.2007). “Conformément à la législation allemande en vigueur, lorsqu'une fondation de famille a établi son siège social ou son administration en Allemagne, les bénéficiaires doivent acquitter une taxe sur les avantages qu'ils en retirent. Toutefois, dans le but de prévenir les risques d'évasion fiscale, si la fondation de famille est domiciliée à l'étranger, les revenus de cette dernière sont attribués au fondateur ou aux bénéficiaires, lesquels sont redevables de l'impôt et ce, qu'ils perçoivent ou non des prestations de la fondation et quel qu'en soit le montant. De fait, la loi allemande (section 15 de l'«Außensteuergesetz» [AStG]) dispose que les bénéfices d'une fondation de famille étrangère sont imposés (annuellement) même s'ils ne sont pas distribués aux bénéficiaires. La Commission estime que cette différence de traitement entre fondations nationales et fondations étrangères est incompatible avec la libre circulation des capitaux (article 56 du traité CE).(...)”

les mesures restrictives indistintament aplicables als nacionals i als no nacionals, o residents i no residents, és a dir, les restriccions no discriminatòries. Es pot considerar que el criteri de la discriminació no és adequat per garantir les existències derivades del mercat interior, de manera que els Estats membres han d'adoptar totes les mesures necessàries per garantir el compliment de les obligacions comunitàries i garantir les llibertats comunitàries respecte les discriminacions i també respecte les restriccions no discriminatòries<sup>1375</sup>.

## **2.5 Consideracions sobre les llibertats comunitàries aplicables a les fundacions**

Després de l'estudi de les llibertats comunitàries i de la prohibició expressa de l'aplicació de normatives nacionals que afectin i discriminin, directa o indirectament, l'exercici de tals llibertats, atenent a la Directiva sobre serveis, així com la lectura de diferent jurisprudència del Tribunal de Justícia, en especial els casos *Fondazione San Miniato*, *Kingscrest Associates Montecello*, *Heirs of Barbier* i *Stauffer*, considerem oportú realitzar unes consideracions.

D'antuvi, es palesa l'existència de **problemes de qualificació o interpretació de l'art. 48.2 TCE** (art. 54.2 TFUE), en concret, respecte si la concepció de societat o empresa engloba o no les fundacions, que en cas afirmatiu significaria el gaudiment de la llibertat d'establiment. El problema rau en la qualificació d'entitat sense ànim de lucre, criteri que abraça a les entitats que com la fundació es caracteritzen per no tenir com a principal objectiu el lucre subjectiu, ja que, en cap cas, reparteixen els seus beneficis, sinó que *a sensu contrario* els reinverteixen en els fins d'utilitat pública o d'interès general. Ara bé, està àmpliament admès en els ordenaments interns que les fundacions poden actuar en activitats econòmiques i incrementar els seus capitals a través del rendiment en les activitats del seu patrimoni o prestant serveis, malgrat ser entitats sense ànim de lucre<sup>1376</sup>. En àmbit europeu, però, es troba delimitada l'activitat econòmica de les fundacions, sigui directament o a través de rendiments, perquè s'exclouen les entitats sense ànim de lucre de la llibertat d'establiment, i també de la llibertat de prestació de serveis (Directiva *Bolkestein*).

---

<sup>1375</sup> STJCE de 21 de setembre de 1999, *Compagnie de Saint Gobain – Zweigniederlassung Deutschland*, assumpte C-307/97, apartat 64; STJCE de 13 de juliol de 1993, *Commerzbank*, assumpte C-330/91, apartats 14 i 15; STJCE de 12 de juliol de 1984, *Klopp*, assumpte 107/83; STJCE de 7 de juliol de 1988, *Inasti v. Wolf*, assumpte 154-155/87; STJCE de 12 de febrer de 1987, *Comissió v. Bèlgica*, assumpte 221/85. J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, “El derecho de establecimiento”, M. LÓPEZ ESCUDERO et al., *Derecho comunitario material*, Madrid, 2000, pàg. 113.

<sup>1376</sup> *Vid.* part I, cap. III, apartat 3.

Els posicionaments contradictoris ja es palesaven en la Resolució del Parlament Europeu sobre les associacions sense ànim de lucre en la Unió Europea de 1987 (i el seu informe explicatiu)<sup>1377</sup>. En aquesta, el Parlament assenyalava que no compartia els arguments basats en el fet que la naturalesa econòmica del TCEE expulsa del seu àmbit d'aplicació les entitats sense ànim de lucre en l'art. 48.2 TCE (art. 54.2 TFUE). La Comissió, per contra, no va compartir aquestes apreciacions considerant que només es podrien incloure les llibertat comunitàries a les entitats que realitzessin activitats econòmiques. Vint anys després, en la Comunicació de la Comissió, de 26 d'abril de 2006, sobre “Aplicación del programa comunitario de Lisboa. Servicios sociales de interés general en la Unión Europea”<sup>1378</sup>, es denuncia de nou la incertesa que provoca a les autoritats públiques i als operadors dels serveis socials d'interès general l'evolució constant de la jurisprudència del TJCE respecte la noció d'activitat econòmica. Aquesta apreciació, juntament amb els diferents dictats jurisprudencials, palesa la dificultat d'encabir les fundacions com a entitats lucratives o no i, conseqüentment, susceptibles d'ésser-los d'aplicació la llibertat d'establiment i la lliure prestació de serveis.

En aquest punt, el Tribunal de Justícia, ja ha admès que hi ha fundacions que són operadors econòmics que actuen en el mercat interior, ja que concorren en el mercat amb d'altres operadors a partir del moment que ofereixen serveis (cas *Fondazione San Miniato*). Per tant, les fundacions operatives podrien gaudir de la llibertat d'establiment sempre i quan desenvolupessin activitats econòmiques en el mercat. S'exclourien doncs, les fundacions *grantmaking*.

Respecte la **llibertat de prestació de serveis**, després de la detinguda lectura de la Directiva *Bolkestein*, es desprèn que no li és d'aplicació per exclusió, de manera que s'admet que les normatives internes disposin requisits addicionals a la forma de l'entitat quan aquestes persegueixin 'objectius de política social'. Tanmateix, entendríem que les persones jurídiques (societats) o persones físiques (professionals liberals) que prestin un servei intracomunitari com a activitat instrumental de la fundació, sí que haurien de beneficiar-se de la llibertat de prestació de serveis i rebre un tracte fiscal no discriminatori<sup>1379</sup>.

---

<sup>1377</sup> *Resolución del Parlamento Europeo sobre las asociaciones sin fines de lucro*, DOCE n. C 99 de 13.4.1987, p. 205; *Comunicación de la Comisión al Consejo*, SEC (89) 2187 final, de 18.12.1989; *Dictamen del Comité Económico y Social*, DOCE n. C 332 de 31.12.1990, p. 81.

<sup>1378</sup> COM (2006) 177 final, pàg. 7.

<sup>1379</sup> Sentència TJCE de 18 de desembre de 2007, *Jundt*, assumpte C-281/06. En el supòsit que la prestació de servei és a favor d'una persona jurídica de dret públic (una Universitat), el problema rau en la tributació

Apareix un altre problema de qualificació, ja que la traducció jurídica del concepte fundació en àmbit legislatiu europeu topa amb els mateixos problemes que s'han descrit detingudament en la primera part, en especial, respecte la qualificació d'entitat de beneficència o *charity* com a entitat amb fins d'interès general o d'utilitat pública. Recordem que la **qualificació d'utilitat pública** en dret intern s'atorga de forma paral·lela en el dret legal de la fundació (dret positiu civil) i el dret fiscal, malgrat que sovint utilitzen els mateixos criteris. Però, en ocasions, hi ha un seguit de divergències entre la norma fiscal i la norma de dret privat<sup>1380</sup>. Així, en la norma fiscal existeix un llistat tancat respecte les activitats que es consideren d'utilitat pública, mentre que en la norma de dret privat el llistat acostuma a ser obert, afegint-hi en un darrer punt 'altres propòsits d'interès general'. A més, són entitats públiques diferents les que, per una banda, qualifiquen de fundacions d'utilitat pública com a subjecte de dret, de les organitzacions públiques que atorguen i apliquen el règim fiscal a les fundacions. En àmbit comunitari europeu, per determinar si una fundació estrangera és d'utilitat pública o no s'aplica la norma fiscal de l'Estat de recepció. Si es compleix amb aquesta qualificació se li podria aplicar les exempcions fiscals previstes, o bé s'aplicaria un tractat bilateral en vigor entre ambdós Estats. Donat el cas que la finalitat perseguida no estigués en cap dels supòsits detallats per la llei fiscal, no rebria la qualificació d'entitat d'interès general (o d'utilitat pública o de beneficència) i no se li aplicarien les exempcions fiscals, sinó que s'aplicaria el règim fiscal general. Davant d'aquesta situació, des de mitjans dels noranta, la doctrina demanda un conveni internacional, a poder ser multilateral, en el qual es determinin no només els criteris pel reconeixement automàtic de la personalitat jurídica de les fundacions, sinó també els criteris determinants de l'interès públic del seu objecte social<sup>1381</sup>. Actualment, el Tribunal de Luxemburg ja s'ha

---

d'una remuneració de caràcter accessori, el Tribunal conclou: "1) Una actividad docente ejercida por un contribuyente de un Estado miembro al servicio de una persona jurídica de Derecho público, en el presente caso una universidad, situada en otro Estado miembro está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 49 CE, aunque se ejerza con carácter accesorio y casi benévolo. 2) La restricción a la libre prestación de servicios consistente en que una normativa nacional reserve la aplicación de una exención del impuesto sobre la renta a las remuneraciones pagadas, como contrapartida de una actividad docente ejercida con carácter accesorio, por universidades, personas jurídicas de Derecho público, establecidas en el territorio nacional, y la deniegue cuando esas remuneraciones sean pagadas por una universidad establecida en otro Estado miembro no está justificada por razones imperiosas de interés general. (...)”

<sup>1380</sup> Seguim el comentari recollit en K.J. HOPT; W.R. WALZ; T. VON HIPPEL; V. THEN (eds.), *The European Foundation. A New Legal Approach*, Verlag Bertelsmann Stiftung, Gütersloh, 2006, pàg. 293-294.

<sup>1381</sup> M.I. CLAEYS BOUUAERT, "La fiscalité", Conseil de l'Europe, *Associations et fondations*, Strasbourg, 27-29 novembre 1996, pàg. 82. L'autor destaca que en la majoria de legislacions hi ha, o bé un silenci respecte aquesta situació, o bé, el reconeixement d'utilitat pública està explícitament reservat a les institucions nacionals.

posicionat en la línia continuista, de manera que és la normativa interna de cada Estat qui qualifica la utilitat pública o no d'una entitat, ara bé, aquesta qualificació ha de ser aplicada no només a les entitats nacionals sinó també a les estrangeres, evitant qualsevol tipus de discriminació per raó d'origen. Destacar que, si la normativa interna preveu que els beneficiaris o actuacions benèfiques poden sobrepassar les fronteres estatals, aquesta mateixa regla serà la prevista per les fundacions estrangeres, de manera que a aquestes no se'ls pot exigir que els fins fundacionals han de revertir necessàriament en el territori nacional.

En relació a la **lliure circulació de capitals** sembla ser l'única llibertat que no genera dubtes i que s'aplica a les fundacions, ja que l'absència d'ànim de lucre de les fundacions no incumbeix respecte la lliure circulació de capitals. El problema es suscita respecte les tributacions. De l'exposat fins ara, es conclou que no es pot discriminar tributàriament a una fundació segons el lloc on radica la seva seu o domicili social, en comparació amb fundacions nacionals del mateix tipus, sempre i quan la fundació estrangera compleixi amb els criteris d'utilitat pública establerts per la normativa de l'Estat on s'ha de tributar. El TJCE, en relació a les societats, va equiparar la nacionalitat de les persones físiques al domicili de les societats, de manera que es poden establir diferències en el tracte tributari de societats residents i no residents, atenent al caràcter de territorialitat fiscal, en virtut del qual els Estats graven totes les rendes obtingudes pels subjectes passius residents, mentre que en relació amb els no residents només graven les rendes obtingudes en el seu territori. El que es prohibeix pel Tractat és que davant de situacions d'igualtat objectiva les normes nacionals relatives a un element de l'impost perjudiquen a les societats domiciliades en altres Estats membres, o a les seves sucursals o filials, per comparació amb les societats del propi Estat membre<sup>1382</sup>. Igualment, si l'entitat no disposa d'establiment secundari, també li ha de ser d'aplicació la normativa fiscal respecte els rendiments obtinguts en aplicació de la llibertat de circulació de capital, sense patir discriminacions respecte el tracte fiscal que rebrien les mateixes entitats nacionals. La lliure circulació de capitals, doncs, hauria d'anar acompanyada de normes fiscals no discriminatòries, que no dissuadissin, no només la inversió transfronterera (cas *Stauffer*), sinó que facilitessin les donacions transnacionals garantint la lliure circulació de capitals dels ciutadans europeus (cas *Heirs of Barbier*), matèria que tractarem en el següent apartat. Abans però, arrel de les presents valoracions, sorgeix l'inevitable

---

<sup>1382</sup> STJCE de 28 de gener de 1986, *Comissió c. França*, assumpte 270/83, apartat 18, 21 i 26; STJCE de 13 de juliol de 1993, *Commerzbank*, assumpte C-330/91, apartats 18 i 19. Vegeu: L.M. HINOJOSA MARTÍNEZ, "El derecho fiscal comunitario", M. LÓPEZ ESCUDERO et al., *Derecho comunitario material*, Madrid, 2000, pàg. 264.



interrogant de si seria extensible l'aplicació de les llibertats comunitàries en matèria de fundacions als Estats de l'Espai Econòmic Europeu (EEE). La resposta inicialment seria afirmativa respecte la lliure prestació de serveis i llibertat d'establiment, però caldria tenir en compte que no seria d'obligada aplicació la jurisprudència del TJCE posterior a l'aprovació de l'Acord EEE, tot i que la pràctica indica que ha estat usada<sup>1383</sup>.

### **3. LES EXEMPCIONS FISCALS I DONACIONS FILANTRÒPIQUES TRANSFRONTERERES EN EL MARC COMUNITARI**

En el present apartat es presentaran les qüestions tributàries relacionades amb les exempcions fiscals aplicables a les fundacions i a les donacions a favor d'aquestes quan travessen fronteres intracomunitàries. L'exposició es limitarà a plantejar la problemàtica existent en termes generals sense aprofundir en la vessant pròpiament fiscal tot incidint en la situació actual que es troba en procés de canvi arrel de la jurisprudència comunitària i les intervencions de la Comissió Europea.

En Dret tributari, per establir la subjecció a un impost d'una determinada situació o fet amb element d'estrangeria s'utilitzen, en termes generals, els criteris (punts de connexió) de residència efectiva (obligació personal o subjectiva) i els de territorialitat (obligació real, en relació al lloc on es situen els béns o en què es realitzen el actes), per tant, es renuncia encertadament de la connexió 'nacionalitat'<sup>1384</sup>. Aquest tipus de criteris es contenen en les normes de Dret internacional autònomes, i per evitar els supòsits de doble imposició (p. ex. quan els punts de connexió diferents de dos ordenaments determinen la subjecció d'un mateix subjecte a gravamen), també hi ha la possibilitat d'elaborar convenis de

---

<sup>1383</sup> Segons l'Acord d'Oporto de 2 de maig de 1992 pel qual es constitueix l'EEE, s'estén el règim de lliure circulació intracomunitària entre aquests Estats, però també preveuen algunes especialitats, per exemple no s'aplica l'*acquis comunitaire* de forma absoluta. Vegeu: M. GARDEÑES SANTIAGO, *Las fundaciones en derecho internacional privado español*, Madrid, Eurolex, 2003, pàg. 225. El Centre Europeu de Fundacions, quan proposa un Estatut de Fundació Europea a través d'un Reglament (CE), considera que aquest seria d'aplicació als països de l'Espai Econòmic Europeu i a la Associació Europea del Lliure Canvi (Islàndia, Noruega, Liechtenstein i Suïssa). EUROPEAN FOUNDATION CENTRE, "The European Foundation Statute: Frequently Asked Questions (FAQs)", Advocacy Task Force (EFC), July 2008.

<sup>1384</sup> Els punts de connexió per determinar la subjecció d'una persona jurídica a una norma fiscal aplicable són, en termes generals: lloc d'establiment (Àustria, Bèlgica, Dinamarca, Finlàndia, Grècia, Irlanda, Països Baixos, Espanya, Suècia i Regne Unit); seu real, quan és diferent del lloc d'establiment (Alemanya, Itàlia, Luxemburg, Portugal, Espanya, Suïssa); situació de la direcció efectiva (Àustria, Bèlgica, Dinamarca, França, Alemanya, Itàlia, Luxemburg, Països Baixos, Portugal, Espanya, Suïssa). En els països de *common law*, Regne Unit i Irlanda, on les fundacions poden ser constituïdes a través de *trust*, el punt de connexió és la residència dels *trustees*. K.J. HOPT; W.R. WALZ; T. VON HIPPEL; V. THEN (eds.), *The European Foundation. A New Legal Approach*, Verlag Bertelsmann Stiftung, Gütersloh, 2006, pàg. 300.

doble imposició (generalment bilaterals), que constitueixen una norma aplicable per a les persones sotmeses als ordenaments dels països signataris<sup>1385</sup>.

Centrant-se en l'àmbit comunitari es comprova que, de fet, és de cabdal importància resoldre els inconvenients que plantegen les normes tributàries coexistents en el si de la UE, normes que no només no beneficien les actuacions extraterritorials de les fundacions o les donacions transnacionals a aquests ens, sinó que provoquen la desmotivació i desídia per aquest tipus d'acció. L'harmonització de la imposició directa és necessària en la mesura que les diferències en els règims fiscals aplicables a les activitats societàries, als dividendes i interessos, als residents i no residents, afecten a la localització de les empreses, a les relacions entre matrius i filials i a la lliure circulació de persones i capitals, així com a la prestació de serveis. L'absència de competència comunitària en aquesta matèria ha conduït, en el millor dels casos, a establir tractats bilaterals entre els Estats, però sembla que l'objectiu seria l'harmonització d'aquells aspectes dels drets tributaris nacionals que puguin causar distorsions rellevants en el procés d'integració econòmica. Finalment, rau en el TJCE la comesa d'examinar la compatibilitat de les normes tributàries dels Estats membres amb el Dret comunitari. Com assenyala L.M. HINOJOSA, el principal problema radica en el fet que la majoria d'Estats distingeixen el tractament fiscal dels subjectes passius en funció del lloc de residència, i això xoca frontalment amb la jurisprudència tradicional del TJCE en el context del mercat interior, el qual ha reiterat que la diferència de tracte per raó de residència pot considerar-se com una restricció encoberta per raó de nacionalitat, ja que els no residents són normalment nacionals d'altres Estats membres. L'alt tribunal comunitari admet la diferència de tracte entre residents i no residents quan no siguin comparables. Per tant, quan no existeixi cap diferència objectiva que pugui justificar una diferència de tracte, qualsevol discriminació dels no residents ha de considerar-se contrària al Dret comunitari<sup>1386</sup>. En aquest sentit es posiciona la Sentència del TJCE, de 14 de setembre de 2006, *Centro di musicologia Walter Stauffer contra Finanzamt München für Körperschaften*, i la Sentència del TJCE d'11 de desembre de 2003, *Heirs of Barbier*<sup>1387</sup>.

Per altra banda, la Comissió Europea ha instat, en reiterades ocasions, als Estats membres a que disposin sistemes fiscals de protecció social que afavoreixin la

---

<sup>1385</sup> F. PÉREZ ROYO, *Derecho financiero y tributario*, Civitas, 1997, pàg. 79 i ss.

<sup>1386</sup> L.M. HINOJOSA MARTÍNEZ, "El derecho fiscal comunitario", M. LÓPEZ ESCUDERO et al., *Derecho comunitario material*, Madrid, 2000, pàg. 263.

<sup>1387</sup> Respectivament: assumpte C-386/04 i assumpte C-364/01. *Vid.* part III, cap. I, apartats 2.4 i 2.3.

creació de llocs de treball, que tinguin en compte l'impacte de la globalització i que s'afavoreixin la lliure competència i es faciliti l'activitat comercial transfronterera<sup>1388</sup>. També en diferents ocasions s'han pronunciat les institucions europees respecte les entitats sense ànim de lucre i el seu tracte legal i fiscal, assenyalant l'oportuna intervenció de la normativa comunitària, destaquem la Resolució del Parlament Europeu sobre les associacions sense ànim de lucre en la Unió Europea de 1987<sup>1389</sup>. Altres organitzacions han elaborat estudis i propostes de convencions sobre el tractament fiscal de les entitats sense ànim de lucre<sup>1390</sup>.

Les qüestions tributàries són de difícil solució mentre no hi hagi una voluntat expressa de canvi per part dels legisladors europeus, els quals solen disposar d'un dret fiscal nacional tancat i impermeable a possibles concessions fiscals i coordinacions amb els altres ordenaments. Darrerament, però, sembla que hi ha un revulsiu que està comportant canvis en aquesta matèria, ja sigui com a conseqüència de la intervenció de la Comissió Europea i el Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees, o bé, de forma espontània per part d'alguns Estats membres.

---

<sup>1388</sup> M<sup>a</sup>.C. GONZÁLEZ RABANAL, "Capítulo VIII: La política fiscal", E. LINDE PANIAGUA (coord.), *Políticas de la Unión Europea*, 5<sup>a</sup> ed., Colex, 2005, pàg. 388. *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento europeo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones, Estrategia para el mercado interior: Prioridades del período de 2003 – 2006*, Brussel·les, 7.5.2003 COM (2003) 238 final, pàg. 16 i ss. La Comissió és coneedora dels problemes que susciten l'existència de vint-i-cinc sistemes d'impostos de societats, fet que dificulta l'activitat comercial, com per exemple, el temps que inverteixen les autoritats fiscals en acordar els preus de transferència de les transaccions transfrontereres entre dues parts del mateix grup; la doble imposició, o l'actual sistema d'IVA. Per això, estableixen plans de reducció dels efectes dels obstacles fiscals.

<sup>1389</sup> L'any 1972, l'Assemblea Consultiva del Consell d'Europa aprovà la Recomanació 656 sobre el règim fiscal de les organitzacions sense finalitat lucrativa. En aquesta, es posava de manifest les divergències en el tractament fiscal respecte les donacions amb finalitats filantròpiques en els Estats membres, i s'invità als governs a estudiar la possibilitat de suprimir o atenuar en les legislacions nacionals els obstacles jurídics i fiscals a l'expansió de les activitats internacionals de les organitzacions sense fins lucratius, amb l'objectiu de promoure la solidaritat europea. El Parlament, en la resolució de 1987, proposa l'harmonització i aproximació entre els incentius fiscals aplicats a les entitats sense afany de lucre i els seus donants. S. LÓPEZ RIBAS, "Aspectos internacionales del régimen fiscal de las entidades sin fin de lucro y del patrocinio", S. MUÑOZ et al. (dir.), *Comentarios a las leyes de fundaciones y de mecenazgo*, Madrid, 2005, pàg. 1224 i ss. En matèria d'Organitzacions No Governamentals (ONGs), el 1996 es va celebrar una taula rodona a Eslovàquia que donà com a resultat una declaració que fa una crida als governs a afavorir el dret fiscal nacional aplicable a les ONGs estrangeres i procurar pel reconeixement mutu d'aquestes en tractats bilaterals. K.J. HOPT; W.R. WALZ; T. VON HIPPEL; V. THEN (eds.), *The European Foundation. A New Legal Approach*, Verlag Bertelsmann Stiftung, Gütersloh, 2006, pàg. 284.

<sup>1390</sup> L'OCDE, Organització per a la Cooperació i el Desenvolupament Econòmic, elabora el "Model de Conveni per evitar la doble imposició" (2003); *International Standing Conference on Philanthropy-1970* (INTERPHIL); *The Europhil Trust: Declaració de Bratislava de 1996 i Declaració de Barbados de 2000*; *International Fiscal Association* (IFA). Vegeu: S. LÓPEZ RIBAS, "Aspectos internacionales del régimen fiscal de las entidades sin fin de lucro y del patrocinio", S. MUÑOZ et al. (dir.), *Comentarios a las leyes de fundaciones y de mecenazgo*, Madrid, 2005, pàg. 1230-1234.

### 3.1 Plantejament de la situació

La problemàtica tributària afecta enormement a les fundacions, ja que aquestes, malgrat disposar de patrimonis i desenvolupar activitats per obtenir rendiments, es basen en gran mesura en la seva condició d'ens sense finalitat lucrativa. L'absència d'ànim de lucre i els fins d'interès general comporta que se'ls atorguin prerrogatives fiscals favorables, eximint-les de despeses destinades al pagament d'impostos, estalvi que permet la reinversió en els seus fins fundacionals. Són beneficis fiscals que, en definitiva, s'argumenten en el fet que en últim terme beneficien o repercuteixen al ciutadà, entès aquest com a 'consumidor' o 'beneficiari' final de les activitats filantròpiques de les fundacions<sup>1391</sup>.

Per altra banda, també són de molta importància les donacions (inclosos els llegats hereditaris) que reben les fundacions. Transcendència que es multiplica quan els objectius perseguits per la fundació són d'abast internacional i, llavors, esdevenen més importants les possibles donacions internacionals. Aquestes donacions filantròpiques que rebrien, en principi, tractes fiscals avantatjosos per part de la majoria d'ordenaments tributaris estatals<sup>1392</sup>, desapareixen quan traspassen fronteres.

Les dues qüestions apuntades, exempcions fiscals per l'activitat d'interès general que desenvolupen i les donacions que perceben, són bàsiques per a les fundacions, i es troben escapçades quan intervé un element d'estrangeria. En aquest sentit, les normes domèstiques són estrictament 'nacionalistes', donat que en comptes d'actuar tenint present exclusivament que es troben davant d'una donació a una fundació, o un rendiment d'una fundació estrangera, preval l'element d'estrangeria, fet que comporta un tracte fiscal que diferencia els ens nacionals sense ànim de lucre dels ens estrangers del mateix tipus. En relació a les donacions transfrontereres, en general, les normatives fiscals i les exempcions en elles previstes són aplicades només si ambdós participants, el receptor i el donant, pertanyen al mateix Estat, de manera que discriminen les organitzacions d'interès general estrangeres des del punt de vista del Dret comunitari europeu, ja que el tracte fiscal difereix si són organitzacions 'locals' o 'estrangeres'. És així en tots els països Europeus, menys als Països Baixos i a Polònia, on els legisladors han

---

<sup>1391</sup> *Vid.* part I, cap. II, apartat 2.

<sup>1392</sup> Per exemple, segons l'ordenament fiscal espanyol són deduccions aplicables a les fundacions les donacions, donatius i aportacions que aquestes efectuïn a una entitat sense fins lucratius de la Llei 49/2002, a través d'una deducció en la quota de l'impost de societats. I. PEÑALOSA ESTEBAN, "Principales obligaciones contables y fiscales", V.A., *Las fundaciones*, Colex, 2006, pàg. 94. *Vid.* part I, cap. II, apartat 2.

optat, com es descriurà posteriorment, per ampliar l'àmbit d'aplicació de les exempcions fiscals més enllà de les seves fronteres.

Sorgeix un inevitable dubte: ¿per què un Estat ha d'aplicar reduccions fiscals a una activitat o donació que beneficia o repercuteix en un altre Estat? Tal i com esgrimeixen el grup d'experts que ha elaborat una de les propostes de Reglament de Fundació Europea, en aquest context seria legítim invocar la solidaritat europea<sup>1393</sup>. Per tant, la resposta podria trobar-se en termes de solidaritat, que tècnicament seria aplicable a través del tracte recíproc entre els Estats membres davant de situacions comparables, ja que en tots els ordenaments interns es preveuen exempcions fiscals a les activitats amb interès general i a les donacions filantròpiques.

La premissa seria que els Estats membres concedeixen, en general, beneficis fiscals a les fundacions nacionals perquè actuen en interès de la societat encara que sigui fora de les seves fronteres (recordem les fundacions amb projectes de desenvolupament al tercer món), i implica, doncs, benefici fiscal a una fundació 'nacional' que actua en una dimensió internacional. Però aquesta situació es distorsiona quan el mateix Estat refusa l'atorgament dels mateixos privilegis fiscals a les fundacions estrangeres que persegueixen fins comparables, i que no obtenen el tracte fiscal favorable, per exemple dels rendiments obtinguts en el seu territori, en base a criteris de residència o domicili social. Si reprenem la sentència *Stauffer* del TJCE<sup>1394</sup>, un dels criteris que s'al·leguen per no atorgar l'exempció a la fundació italiana rau precisament en el fet que els fins fundacionals d'aquesta no repercutien en territori alemany. El Tribunal de Justícia, però, després d'analitzar la normativa alemanya sobre exempcions fiscals a ens d'utilitat pública, assenyala que en cap cas s'especifica que les activitats fundacionals hagin de desenvolupar-se en territori nacional o estranger, de manera que no se la pot discriminar per raó de la situació del seu domicili.

En relació a les donacions transfrontereres comunitàries, es pot considerar que es discrimina al donant resident en un Estat membre que pretén realitzar una donació a una fundació situada en un altre Estat membre, quan a aquest donant no se li apliquen les exempcions fiscals previstes en l'ordenament de la seva residència perquè la destinació és una fundació situada en un altre Estat membre. Paradoxalment, sí s'aplicaria el benefici fiscal si el donant actués a favor d'una

---

<sup>1393</sup> K.J. HOPT; W.R. WALZ; T. VON HIPPEL; V. THEN (eds.), *The European Foundation. A New Legal Approach*, Verlag Bertelsmann Stiftung, Gütersloh, 2006, pàg. 283.

<sup>1394</sup> *Vid.* part III, cap. I, apartat 2.4.

fundació de les mateixes característiques situada en el seu territori. En àmbit comunitari, considerem que tal discriminació és inacceptable, no només perquè actuaria, com es descriurà a continuació, en contra de les llibertats comunitàries, en especial la lliure circulació de capitals, sinó també perquè no compleix la política de cohesió econòmica i social que tant esgrimeixen les institucions europees.

### **3.2 Compatibilitat amb les llibertats comunitàries**

La possibilitat de conflicte entre les normes tributàries estatals i les normes comunitàries en matèria de fundacions ha comportat la intervenció de la Comissió Europea, primer, respecte la normativa fiscal belga i, posteriorment, respecte l'anglesa, l'irlandesa i la polonesa.

La Comissió, l'any 2002, va requerir a l'Estat belga que modifiqués la seva legislació fiscal en relació a les donacions i llegats atorgats a entitats filantròpiques establertes a Bèlgica, ja que discriminava i atemptava contra les llibertats comunitàries<sup>1395</sup>. Les tres regions competents (la Flamenca, la Valona, i la regió de Brussel·les Capital) van modificar la seva legislació (2003-2005). Va sorgir, però, un problema respecte el Codi de Valònia sobre drets de successions, donat que la seva regulació era molt restrictiva respecte els supòsits de reducció fiscal en els drets de successió i de donacions<sup>1396</sup>. La norma valona preveia per a la reducció en els drets de successió i de donació que només s'aplicaria a dos tipus d'institucions: 1) les institucions que tinguessin la seva seu a Bèlgica i, 2) les institucions establertes en un Estat membre de la UE en el qual la persona que efectués el llegat o donació residís o hagués tingut el seu lloc de treball en el moment del seu traspàs, o bé, hi hagués residit o treballat. Aquestes condicions signifiquen que les reduccions fiscals no serien aplicables als llegats o donacions a fundacions d'un altre Estat membre quan els residents de Valònia no haguessin treballat o viscut mai en aquest altre Estat membre. La reducció tampoc s'aplicaria al resident a Bèlgica, procedent d'un altre Estat membre, que volgués efectuar una donació o llegat a un tercer Estat membre, en què mai hagués viscut o treballat. Conseqüència de tal regulació, la Comissió va plantejar el cas davant el TJCE (juliol 2005), perquè considerava que aquestes condicions no concordaven amb els articles 12, 43 i 48 del Tractat de la CE (arts. 18, 49, 54 TFUE). Aquests preceptes prohibeixen la discriminació per raó de nacionalitat, les restriccions a la

---

<sup>1395</sup> *Direct taxation: Commission decides to request Belgium to amend its legislation on inheritance and registration taxes.* IP/02/1527 (21/10/2002).

<sup>1396</sup> *Direct taxation: Commission decides to refer Belgium to Court of Justice over Walloon inheritance and gift tax laws.* IP/05/936 (05.07.2005).

llibertat d'establiment i les discriminacions entre les societats 'd'un Estat membre i les persones jurídiques pertanyents a aquest Estat membre'. A aquesta petició se n'hi ha de sumar d'altres<sup>1397</sup>, però el cas finalment es va tancar<sup>1398</sup>.

Paral·lelament, el proppassat 10 de juliol de 2006 la Comissió Europea va recomanar al Regne Unit que finalitzés les discriminacions respecte les fundacions estrangeres<sup>1399</sup>. El Regne Unit contempla en el seu ordenament reduccions fiscals a les donacions efectuades a fundacions, però només si aquestes estan establertes al Regne Unit, per tant, s'exclouen les fundacions establertes en altres Estats membres. La Comissió estima que aquest requisit és discriminatori i, per tant, contrari al Tractat de la CE, i a les llibertats comunitàries<sup>1400</sup>. La Comissió considera que la diferència de tracte és contrària a la llibertat de moviment de capitals, atenent a la Directiva 88/361/CEE del Consell de 24 de juny, que conté una definició comunitària de moviments de capital en què es menciona explícitament les 'donacions transfrontereres', la qual va suposar la liberalització completa i incondicional dels moviments de capitals en l'interior de la Comunitat. A més, es podria apreciar que la norma anglesa també vulnera la lliure circulació de persones, ja que els assalariats i els autònoms que s'instal·len al Regne Unit podrien voler efectuar donacions a favor de fundacions establertes en el seu Estat membre d'origen. Finalment, també s'aprecia que les disposicions són contràries a la llibertat d'establiment, donat que les fundacions estrangeres han de constituir una filial al Regne Unit si aquestes desitgen beneficiar-se del tracte fiscal privilegiat. Per tant, la normativa anglesa afectaria negativament les llibertats comunitàries.

La Comissió proposa que, si el que pretén el Regne Unit amb aquestes mesures es garantir que els actius i ingressos de les fundacions d'altres Estats membres siguin utilitzats només per a fins d'interès públic, pot sol·licitar la col·laboració de les autoritats dels Estats membres on les fundacions estan establertes per sol·licitar la informació necessària. Aital intercanvi d'informació es preveu en la Directiva 77/799/CEE d'assistència mútua entre autoritats dels Estats membres

---

<sup>1397</sup> *Fiscalité directe: la Commission demande à la Belgique de mettre fin à la discrimination envers les associations caritatives étrangères*, IP/06/1879 (21.12.2006).

<sup>1398</sup> *Direct taxation: Commission decides to refer Belgium to Court of Justice over Walloon inheritance and gift tax laws*. P/05/936 (05.07.2005) Es va suspendre l'execució, fins que es va tancar el cas el 27.6.2007.

<sup>1399</sup> *Commission request the United Kingdom to end discrimination of foreign charities*. IP/06/964 (10/07/2006).

<sup>1400</sup> Segons el comissari László Kovács (*EU Taxation and Customs*): les normes del mercat interior prohibeixen les discriminacions respecte les fundacions d'altres Estats membres, i les donacions *bona fide* a fundacions d'altres Estats membres haurien de rebre el mateix tracte fiscal que les donacions realitzades a fundacions domèstiques.

en l'àmbit dels impostos directes<sup>1401</sup>. La jurisprudència del TJCE ha reiterat que no admet als legisladors dels Estats membres justificar normes restrictives encobertes a les llibertats comunitàries tot al·legant la impossibilitat de controlar o aconseguir informació de determinades dades fiscals, ja que per això la Directiva 77/799/CEE disposa de diferents mecanismes d'intercanvi d'informació entre els Estats membres<sup>1402</sup>. Recordem un cop més la Sentència *Stauffer* del TJCE<sup>1403</sup>, en la qual les autoritats tributàries alemanyes també utilitzaven l'argument de la dificultat de comprovar l'efectiu compliment dels objectius d'utilitat pública d'una entitat amb domicili social a l'estranger. Amb tal argument es justificaria que es subjectessin per obligació real a les fundacions estrangeres que obtinguessin rendiment d'activitats econòmiques dutes a terme en territori alemany, quan aquesta no tingués seu a Alemanya. El Tribunal de Justícia va refusar aital argument, basant-se precisament en l'assistència mútua entre autoritats dels Estats membres. En els propers mesos, el legislador anglès ha d'arranjar la norma i la Comissió podrà acceptar-la o plantejar el cas davant del TJCE<sup>1404</sup>.

Finalment, s'ha iniciat un procediment de control per part de la Comissió Europea respecte la normativa d'Irlanda i de Polònia<sup>1405</sup>. Aquests dos darrers Estats permeten exempcions fiscals a les donacions adreçades a fundacions, sempre però, que aquestes estiguin establertes en el seu territori, quedant excloses

---

<sup>1401</sup> DOCE L 336, de 27.12.1977. Modificada per la Directiva 79/1070/CEE del consell, de 6 de desembre de 1979 (DOCE L 331, de 27.9.1979) que inclou l'IVA en l'àmbit d'aplicació, i per la *Directiva 92/12/CEE relativa al règimen general, tenència, circulació y controles de los productos objeto de impuestos especiales* (DOCE L 76, de 23.3.1992).

<sup>1402</sup> STJCE de 28 d'octubre de 1999, *Vestergaard*, assumpte C-55/98, apartats 26-28; STJCE de 28 de gener de 1992, *Bachmann*, assumpte C-204/90, apartat 18-20; STJCE de 14 de febrer de 1995, *Shumacker*, assumpte C-279/93, apartat 45; STJCE d'11 d'agost de 1995, *Wielockx*, assumpte C-80/94. Vegeu: L.M. HINOJOSA MARTÍNEZ, "El derecho fiscal comunitario", M. LÓPEZ ESCUDERO et al., *Derecho comunitario material*, Madrid, 2000, pàg. 264 i ss.

<sup>1403</sup> *Id.* part III, cap. I, apartat 2.4.

<sup>1404</sup> El Regne Unit disposa de dos mesos per arranjar-ho (art. 226 TCE) o, en cas contrari, es sotmetrà el supòsit al TJCE. Pel febrer de 2007, en un Seminari organitzat per l'EFC, el Sr. P. BATER, del *International Bureau of Fiscal Documentation*, va explicar que la discriminació a les fundacions estrangeres en les normes fiscals del Regne Unit derivava d'una sentència de la *House of Lords* de feia cinquanta anys. Sembla que la resposta del govern anglès seria la de justificar la compatibilitat de la norma fiscal amb el TCE. Considera que hi ha molts arguments per justificar la diferència de tracte fiscal, per exemple, en les diferències formals de les fundacions i en la seguretat pública. *Report of the EFC Tax Seminar 2007, How does EU law affect national foundation law?*, Bèlgica, 5 de febrer de 2007, pàg. 13.

<sup>1405</sup> *Commission requests Ireland and Poland to end discrimination of foreign charities*, IP/06/1408 (17/10/2006). Ambdues legislacions preveuen una exoneració fiscal per les donacions efectuades en benefici d'associacions caritatives amb la condició que aquestes estiguin situades en el seu territori. No essent així respecte les associacions situades en d'altres Estats membres, i la Comissió ho estima discriminatori i contrari al TCE. Aquest 'avis motivé' ja es fonamenta amb Sentència del TJCE *Stauffer*.



d'aquest benefici fiscal les fundacions establertes en altres Estats membres. Les regulacions fiscals 'restrictives' contingudes en els ordenaments anglès, belga i irlandès, són extensibles a les regulacions de la resta d'Estats membres, per això és de preveure que es multiplicaran aquestes '*reasoned opinion*' per part de la Comissió, i les subsegüents modificacions legislatives<sup>1406</sup>.

Davant aquest panorama, han estat pioners, com és habitual, els Països Baixos, que han reformat la seva normativa fiscal liberalitzant les donacions internacionals<sup>1407</sup>. El nou text, en essència, estipula que qualsevol donació a una fundació estrangera (qualificada com a *foreign charitable organization*) podrà efectuar les deduccions en els impostos holandesos<sup>1408</sup>. En la normativa anterior només podien beneficiar-se de les exempcions fiscals holandeses, aquelles donacions efectuades a favor d'una fundació estrangera quan el Ministre de finances confirmava que l'organització receptora actuava en interès públic relacionat amb els Països Baixos i, a més, rebia un tracte recíproc per part del país on estava

---

<sup>1406</sup> No ens podem estar de comentar el dret fiscal espanyol en aquesta matèria, que s'ha presentat sumàriament en la primera part (*Vid.* part I, cap. II, apartat 2). Considerem que la norma fiscal sí discrimina les fundacions estrangeres, ja que exigeix un determinat grau de presència en territori espanyol per a què s'apliqui el tractament fiscal previst per a les fundacions nacionals, o a les delegacions estrangeres actives a Espanya constituïdes segons la seva llei personal i inscrites en el Registre de Fundacions corresponent. Cal, doncs, que es pugui exercir un control sobre les seves activitats, fins i funcionament, que només es pot dur a terme de forma eficient si l'entitat està sotmesa a la normativa espanyola. Respecte a les donacions per part de residents espanyols a entitats estrangeres que no tenen cap vincle amb Espanya, no se'ls concedeixen beneficis fiscals, la raó esgrimida és que s'apliquen els criteris de control i benefici, que en el seu conjunt implica: "una regla general sobre la aplicació territorial de los incentivos fiscales lleva a que éstos sean concedidos por el Estado cuyo sacrificio presupuestario va a verse compensado por la realización en su territorio de una actividad de interés general que beneficia a su población y sobre la que, asimismo, tiene competencia de regulación y control. Por ello, en las medidas fiscales domésticas, los requisitos establecidos para que una Entidad sin fines lucrativos acceda al régimen fiscal privilegiado y correlativamente, sus donantes puedan beneficiarse de los incentivos fiscales al mecenazgo, habrán de estar relacionados con el Estado que los concede, pues no es sino él quien soporta el coste fiscal que conllevan". S. LÓPEZ RIBAS, "Aspectos internacionales del régimen fiscal de las entidades sin fin de lucro y del patrocinio", S. MUÑOZ et al. (dir.), *Comentarios a las leyes de fundaciones y de mecenazgo*, Madrid, 2005, pàg. 1235. Aquesta comunió de criteris (control i benefici) considerem que atempta amb la idea recollida en la Llei 49/2002, segons la qual no estableix cap condició ni restricció respecte el lloc on s'han de realitzar les activitats de finalitats d'interès general per a què la llei apliqui el règim fiscal avantatjós. És, doncs, contradictori i, en àmbit intracomunitari, atempta contra les llibertats comunitàries.

<sup>1407</sup> La reforma ha estat totalment espontània, és a dir, que la Comissió Europea no ha suggerit tal reforma. El cert és que la pressió de la fundació de Johan Cruyff, ha propiciat tal reforma legislativa. S'ha inspirat en l'opinió emesa per l'advocadessa general Sra. C. STIX-HACKL, en les conclusions presentades el 15 de desembre de 2005, *Centro di musicologia Walter Stauffer contra Finanzamt München für Körperschaften*, assumpte C-386/04.

<sup>1408</sup> La intenció és arribar a un tipus imposable d'un 0% per a donacions i llegats en els impostos sobre donacions i successions per a fundacions residents a la UE. Encara hi ha un buit legal respecte els impostos aplicables a béns llegats en successió per resident estranger de béns situats als Països Baixos a favor de fundació holandesa.

establerta l'organització<sup>1409</sup>. Amb la nova regulació, hom comprova que en aquesta norma s'estableix la necessitat de determinar quins seran els criteris per a què el Ministeri de Finances holandès pugui qualificar una fundació estrangera com a *charitable* o d'interès públic<sup>1410</sup>. Per tant, les organitzacions *charitables* residents a la UE rebran el mateix tracte fiscal privilegiat que les fundacions holandeses del mateix tipus.

Per altra banda, el procediment obert a Polònia s'ha tancat<sup>1411</sup>, segurament pel gir copernicà que ha efectuat en la seva política i legislació en matèria de fundacions, donat que ha adaptat la seva complicada legislació fiscal aplicable a les fundacions i al tercer sector en general. La seva proposta és molt flexible, la norma permetria les deduccions fiscals a les donacions a favor de les fundacions no només situades a Polònia, sinó també respecte a les donacions a organitzacions d'interès públic situades a qualsevol dels Estats membres. El govern polonès fa aquesta proposta original perquè la legislació fiscal precedent violava les normes europees, la llibertat d'establiment i la llibertat de circulació de capitals, ja que les deduccions fiscals només es permetien a les organitzacions d'interès públic domèstiques. D'entre els arguments per canviar la legislació, a part de l'avis de la Comissió Europea, el govern afegeix que l'abolició de les deduccions podria comportar un extra d'onze milions d'euros anual al tresor de l'Estat<sup>1412</sup>.

Aquests casos de requeriments de no discriminació a les fundacions estrangeres presentats per la Comissió Europea condueixen a confirmar la creixent opinió que inclouria a les fundacions en el gaudiment de les llibertats comunitàries, no només en la que sembla més òbvia (la lliure circulació de capitals i confirmada per la sentència '*Stauffer*'), sinó també, en relació a les donacions practicades per

---

<sup>1409</sup> I.A. KOELE, "The Netherlands Liberalises International Giving", *SEAL* (EFC), vol. 8, n. 1, 2006, pàg. 31. "(...) the Ministry of Finance has announced that over the next few years it will gradually eliminate dividend withholding tax, and as of January 1, 2006 withholding tax for foreign non-profits has been abolished altogether. When bilateral treaties come up for review, the Netherlands may well demand reciprocal treatment". J. SCHERPHUIS, "Unrecoverable Foreign Withholding Taxes. Opposition by Foundations", *SEAL* (EFC), vol. 8, n. 1, 2006, pàg. 26.

<sup>1410</sup> Resumidament, els criteris per a la qualificació de *charitable organization* són: no podrà tenir com a finalitat obtenir beneficis; haurà de demostrar el seu caràcter *charitable*; cap persona, ni física ni jurídica, podrà ostentar el control sobre el capital de la fundació; la dotació s'haurà de gestionar o gastar atenent els desitjos del donant; les despeses de gestió i administració han de ser proporcionals a les despeses de la fundació; l'administració ha de ser transparent; etc. J. SCHERPHUIS et al., "The Netherlands", *Foundations' Legal and Fiscal Environments, Mapping the European Union of 27*, 2007, pàg. 7, <www.efc.be>. Vegeu *The Association of Foundations in the Netherlands*: <www.verenigingvanfondsen.nl>.

<sup>1411</sup> En data de 27.6.2007 es tanca el procediment a Polònia. Vegeu el web de la Comissió Europea, en Fiscalitat i Unió Europea, en la base de dades d'infraccions.

<sup>1412</sup> J. WOJNAROWSKI, "Changing the Polish Tax System. Proposals of the Polish Donors Forum", *SEAL* (EFC), vol. 8, n. 1, 2006, pàg. 46-47. Vegeu el Ministeri de Finances Polac: <www.podatki.gov.pl> (octubre 2006).

residents en un Estat de la Comunitat a favor d'entitats residents en altres Estats membres, que en virtut de la lliure circulació de les persones i de capitals no haurien de patir discriminacions fiscals. Precisament, s'ha elevat al TJCE una petició prejudicial per part del Tribunal alemany de finances (*Bundesfinanzhof*) en el cas *Persche*<sup>1413</sup>. Es qüestiona si les donacions en espècie per part d'un nacional d'un Estat membre a favor d'institucions que tinguin la seu en un altre Estat membre, reconegudes segons el Dret d'aquest Estat com a institucions d'utilitat pública, serien incloses en l'àmbit d'aplicació de la lliure circulació de capitals. En cas de resposta afirmativa, s'afegeix la interessant pregunta “¿és contrari a la lliure circulació de capitals (art. 56 CE) el fet que, segons el Dret d'un Estat membre, només gaudeixin de beneficis fiscals els donatius efectuats a favor d'institucions d'utilitat pública si aquestes estan domiciliades en aquest Estat membre?”. A tenor de les qüestions plantejades, es palesa de nou la necessitat d'aclarir si les fundacions, i en el cas, les donacions transfrontereres a favor de fundacions, s'inclouen en les llibertats comunitàries, en concret la llibertat de circulació de capitals. Creiem que la resposta serà positiva, però mereix la pena esperar el posicionament del Tribunal de Luxemburg.

### 3.3 Possibles solucions

Les institucions europees han mostrat en els darrers anys certa preocupació per l'harmonització de la imposició directa en matèria societària i han dictat diferents documents no vinculants<sup>1414</sup>. Tot i que la Unió Europea no tingui competències en matèria de fiscalitat directa, no eximeix que les institucions europees exerceixen un control respecte el correcte compliment per part dels Estats membres respecte el Dret comunitari i la consecució del mercat interior. Per això, el TJCE ha de conciliar les exigències que en matèria de fiscalitat directa poden perjudicar la consecució del mercat interior amb el fet que existeixen en el si de la UE convenis per evitar la doble imposició, a l'empara de l'art. 293 TCE, basats en la consecució d'avantatges recíprocs que no s'apliquen als residents en altres Estats membres<sup>1415</sup>.

---

<sup>1413</sup> Petició de decisió prejudicial plantejat per el *Bundesfinanzhof* (Alemanya) l'1 de juliol de 2007, *Hein Persche, Finanzamt Lüdenscheid*, assumpte C-318/07.

<sup>1414</sup> En destaquem el 'Codi de conducta sobre la fiscalitat de les empreses' que té com objectiu acabar progressivament amb els règims fiscals que donen lloc a una competència fiscal perniciosa entre els Estats membres, DOCE C 2 de 6.1.1998; la Comunicació de la Comissió COM (97) 495 final. També directives, com la Directiva sobre la fiscalitat de l'estalvi, Directiva 2003/48/CE (DOUE L 157 de 26.6.2003), i la Directiva relativa al règim fiscal comú aplicable als pagaments d'interessos i cànons efectuats entre societats associades de diferents Estats membres, Directiva 2003/49/CE (DOUE L 157 de 26.6.2003).

<sup>1415</sup> M<sup>a</sup>.C. GONZÁLEZ RABANAL, “Capítulo VIII: La política fiscal”, E. LINDE PANIAGUA (coord.), *Políticas de la Unión Europea*, 5<sup>a</sup> ed., Colex, 2005, pàg. 395-396. L'autora conclou de l'anàlisi jurisprudencial

S'ha comprovat que el Tribunal de Justícia ha començat a resoldre qüestions legals en què intervenen fundacions, però potser caldria preveure també una harmonització fiscal comunitària en la matèria. Es proposa, per assolir tal objectiu, utilitzar el possible Reglament sobre Fundació Europea, i incloure-hi disposicions fiscals. Aquesta és una de les dues possibles solucions que proposa un grup d'experts que ha elaborat una proposta de Reglament de Fundació Europea. Inclourien en el mateix Reglament una completa harmonització de la normativa fiscal en el si dels Estats de la UE, amb un model de llei fiscal per a les fundacions europees<sup>1416</sup>. Per argumentar tal possibilitat, recorden que al Reglament de l'AEIE es preveien algunes disposicions fiscals. Per contra, però, en el més recent Estatut de SCE s'exclou expressament la matèria fiscal. Per això, proposen una alternativa, ja que són coneixedors que és poc probable la primera opció, per no ser competència europea l'harmonització fiscal. La segona solució consistiria en introduir normes de no discriminació entre les fundacions residents i no residents (tal i com succeeix amb les organitzacions lucratives) que són competència de l'Estat però que estan subjectes a les llibertats comunitàries dels Tractats europeus i que no permeten la discriminació<sup>1417</sup>.

Mentre no existeixi un Reglament d'estatut de Fundació europea, tampoc es pot incloure la possibilitat d'harmonització fiscal a través d'aquest, per tant, de moment, s'haurà d'atendre a la tasca de control que està realitzant la Comissió Europea a través de les *'reasoned opinion'*, que apliquen els principis de no discriminació tal i com proposa el grup d'experts en la seva segona opció, i que indirectament podria implicar una harmonització entre les legislacions. Els casos d'infracció que s'estan detectant per part de la Comissió Europea, comporten un important progrés en la comptabilitat de les lleis fiscals en matèria de les donacions transfrontereres i els impostos sobre successions amb el Tractat de la CE. De fet, des de la Direcció General de Dret fiscal i unió duanera (*DG Taxation and Customs Union*) s'encoratja a les fundacions i particulars a iniciar procediments d'infracció davant la Comissió Europea que ajudin a forçar a les

---

sobre la fiscalitat directa que és molt freqüent l'existència de discriminacions encobertes en la quasi totalitat dels Estats membres.

<sup>1416</sup> Malgrat ser una llei model, val a dir que l'art. 2 d'aquest projecte de llei fiscal aplicable a la Fundació Europea estableix que per determinar si la FE persegueix un fi d'interès general remet la competència a les autoritats fiscals de l'Estat membre on la fundació estigui domiciliada.

<sup>1417</sup> K.J. HOPT; W.R. WALZ; T. VON HIPPEL; V. THEN (eds.), *The European Foundation. A New Legal Approach*, Verlag Bertelsmann Stiftung, Gütersloh, 2006, pàg. 285 i ss.

normes fiscals nacionals sobre fundacions a no discriminar i estar en consonància amb el TCE<sup>1418</sup>.

Un dels problemes que sorgeix rau en la qualificació de l'organització susceptible de ser considerada que actua en interès general. Cada Estat membre té competència per determinar quines són les entitats i quines les activitats que reben un tracte fiscal especial, poden ser fundacions, associacions, societats o *charities*. En relació a les finalitats no hi ha tantes diferències, però respecte els rendiments obtinguts per una entitat si hi ha més matisos, sobretot quan s'ha de tenir en compte si són entitats amb ànim de lucre o no. S'han exposat els problemes sobre la qualificació d'entitat de beneficència (*charity*) per l'aplicació de l'IVA en el cas *Kingscrest Associates and Montecello*<sup>1419</sup>. En aquest context ens plantejem: ¿podria proposar-se una norma europea que harmonitzés la concepció d'interès general? En principi no, perquè és competència dels Estats membres. Val a dir, però, que en l'àmbit de les activitats d'interès general econòmiques, s'engloben els serveis socials d'interès social, que recentment han adquirit un paper important en les polítiques europees a partir de l'estratègia de Lisboa. En aquest procediment de promocionar la cohesió social europea hi desenvolupen un paper important les organitzacions civils, per això se li atribueixen unes característiques que podrien servir de base per una possible definició comunitària<sup>1420</sup>. Serà també interessant comprovar quina definició proposa la normativa holandesa fiscal sobre 'utilitat pública'. Sigui com sigui, a partir de les normes que hi hagi al respecte, serà en última instància el Tribunal de Justícia qui interpretarà que comprèn l'"interès general"<sup>1421</sup>.

Una altra qüestió més conflictiva seria determinar el tracte fiscal que s'aplicaria a una entitat que desenvolupa activitats d'interès general, tenint en compte que els avantatges fiscals varien d'ordenament a ordenament. Recordem que cap norma europea obliga a preveure en els règims tributaris nacionals avantatges fiscals als

---

<sup>1418</sup> En la intervenció de P. SCHONEWILLE: "He encouraged participants to start infringement procedures at the European Commission to help bring national foundation tax laws in line with the EC Treaty. Launching a complaint at the European Commission is a very easy and effective tool to fight national laws that are in conflict with the EC Treaty. (...) The only essential part is the quote of the relevant national tax rules and an explanation of why there is a conflict with the EC Treaty." *Report of the EFC Tax Seminar 2007, How does EU law affect national foundation law?*, Bèlgica, 5 de febrer de 2007, pàg. 12.

<sup>1419</sup> *Vid.* part III, cap. I, apartat 2.3.1.2.

<sup>1420</sup> *Comunicación de la Comisión, de 26 de abril de 2006, "Aplicación del programa comunitario de Lisboa. Servicios sociales de interés general en la Unión Europea"*, COM 2006 177 final. *Vid.* part III, cap. II, apartat 1.4.

<sup>1421</sup> No obstant això, probablement el problema principal no rauria en la definició única d'interès general o utilitat pública, quan a la pràctica s'apliquen tractats bilaterals sobre exempcions en donacions internacionals, amb l'únic requeriment de la reciprocitat, p.ex. conveni Alemanya-EUA. I.A. KOELE, "Cross-Border Philanthropy. Solving the 'Landlock'", *SEAL (EFC)*, vol. 8, n. 1, 2006, pàg. 30.

ens *nonprofit* estrangers, per tant, hi ha disparitats importants en les normes fiscals dels Estats membres<sup>1422</sup>. El que sí seria d'obligat compliment és que, si una norma domèstica preveu exempcions a les organitzacions filantròpiques, aquesta s'ha d'aplicar també a les estrangeres en les mateixes condicions (cas *Stauffer*). Per això, el tracte fiscal que rebran les organitzacions estrangeres variarà d'Estat a Estat, segons el que continguin les normes fiscals<sup>1423</sup>. Aquesta situació podria originar un '*race to the bottom*' tributari? Ja és evident que moltes empreses en virtut de la llibertat d'establiment es situen als Països Baixos, a partir de la nova regulació tributària també se'ls aplicaran beneficis fiscals respecte les donacions transfrontereres que puguin realitzar les empreses. Podríem considerar que aquest és un al·licient més per instal·lar una sucursal als Països Baixos, o una Societat Europea. Podria també succeir el contrari, i les normes fiscals dels Estats membres limitar o eliminar els incentius fiscals per tal d'aplicar a les mateixes sol·licituds d'exempcions fiscals el mateix tracte a les organitzacions d'interès públic locals i estrangeres<sup>1424</sup>. Aquesta opció pot ser contraproductent si les reaccions nacionals legislatives prefereixen limitar o fins i tot abolir els incentius fiscals respecte les organitzacions d'interès públic per tal d'arribar al tractament igual sol·licitat entre les entitats locals i les estrangeres.

### **3.4 L'alternativa transitòria: xarxes privades de col·laboració per a les donacions transfrontereres**

Mentre no sigui possible l'harmonització del dret tributari en matèria de fundacions a escala europea, o mitjançant convenis multilaterals (sí que n'existeixen de bilaterals); o el legislador nacional modifiqui les seves normes per adaptar-les a la normativa comunitària (p. ex. Països Baixos), el sector fundacional ha enginyat mecanismes privats per facilitar les donacions transfrontereres.

---

<sup>1422</sup> Vegeu el quadre comparatiu elaborat per la *King Baudouin Foundation*, en la *Giving in Europe*: <[www.givingineurope.org](http://www.givingineurope.org)>.

<sup>1423</sup> Vegeu: I.A. KOELE, "Cross-Border Philanthropy. Solving the 'Landlock'", *SEAL* (EFC), vol. 8, n. 1, 2006, pàg. 30-32.

<sup>1424</sup> A partir de la sentència *Stauffer*, els legisladors nacionals podrien preveure com a beneficiaris d'exempcions fiscals només aquelles organitzacions que tinguin com a finalitat beneficiar l'interès públic nacional. Aquest dubte es va plantejar en un Seminari europeu de fundacions, en què es va generalitzar l'opinió que era una opció política poc popular que invalidaria moltes fundacions consolidades, per això, és poc probable que passi. *Report of the EFC Tax Seminar 2007, How does EU law affect national foundation law?*, Bèlgica, 5 de febrer de 2007, pàg. 11 i 12.

A iniciativa de la *King Baudouin Foundation* (Bèlgica)<sup>1425</sup>, s'ha treballat per crear mecanismes que millorin i facilitin als ciutadans europeus la seva participació filantròpica d'una forma efectiva. Per això, es va considerar necessari estructurar la informació respecte les donacions i les seves regulacions, així com la promoció d'un entorn favorable per a la realització d'aquestes. La línia d'actuació s'ha dividit en dues iniciatives: '*Giving in Europe Webside*', i la '*Transnational Giving Europe*'. La '*Giving in Europe Webside*'<sup>1426</sup>, va ser posada en marxa l'any 2004 i és una valuosa font d'informació sobre els règims fiscals en matèria de donacions. Inclou informació, dades, consells legals i fiscals respecte les donacions transfrontereres, els impostos per a liberalitats, o impostos de successions, les exempcions, els tractats fiscals bilaterals, etc. La '*Transnational Giving Europe network*' (TGE), és una xarxa formada per les principals fundacions europees i associacions que té com a finalitat facilitar les donacions transnacionals dins d'Europa amb l'únic objectiu de l'eficiència tributària. Aquesta xarxa permet fer donacions individuals o de persones jurídiques residents en un dels països participants a la xarxa, a fundacions d'altres països també en xarxa, sense deixar de beneficiar-se de les desgravacions fiscals de la seva residència<sup>1427</sup>. Per això, s'usen fundacions que acostumen a ser del tipus *grantmaking* i de grans dimensions<sup>1428</sup>. El procediment seria el següent: el donant de l'Estat A, que vol fer la donació a la fundació X de l'Estat B, es posa en contacte amb la fundació intermediària de l'Estat A, i aquesta, simultàniament, es posa en contacte amb la fundació intermediària de l'Estat B la qual informará sobre la fundació X del seu país. Si l'avaluació és positiva, el donant A passarà a fer la donació a la fundació intermediària de l'Estat A, la qual emetrà un rebut justificatiu de la donació al donant per tal que aquest pugui desgravar la donació realitzada segons la llei fiscal

---

<sup>1425</sup> *King Baudouin Foundation*. <[www.kbs-frb.be](http://www.kbs-frb.be)>. Aquesta fundació és la més important de Bèlgica, es va constituir el 1975 per iniciativa estatal, amb finalitat de complement de les activitats públiques, per això, des de 1989 es beneficia d'ingressos que provenen de la loteria nacional. G. PIROTTE, Belgium", H.K. ANHEIER; S. DALY (eds.), *The Politics of Foundations*, Routledge, 2007, pàg. 86; 89.

<sup>1426</sup> *Giving in Europe*. <[www.givingineurope.org](http://www.givingineurope.org)>. Ha estat realitzada amb la col·laboració de la *King Baudouin Foundation*; la *Conférence des Notariats de l'Union Européenne* (CNUE); del Centre Europeu de Fundacions (EFC); i per part d'especialistes jurídic-tributaris nacionals. El web conté informació dels 15 Estats membres abans de l'ampliació i també de Suïssa (2006), es preveu incloure la resta d'Estats membres de la UE i, fer una secció transatlàntica.

<sup>1427</sup> Un supòsit habitual: un donant resident en l'Estat A desitja fer una donació a la fundació X de l'Estat B. Si efectua la donació directament, no podrà desgravar la donació ja que la llei fiscal de la seva residència no ho permet, i potser aquest factor fa desistir de la donació, o bé, realitzar la donació resignat, sabent que no podrà desgravar.

<sup>1428</sup> Als inicis de l'any 2008, les entitats que configuren la TGE, eren: *Charities Aid Foundation* (UK); *King Baudouin Foundation* (Bèlgica); *Maecenata International e.v.* (Alemanya); *Fondation de France* (França); *Oranje Fonds* (Països Baixos); *Foundation for Poland* (Polònia); *Community Foundation* (Irlanda); *Swiss Philanthropy Foundation* (Suïssa).

que el regeix com a resident de l'Estat A. La fundació intermediària de l'Estat A passa a transmetre la donació a la fundació X de l'Estat B, que recordem és l'escollida pel donant de l'Estat A<sup>1429</sup>.

Òbviament, el procediment s'allarga i es reserva a grans donacions, però s'aconsegueixen dos objectius: que el donant pugui desgravar per la donació feta a favor d'una fundació estrangera, i que la fundació estrangera pugui percebre donacions provinents de l'estranger. En definitiva, amb aquest mecanisme, que no és l'ideal, i que està concebut com a transitori<sup>1430</sup>, s'evita la desmotivació dels donants a fer aportacions transfrontereres.

---

<sup>1429</sup> Els tipus de donacions estrangeres més habituals són a museus, escoles o universitats per part d'empreses o persones particulars que són exalumnes que viuen en altres països. Aquest tipus de donacions, han de ser, necessàriament de quanties importants, ja que hi ha el cost de la gestió que aplica la TGE (un 5%, del qual, un 2% és per a la fundació de la residència del donant, i un 3% per la fundació que controla el beneficiari), i els impostos que paga la fundació intermediària en la transferència a la fundació estrangera. Pel novembre de 2007 es modifiquen els percentatges: un 5% de quota quan la donació és fins a 50.000 euros; per quanties superiors, s'aplica l'1% per sobre dels 50.000 euros. La quota màxima és de 6.500 euros. La mesura s'ha pres per tal d'afavorir l'ampliació de participants en la Xarxa.

<sup>1430</sup> Aquesta és la voluntat de la TGE: "(...) show to European and national authorities the importance of eliminating the actual barriers to cross-border giving so TGE will not be as necessary anymore as it is today. It is the TGE paradox: Grow faster to disappear sooner", <[www.givingineurope.org](http://www.givingineurope.org)>.



## CAPÍTOL II

### LA REGULACIÓ EUROPEA DE LES ‘EMPRESSES D’ECONOMIA SOCIAL’

En àmbit comunitari europeu, la fundació està inclosa en el que s’anomena Economia social, com una ‘empresa’ més que configura aquest grup d’entitats privades que comparteixen algunes característiques. La consecució del mercat interior europeu i els objectius de l’Europa social ha comportat la conveniència d’agrupar-les. A continuació s’exposarà perquè s’ha optat per l’expressió d’Economia social i no pas la de Tercer sector, quins són els seus integrants i, finalment, les normes i propostes legislatives de regulacions europees que es reserven a les cooperatives, mútues, associacions i fundacions.

#### 1. LA FUNDACIÓ EN “L’ECONOMIE SOCIALE” EUROPEA

En el si de les institucions europees ha existit sempre l’interès per conèixer el paper de les fundacions i de les associacions en el panorama europeu. Aquesta preocupació és tímida però constant. Mostra d’això és la pluralitat de textos europeus, no imperatius, en els quals es fa referència a la solidaritat social, per exemple, la Declaració addicional del Tractat de 7 de febrer de 1982, en què s’assenyalava la importància de la cooperació entre la Unió i les associacions i fundacions com a institucions responsables dels serveis socials. Ja s’ha indicat que la Declaració 23 annexa al TUE, destacava la importància que té la col·laboració entre les institucions europees i les associacions de solidaritat i les fundacions<sup>1431</sup>. També la Resolució del Parlament Europeu sobre ‘Les fundacions a Europa’ assenyalava l’any 1994:

“(…) mereixen un suport especial les fundacions que participin en la creació i desenvolupament de respostes i iniciatives, adaptades a les necessitats sociològiques de la societat contemporània. Particularment, les que lluiten per la defensa de la democràcia, el foment de la solidaritat, el benestar dels ciutadans, l’aprofundiment dels drets humans, la defensa del medi ambient, el finançament de la cultura, les ciències i pràctiques mèdiques i la investigació.”<sup>1432</sup>

A finals dels anys noranta la Comissió Europea realitza una enquesta per tal de conèixer el paper de les associacions i les fundacions a Europa, amb l’informe resultant: *Comunicación de la Comisión sobre el Fomento del papel de las asociaciones y*

---

<sup>1431</sup> *Vid.* part III, cap. I, apartat 2.1.

<sup>1432</sup> A3-0419/93, de 9.3.1994.

*fundaciones en Europa* de juny de 1997<sup>1433</sup>. En aquesta es realça de nou la importància d'aquestes organitzacions en quasi tots els àmbits de l'activitat social, contribuint a la creació de llocs de treball, a la democràcia i a la participació ciutadana, proporcionant serveis, representant els interessos dels ciutadans davant les administracions públiques, assumint funcions importants en la salvaguarda dels drets humans i exercint una activitat essencial en les polítiques de desenvolupament. Atenent a aquesta participació en el creixement i desenvolupament d'Europa, s'encoratja els Estats membres a fomentar i ampliar el paper de les fundacions i associacions, esperonant les autoritats públiques a modificar les seves polítiques de cooperació amb aquestes entitats; aclarir i coordinar els seu marcs jurídics així com, el règim fiscal aplicable, tant respecte els incentius com en les exempcions. En relació a aquesta comunicació existeix un interessant *Dictamen del Comité Económico y Social sobre la "Comunicación de la Comisión sobre 'El fomento del papel de las asociaciones y fundaciones en Europa'"*<sup>1434</sup>.

Podem afirmar que la Unió Europea actualment inclou entre les seves preocupacions matèries no essencialment econòmiques, malgrat que sempre es manté aquesta connexió, com són les qüestions socials<sup>1435</sup>. Les institucions europees semblen haver pres consciència de l'evolució de la ciutadania i de la necessitat de la participació d'aquesta en la consecució d'un Estat del benestar i potser, en un futur, d'una Europa social<sup>1436</sup>. En la primera part de l'estudi s'han palesat les successives modificacions legislatives en matèria de fundacions per part de la majoria d'ordenaments jurídics dels Estats membres de la UE. Aquesta 'revolució legislativa' no ha estat provocada només per les recomanacions efectuades per part de les institucions europees, sinó perquè els propis Estats han comprovat la necessitat d'adequar la seva antiquada regulació per així fer-la més

---

<sup>1433</sup> COM (97) 241 final.

<sup>1434</sup> (98/C95/20) DOCE C95/99 de 30.2.98.

<sup>1435</sup> Una bona mostra són els textos publicats en matèria de solidaritat i benestar dels ciutadans europeus, que si bé no tracten de forma exclusiva la fundació, sí que s'entén repercutida: El Dictamen del CES a iniciativa de la Comissió, "La cooperació con las asociaciones de solidaridad como agentes económicos y sociales en el ámbito social", diciembre 1997; el Dictamen del Comité Económico y social sobre "El papel y la contribución de la sociedad civil organizada en la construcción europea" (1999/C329/10), DOCE C329/30 de 17.11.1999; el Dictamen sobre "La Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de la Regiones. "Objetivos estratégicos 2000-2005: Hacer la nueva Europa" de 19 de octubre de 2000; el Dictamen del Comité Económico y social sobre el tema "La sociedad civil organizada y la gobernanza europea – Contribución del Comité a la elaboración del Libro Blanco". (2001/C 193/21) DOCE C193/117 de 10.07.2001; el Dictamen del Comité Económico y social sobre "La gobernanza europea – Un Libro Blanco" Subcomité "Gobernanza europea" (Libro Blanco) COM (2001) 428 final. 20.03.2002; Commissione delle comunità europees. La Governace Europea. Un Libro Blanco. COM (2001) 428 definitivo/2 de 5.08.2001.

<sup>1436</sup> J.F. AUBY, "Les services publiques en Europe", *Coll. Que sais je ?*, 1998, n. 3414, pàg. 86-89 i 123-125.

competitiva en un mercat cada cop més obert cap a Europa, on la fundació, com a element econòmic integrant del mercat interior, haurà de competir, o si més no, compartir espai, recursos i possibles contribuents públics i privats amb d'altres operadors econòmics. Aquesta situació no té com a únic subjecte la fundació, sinó que s'engloba el conjunt d'institucions del sector no lucratiu que actua en interès general, anomenat Economia social.

### 1.1 Introducció a l'Economia social: orígens i evolució

El tercer sector en el marc de la Unió Europea ha evolucionat fins optar per la utilització de l'expressió "Economia social". Aquesta denominació no presenta una concepció clara i uniformement acceptada per la doctrina, provocant debats interminables entre els mateixos que l'utilitzen. La balança europea s'ha inclinat finalment per aquesta concepció, en comptes del *non profit sector* nord-americà o el *voluntary sector* britànic, conceptes amb qui comparteixen força característiques, però que no serien intercanviables, i que s'englobarien en la concepció genèrica de Tercer sector<sup>1437</sup>. La decisió no ha estat fútil, ans el contrari, els dos termes que utilitza, 'economia' i 'social', deixen entreveure que les principals característiques que engloben aquesta 'política' europea respon a la voluntat de conjuminar dos objectius, la integració econòmica amb la cohesió social. La importància econòmica que tenen els integrants de l'economia social en el mercat econòmic i les activitats que desenvolupen beneficiant a la societat, ha estat percebut per les institucions europees, i per això la integren, encara que tímidament, en la seva agenda. És evident que un factor determinant per captar l'atenció de les institucions europees ha estat la transformació dels models d'acció pública dels governs dels Estats en matèria de política social, sanitària i d'ensenyament. La tendència d'aquesta nova política es pot resumir en l'afavoriment cap a la gestió privada dels serveis públics, així com la privatització d'algun d'ells. També ha influït, com a reacció al mercat capitalista, el desenvolupament d'empreses o organitzacions que si bé cerquen la rendibilitat, aquesta serà per afavorir a tots els integrants, avaluant per sobre dels beneficis la qualitat, per exemple, en la contractació laboral, o del servei. Així mateix, també ha evolucionat la pròpia societat civil, la qual no només reclama solucions a determinats problemes socials, sinó que participa activament per a la seva resolució. L'Economia social no deixa de ser el reflex de la societat civil

---

<sup>1437</sup> Els criteris que tenen en comú, l'Economia social i el *Non profit sector*, serien: organitzacions privades, organitzades formalment, amb autonomia de decisió, llibertat d'adhesió. Les diferències principals es basen en els criteris de lucre (no distribució i fins no lucratiu); i la democràcia de les organitzacions. Vegeu: J.M. MONZÓN, "Economía Social y conceptos afines: fronteras borrosas y ambigüedades conceptuales del Tercer Sector", *CIRIEC-España*, n. 56, 2006, pàg. 9-14.

organitzada. Els diferents ens que formen aquest sector social mostren el pluralisme, participació, democràcia, ciutadania i solidaritat, però tot i això, aquests trets són acompanyats per la vessant econòmica, de manera que aital participació ciutadana és compatible amb la competitivitat econòmica en el mercat<sup>1438</sup>. Es pot parlar, doncs, d'altruisme a favor de la democràcia.

Estem, doncs, davant d'un sector econòmic que es consolida, els agents del qual són entitats privades que incorporen als seus objectius, interessos socials o col·lectius<sup>1439</sup>. Aquestes entitats, en el si de la UE, són les empreses i organitzacions següents: les cooperatives, les societats mutualistes, les associacions i les fundacions. Recentment, s'han inclòs també les empreses socials, que englobarien qualsevol tipus de forma jurídica privada que combini l'esperit empresarial amb la reinversió en objectius socials<sup>1440</sup>.

A Europa, aquestes entitats creixen en nombre, en especial les cooperatives i les associacions i, en menys mesura, les mútues i les fundacions. Aquesta valoració, però, és susceptible de matisos. Si es pren com element de valoració el moviment econòmic, encapçalarien les cooperatives i les fundacions; si prenem com a baròmetre la participació ciutadana, destaquen les associacions; i pel que fa a les taxes d'ocupació, serien capdavanteres les associacions i les fundacions, ja que el nombre de treballadors en aquestes entitats supera en quasi el doble al sector cooperatiu. Segons CIRIEC-Internacional, l'any 1999 s'estimava que hi havia uns cent milions d'europaus que formaven part d'algun tipus de fundació o associació, sobretot en els sectors de serveis socials, sanitaris, ensenyament i

---

<sup>1438</sup> B. ROELANTS (Coord), "Ampliando la Economía Social", *Primera Conferencia Europea sobre Economía Social en Europa Central y Oriental*, Praga 2002, CECOP, Julio 2002, pàg. 4. Per a l'autor, l'Economia social està fonamentada en els principis de solidaritat i compromís individual en un procés de ciutadania activa; genera treballs de qualitat i competitiu; juga un rol important en el desenvolupament local i la cohesió social; la seva actitud és socialment responsable; és un element de la democràcia; aporta estabilitat i pluralisme en els mercats econòmics; i participa en la consecució de les prioritats i objectius estratègics de la UE com és la cohesió social, l'ocupació laboral, la lluita contra la pobresa i exclusió, la democràcia participativa, i el desenvolupament sostenible.

<sup>1439</sup> M<sup>a</sup>.A. GRÁVALOS GASTAMINZA, *Economía Social*, Septem Ediciones, 2002, pàg. 9.

<sup>1440</sup> En iniciar el present estudi, en el portal de la Unió Europea dedicat a l'Economia social, només hi constaven: associacions, cooperatives, empreses mutuels i les fundacions. A partir de finals de 2004 s'hi troben també les empreses socials. Se les distingeix per tenir un propòsit social combinat amb un esperit empresarial del sector privat; per reinvertir els seus superàvits en aconseguir un objectiu social o per la comunitat; per ser registrada o constituïda com una empresa privada, o com una cooperativa, associació, organització de voluntaris, fundació o una mútua; també podria no tenir personalitat jurídica. Es palesa l'heterogeneïtat d'aquest grup i la dificultat de delimitar els integrants de l'Economia social. Vegeu els estudis de l'OCDE (Organisation for Economic Co-operation and Development) <[www.oecd.org](http://www.oecd.org)>.

investigació, esport i oci, xifra que representava entre un terç i la meitat de la població<sup>1441</sup>.

L'origen de l'Economia social ens condueix a mitjans del segle XIX<sup>1442</sup>. Comprenia l'estudi de l'economia basant-se en l'anàlisi de l'home social, l'interès requeria en les seves actuacions econòmiques i en la repercussió social que tenien aquestes. Era una altra manera de fer política econòmica, on concorrien un seguit d'escoles de pensament que tractaven l'Economia com a ciència social interrelacionada amb d'altres disciplines, on es desenvolupaven els esquemes de funcionament dels agents del sector. Destaca l'economista CH. GIDE, per ser qui es refereix per primera vegada, a principis del segle passat, del sector de l'Economia social com a conjunt format per diverses organitzacions que incorporen criteris de funcionament solidari<sup>1443</sup>. Però aquest corrent de pensament no va tenir continuïtat ja que els estudiosos van preferir "acotar el seu camp d'estudi als fets estrictament econòmics i aïllats d'altres relacions sociopolítiques"<sup>1444</sup>. No va ser, doncs, fins als anys setanta, que es reprèn aquesta concepció a França. Sorgeix un moviment que es preocupa per unes entitats que creixen en importància i que es troben situades entre el sector públic i el privat tradicional, per això, reprenen la concepció del segle passat però amb matisos adaptats a la situació econòmica i social del moment.

Es comprova després de la presentació històrica que, tot i ser una concepció centenària, l'actual l'Economia social és jove, d'aquí la complexitat de la seva

---

<sup>1441</sup> Algunes dades respecte l'ocupació en aquest sector: a Alemanya representa el 37% del total dels llocs de treball; a França el 42% de la població activa, al Regne Unit un 4%. Són un total de 4.300.000 persones a Europa (abans de l'ampliació), i continua en taxes de creixement anual de dos dígitos en alguns països. A. SAJARDO MORENO, "Asociaciones y fundaciones: entre tercer sector y economía social. Materiales para el análisis", *Quaderns de Treball*, Universitat de València, núm. 103, any 2002, pàg. 26-27.

<sup>1442</sup> Les arrels de l'Economia social les trobem en molts països europeus, però també a Amèrica o al Japó. A Europa, es poden fixar dues dates significatives: l'any 1844 amb la cooperativa de *Rochdale* al Regne Unit, i el 1901 per l'aprovació de la llei sobre associacions a França. T. JEANTET, *La Economía Social Europea*, CIEREC, 2003, pàg. 26.

<sup>1443</sup> Cal contextualitzar aquest corrent de pensament en una situació social marcada per la revolució industrial, en què s'ignorava la dimensió social, de manera que neix una preocupació envers els problemes socials i cerquen els mitjans per a resoldre'ls. Les escoles eren: la *socialista utòpica*, que es fonamentava en el factor treball, de manera que es satisfessin les necessitats mitjançant una organització col·lectiva (front les de capital, individuals i competitives). L'*escola social-cristiana reformista*, fonamentada en l'acció voluntària. L'*escola liberal* que advocava per la creació d'ens independents, privats i separats dels poders públics. I per últim l'*escola solidària*, o nova escola, amb principis socialistes però desvinculat de la política. M<sup>a</sup>.A. GRÁVALOS GASTAMINZA, *Economía Social*. Septem Ediciones, 2002, pàg. 25-28. Vegeu, T. JEANTET, *La Economía Social Europea*, CIEREC, 2003, pàg. 26 i ss.

<sup>1444</sup> L'expressió Economia social era en el seu origen una matèria d'estudi de l'economia a través d'un prisma social, de manera que es vinculava economia amb salut, protecció social, educació, treball, etc., emmarcada en el context industrial. Hi havia una confusió entre Economia social i l'economia del social. M<sup>a</sup>.A. GRÁVALOS GASTAMINZA, *Economía Social*. Septem Ediciones, 2002, pàg. 10.

efectiva identificació. Ens trobem, doncs, davant d'una expressió que està actualment definint el seu propi contingut en les diferents polítiques econòmiques i socials dels Estats<sup>1445</sup>.

## 1.2 *Excursus* de la introducció de l'Economia social en la Unió Europea

L'any 1989 la Comissió de les Comunitats Europees va crear la Unitat de l'Economia Social (*Social Economy Unit*) dins de la Direcció General de l'Empresa, (*DG Enterprise, DGXXIII*). Es feia palesa la necessitat de tenir en compte un tercer sector que no es podia incloure en el sector privat clàssic, i que estava format, originàriament, per les cooperatives, les societats mutualistes i les associacions. El mercat interior precisava la creació d'aquesta unitat dedicada a figures jurídiques que estaven esdevenint operadors econòmics que reclamaven l'atenció de les institucions europees<sup>1446</sup>. Fins aleshores, aquest tipus d'ens existien i actuaven sense ser reconegudes oficialment, tot i l'existència d'estudis de valoració de les associacions sense ànim de lucre (1987) i sobre la funció de les cooperatives en el desenvolupament regional (1983 i 1987) i en la política de desenvolupament (1988). Va ser, doncs, durant l'últim respir dels anys vuitanta,

---

<sup>1445</sup> França va ser la pionera, i els representants del sector de l'Economia social s'agrupen a partir dels anys setanta en la CNLAMCA, que es va transformar en el CEGES (*Conseil des entreprises, employeurs et groupements de l'économie sociale*) l'any 2001. A Espanya es va introduir en el text constitucional de 1978 una referència al corporativisme, i al 1991 es va crear l'*Instituto de Fomento de la Economía Social* que s'inclou a partir de 1997, en la *Dirección General de Fomento de la Economía Social*. En aquesta institució administrativa es dissenya, juntament amb representants del sector, les polítiques dirigides al seu foment. En àmbit privat també hi ha una organització professional independent, la *Confederación Empresarial Española de Economía Social* (CEPES) <[www.cepes.es](http://www.cepes.es)>, aquesta integra les Cooperatives; les Societats Laborals (figura que només existeix a Espanya i que es regula a partir de la Llei 15/1986 de 25 d'abril. També es troba organitzada en la Confederació Empresarial de Societats Anònimes Laborals d'Espanya (CONFESAL)); les Mutualitats; les Associacions i Fundacions. La CEPES està integrada per setze confederacions i entitats de l'Economia social. Els seus objectius són: foment del sector, intervenció en les decisions polítiques i propiciar un adequat marc jurídic. A Bèlgica també s'utilitza l'Economia social de forma oficial, el govern regional de Valònia va crear al 1980 un Consell per a l'Economia social, per contra, a Anglaterra es parla de *Voluntary sector*.

<sup>1446</sup> Al 1987, G. FABRETTI expressa la necessitat de constituir un organisme europeu que atorgui una representació comuna als tres sectors, el cooperativisme, les mutualitats i les associacions donada les dimensions del conjunt de l'Economia social (més de 100 milions de cooperatives; 80 milions de beneficiaris; 40 milions d'associats, en 12 països de la CEE). Ja aleshores denunciava que tot i el pes social, polític, econòmic i empresarial d'aquestes entitats, les polítiques europees no hi intervenien: "la Comunidad Europea es una realidad y sus decisiones condicionan toda la política económica y social de los países miembros, razón por la cual tales decisiones tendrán necesariamente que incidir en la vida y en las perspectivas de todas las estructuras económicas y productivas de la llamada Economía Social. Mientras las decisiones de la CEE se ven fuertemente influenciadas por empresas del sector privado, no ocurre lo mismo con aquéllas de la Economía Social, y ello a pesar de que no se les presenta a las instituciones europeas de un modo organizado y estructurado, como bien se podría hacer a través del instrumento europeo común". G. FABRETTI, "La Economía Social en Europa", *CIRIEC-España*, núm. 2, 1987, pàg. 7-14. Vegeu l'estudi general: A. RINCÓN GARCÍA LOYGORRI, "Capítulo 23: El tercer sector y la Comunidad Europea", BENEYTO PÉREZ, J.M. (dir.), *Tratado de Fundaciones*, Bosch, 2007, vol. II, pàg. 1209-1256.

que la Comissió es va comprometre a iniciar “una reflexió sobre els diferents components de l’Economia social, associacions, mútues, cooperatives, mitjançant l’estudi dels problemes i oportunitats que per a elles suposava la realització d’un espai sense fronteres”<sup>1447</sup>. A partir d’aquell moment, s’han celebrat pluralitat de Conferències Europees sobre l’Economia social<sup>1448</sup>.

Així mateix, l’actuació comunitària compta amb organismes consultius que elaboren treballs i informes dedicats a la matèria concreta de l’Economia social, podem dividir aquesta tasca en tres períodes tot comprovant la seva institucionalització:

a) En una primera etapa, de 1994 fins el 1998, existí un Comitè Consultiu “informal” dedicat a les cooperatives, societats mutuels, associacions i fundacions. Es van redactar uns objectius a aconseguir per la Unitat de l’Economia Social en el Programa plurianual (1994-96) a favor de les cooperatives, mútues, associacions i fundacions, adoptats per la Comissió el 1994, malauradament però, el programa no va ser aprovat pel Consell, i va ser retirat per la Comissió el 1997<sup>1449</sup>. Tanmateix, es van dur a terme moltes iniciatives i objectius fins el 1998, com va ser la preparació de proposta de regulació per l’Estatut Europeu de les Cooperatives, Mútues i Associacions, així com les respectives directives complementàries. Juntament amb aquestes propostes es van anar succeint projectes i treballs<sup>1450</sup> en els quals s’estudiava el desenvolupament del sector, i es

---

<sup>1447</sup> Comissió de les Comunitats Europees. Brussel·les 18 de desembre de 1989. SEC (89) 2187 final. Comunicació de la Comissió al Consell. Les empreses de l’Economia social i la realització del mercat europeu sense fronteres, CIRIEC – España, Cuaderno de trabajo nº 7, abril 1990.

<sup>1448</sup> Es poden consultar les Conferències europees de l’Economia social, així com d’altres simposis, al portal electrònic europeu. També es celebra sectorialment, des de 2002 la Conferència de l’Europa central i de l’Est. Aquesta Conferència tenia com objectiu debatre sobre el desenvolupament empresarial cooperatiu, participatiu i social, i sobre el naixement de les empreses socials a Europa Oriental, promocionant la continuïtat i enfortiment a través de valors específics, la professionalitat i els guanys en la productivitat del sector. S’examinaren les eines de finançament, el paper de l’ocupació laboral, la cohesió social i el desenvolupament sostenible. L’any 2004 es celebra la segona Conferència a Cracòvia, vegeu: *Conclusiones de la Conferència europea sobre la economia social de Cracòvia* “Social Entrepreneurship and Economic Efficiency”, octubre 2004: <<http://www.krakow2004.coop>>. Visiteu la pàgina sobre Economia social, pertanyent a la secció d’empresa i indústria de la Comissió Europea.

<sup>1449</sup> En el portal europeu que explica la història de la *Social Economy Unit*, exposa quins varen ser els objectius inicials proposats. “The aims of the Social Economy Unit were to: take initiatives to strengthen the cooperatives, mutual societies, associations and foundations sector; prepare a European legislation for cooperatives, mutual societies and associations; analyse the sector; ensure the coherence of EU policy as it affects the sector; liaise with those representative federations which exist; establish relations with those parts of the sector which are unorganised; raise awareness of the cooperatives, mutual societies, associations and foundations sector among decision-makers; assess the problems the sector faces; represent the Commission on relevant matters to the other EU institutions”. <[www.europa.eu](http://www.europa.eu)>

<sup>1450</sup> Exemples de treballs: *Study comparing fiscal systems for associations and conventional companies*; *Questionnaire survey of associations*; *Feasibility of cooperative; banking in Greece*; *Co-financing of development of ARIES information network for the Social Economy* <<http://www.aries.eu.int>>

realitzaren diferents consultes i estadístiques<sup>1451</sup>, etc., sempre en un marc de col·laboració entre les institucions europees, amb Estats membres i no membres, així com amb la participació de les entitats implicades.

b) El segon període només comprèn dos anys, de març de 1998 a novembre de 2000, en què es crea per Decisió de 13 de març de 1998, un Comitè Consultiu per a les cooperatives, societats mutuels, associacions i fundacions (CCCMAF) ara ja derogat. Es realitzen un seguit de consultes i es proposen polítiques d'Economia social. Mantenen com a prioritaris els projectes d'Estatuts europeus per a les cooperatives, mútues i associacions. Així mateix: propostes de mesures especials respecte l'IVA; propostes per a l'establiment de fons nacionals i creació de centres per a l'Economia social; i realitzen estudis sobre els requeriments mínims per als Estats candidats.

c) En la darrera etapa, de 2000 fins l'actualitat, el Comitè Consultiu, després de les modificacions patides en l'estructuració de la DG d'empresa<sup>1452</sup> i la creació d'un Grup de Política Empresarial<sup>1453</sup>, va establir un òrgan autònom i permanent que rep el nom de Conferència Europea Permanent de les Cooperatives, Societats Mutuels, Associacions i Fundacions (CEP-CMAF)<sup>1454</sup>. Les seves finalitats són: promoure els valors i el paper que desenvolupen les Cooperatives, Mútues, Associacions i Fundacions en les àrees econòmiques, socials i culturals; promoure la seva participació en les polítiques comunitàries i en els seus programes; facilitar el seu accés als fons financers; permetre la seva implicació en el desenvolupament de l'Europa dels ciutadans. Aquesta agrupació és l'única representant de l'Economia social en l'àmbit de la UE, i d'aquí la importància que existeixi una constant interrelació entre tots els tipus d'ens,

---

<sup>1451</sup> L'Oficina Estadística de les Comunitats Europees (EUROSTAT) va elaborar a finals de 1993 un estudi que pretenia realitzar un cens amb dades sobre les organitzacions de l'Economia social, i que duia per títol "Profil statistique des organisations coopératives, mutualistes et associatives de la Communauté Européenne"; l'any 1997: "Le secteur coopératif, mutualiste et associatif dans l'Union Européenne", Luxembourg, Office des publications des Communautés européennes, 1997.

<sup>1452</sup> El juliol de 2000 es va incorporar la Unit E3: "Artesans, petita empresa, cooperatives i mútues" (*Crafts, Small Enterprises, Co-operatives and mutuals*) de la GD de l'Empresa. Aquesta nova secció es dedica als aspectes empresarials de les cooperatives, mutualitats, associacions i fundacions. D'entre els seus propòsits destaca la tasca d'auxili al Consell en l'elaboració dels textos de propostes d'Estatuts europeus de cooperatives, societat mutualista i associació, així com la realització de noves estadístiques, les tasques de consulta i col·laboració amb les organitzacions que representen les cooperatives, mútues, associacions i fundacions, i també establir contactes amb els Estats candidats a la UE.

<sup>1453</sup> Decisió de la Comissió de 8 de novembre de 2000 relativa a la creació d'un Grup de política d'empresa (2000/690/CE), amb l'objectiu d'assessorar a la Comissió sobre qüestions de política d'empresa (art. 1). En el web de la Comissió Europea; empresa i indústria, àmbits d'actuació, poden trobar "Enterprise Policy".

<sup>1454</sup> Consultable al portal: <[www.cepcmaf.org](http://www.cepcmaf.org)> Creada el 17 de novembre de 2000, és la institució que representa l'Economia social a nivell de la UE.



tenint com a factor clau la comunicació d'informació i documentació entre elles, així com mantenir el contacte permanent amb les institucions públiques, siguin nacionals o europees. Darrerament, per encàrrec de la Comissió Europea i de la Direcció General d'Empresa i d'Indústria, el Centre Internacional de Recerca i d'Informació sobre l'Economia Pública, Social i Cooperativa (CIRIEC) ha elaborat un manual que s'ha publicat a desembre de 2006, per tal de preveure el mecanisme per elaborar comptes satèl·lit que inclogui les empreses d'economia social en les comptabilitats nacionals en l'àmbit de la UE. El propòsit final és obtenir dades homogènies precises i fiables sobre les empreses de l'Economia social en les comptabilitats nacionals, és a dir, que formin part de la descripció global de l'economia, integrant totes les activitats. Actualment, les dades referents a les empreses d'Economia social no es poden identificar segons el Sistema Europeu de Comptes Nacionals i Regionals (SEC-1995), per això, les estadístiques econòmiques sobre les entitats pertanyents a l'Economia social són molt limitades i, a més, els criteris utilitzats són heterogenis, dificultant així els anàlisis comparatius en l'àmbit internacional<sup>1455</sup>.

Amb aquest concís resum cronològic es comprova com s'institucionalitza l'Economia social en el si de l'Europa comunitària reconeixent-la com un sector més en el procés de la construcció europea. Per aquest fi, disposa d'uns òrgans públics que s'ocupen del seu estudi<sup>1456</sup>, i que elaboren treballs legislatius que van en augment, sempre amb la col·laboració dels Estats i amb la participació de les organitzacions que representen les empreses de l'Economia social. Efectivament, un paper molt important en la promoció de l'Economia social el tenen, sense cap dubte, els seus propis actors. La manca de regulació pròpia en el si de la UE ha propiciat la proliferació d'organitzacions, ja siguin estatals com europees, que s'ocupen de la promoció de les seves entitats en el context europeu. Són organitzacions amb seu a Brussel·les que es relacionen amb les autoritats

---

<sup>1455</sup> Nations Unides va publicar l'any 2003, el "*Handbook on Non-profit Institutions in the System of National Accounts*" que permet elaborar estadístiques del sector no lucratiu bàsicament respecte les associacions i les fundacions, quedant excloses les cooperatives i les mútues, per això la Comissió i la DG d'empresa i indústria, van encarregar un manual respecte a aquestes dues institucions sí compreses en l'Economia social europea, però excloses per Nations Unides (segueixen la concepció de Salamon i Anheier (1997)). J. BAREA; J.L. MONZÓN (dirs.), *Manual para la elaboración de las cuentas satélite de las empresas de la economía social: cooperativas y mutuas*, CIRIEC, desembre de 2006.

<<http://ec.europa.eu/enterprise/entrepreneurship/coop/projects-studies/projects-introduction.htm>>

<sup>1456</sup> Per exemple, el Comitè Econòmic i Social: "Les entreprises de l'économie sociale et la réalisation du marché européen sans frontières", DOCE n. C 332/81 de 31.12.1990, *avis sur le document SEC(89) 2187 final*; *Avis du Comité économique et social sur "Économie sociale et Marché unique"*, (INT/029), Brussel·les, 3.3.2000; *Avis du Comité économique et social européen "La diversification économique dans les pays accédants – rôle des PME et des entreprises de l'économie sociale"*, CCMI/006, Brussel·les, 1.4.2004.

públiques comunitàries. Es distribueixen en els sectors que formen l'Economia social, entre altres destaquem:

- ACME: Associació de Cooperatives i Mútues europees<sup>1457</sup>;
- AIM: Associació Internacional de Mútues<sup>1458</sup>;
- CEDAG: Consell Europeu d'Associacions d'Interès General<sup>1459</sup>;
- CEGES: Consell de les Empreses, els treballadors i Grups de l'Economia social<sup>1460</sup>.
- CEPES: Confederació Empresarial Espanyola de l'Economia Social<sup>1461</sup>.
- *Cooperatives Europe*<sup>1462</sup>.
- EFC: Centre Europeu de Fundacions<sup>1463</sup>.

Aquestes organitzacions formen part de la Conferència Permanent Europea de Cooperatives, Societats Mutuals, Associacions i Fundacions (CEP – CMAF).

### **1.3 Definició i objectius de l'Economia social des de la perspectiva comunitària europea**

Cada país de la Unió Europea disposa d'una concepció pròpia del que comprèn Economia social que es plasma en la lectura dels estudis doctrinals dedicats a aquesta matèria<sup>1464</sup>. Els països no es posen d'acord entre si a l'hora d'oferir una definició unificada de l'Economia social, tot i que coincideixen en algunes directrius. En el panorama europeu coexisteixen tres corrents diferenciades: la germano-austríaca; la franco-belga; i l'anglosaxona<sup>1465</sup>. Les primeres atenen més a

---

<sup>1457</sup> Consultable al portal: <[www.acme-eu.org](http://www.acme-eu.org)>

<sup>1458</sup> Consultable al portal: <[www.aim-mutual.org](http://www.aim-mutual.org)>.

<sup>1459</sup> Abans era el Consell Europeu d'Organitzacions Voluntàries. Consultable al portal: < [www.cedag-eu.org](http://www.cedag-eu.org) >.

<sup>1460</sup> Consultable al portal: < [www.ceges.org](http://www.ceges.org)>.

<sup>1461</sup> Consultable al portal: <[www.cepes.es](http://www.cepes.es)>.

<sup>1462</sup> Consultable al portal: <[www.coopseurope.coop](http://www.coopseurope.coop)>

<sup>1463</sup> Consultable al portal: <[www.efc.be](http://www.efc.be)>

<sup>1464</sup> Vegeu d'entre altres, l'estudi que dedica la CIRIEC-Internacional a la identificació de l'Economia social en el treball dirigit per J. DEFOURNY; J.L. MONZÓN, *Economia Social. Entre Economia Capitalista y Economía Pública*, CIRIEC-Espanya, València, 1992.

<sup>1465</sup> Seguim l'exposició de M<sup>a</sup>.A. GRÁVALOS GASTAMINZA, *Economía Social*, Septem Ediciones, 2002, pàg. 45 i ss. La teoria germànica no reconeix com a tal l'Economia social, que s'oposa a la noció global "d'Economia social de mercat" (Soziale Marktwirtschaft), la qual tendeix a un equilibri general entre les regles de mercat i la necessària protecció social de les dones i dels homes com a treballadors i ciutadans, tot i que aquesta teoria es troba deteriorada. Hi ha una animadversió respecte aquest terme, ja que es concep aquest moviment com un sector alternatiu creat mitjançant la simple addició d'organitzacions que tenen poc en comú, com un sector de subeconomia. Però és precisament sota aquest paraigua de l'Economia social on prenen contacte aquestes organitzacions o empreses que, si bé no es relacionen en

una concepció de corporativisme que s'estendria a d'altres figures, com són les mútues i associacions, i s'exclourien, en un inici, les fundacions. Per contra, la concepció anglosaxona atén a uns caràcters que es focalitzarien principalment en les *charities*<sup>1466</sup>. Finalment, però, la corrent més seguida a Europa és la franco-belga<sup>1467</sup>.

Feta l'apreciació que palesa l'heterogeneïtat existent a Europa, ens interessa endinsar-nos en la concepció pròpia que ofereixen les institucions europees. No s'ha de caure en el parany, però, de creure que existeix una concepció única i consensuada, sinó que cal concebre-la com un concepte en moviment i no excessivament determinat jurídicament. Es precisa d'una concepció que pugui incloure-hi qualsevol figura jurídica que respongui a la mateixa filosofia, capaç d'enfrontar-se a la globalització, i a les successives crisis del capitalisme, per això no pot ser definida amb exactitud<sup>1468</sup>.

---

un primer moment, sí que responen a preocupacions idèntiques. A Alemanya s'utilitza el terme alternatiu de *Gemeinwirtschaft* (economia d'interès general). Les doctrines francesa i belga caracteritzen l'Economia social com un tercer sector que desenvolupa activitats econòmiques, els seus trets diferenciadors són: l'absència d'afany de lucre; la llibertat d'adhesió per als membres; i la gestió democràtica i independent de les institucions públiques. La darrera corrent és l'anglosaxona, que identifica l'Economia social amb el sector *Nonprofit* o *Voluntary Sector*, i la relaciona amb criteris de ciutadania. La seva característica principal rau en la no distribució de guanys, i en relació als trets essencials de les organitzacions que conformen aquest sector, serien: una estructura formal i privada, autogovernades i voluntàries. A Itàlia també utilitzen la concepció *Nonprofit*.

<sup>1466</sup> “El puente entre la Economía Social ‘anglosajona’ y la Economía Social ‘latina’ está bien establecido, en la medida en que la primera pretende ser traducción de una dinámica y la otra traducción de unos principios que se basan en las nociones de democracia, de ausencia de ánimo de lucro individual, de solidaridad, pero también en la idea según la cual lo social debe reequilibrar la economía en todos los sectores, mercantil y no mercantil, monetario y no monetario.” T. JEANTET, *La Economía Social Europea*, CIEREC, 2003, pàg. 36.

<sup>1467</sup> Vegeu el recent informe elaborat per la CIRIEC consistent en un estudi conceptual i comparatiu relatiu a la situació de l'Economia social a la UE, efectuat entre els 25 Estats de la Unió Europea, abans de la darrera ampliació. Detalla les concepcions nacionals, reagrupant-les en tres grups: els Estats en què s'accepta el concepte (França, Itàlia, Portugal, Espanya, Bèlgica, Irlanda i Suècia); els Estats que presenten un nivell relatiu d'acceptació (Xipre, Dinamarca, Finlàndia, Grècia, Luxemburg, Letònia, Malta, Polònia, Regne Unit); Estats amb escàs o nul reconeixement (Àustria, República Txeca, Estònia, Alemanya, Hongria, Lituània, Països Baixos, Eslovènia). CIRIEC: “La Economía Social en la Unión Europea”, n. CESE/COMM/05/2005, DI CESE 97/2007 Gr. III ahc. Resumen para el CESE del CIRIEC, “L'economía social en la Unión europea”, DI CESE 96/2007 Gr.IIIahc.

<sup>1468</sup> “Como demuestra su historia, la Economía Social es, por encima de todo, un movimiento que ha definido unos principios. La Economía Social ha nacido de la voluntad de los ciudadanos de constituir una sociedad diferente (...)” “Es un concepto, el de la Economía Social, amplio, adaptado a una sociedad en constante proceso evolutivo, creador y generador de formas empresariales nuevas. No es más que trasladar a esta manera de hacer empresa lo que está pasando en el resto de la sociedad, que cambia, se adecua a los nuevos procesos y renueva sus estructuras organizativas; que no siempre actúa con formatos homogéneos y estáticos, buscando esquemas de fusiones y de interrelaciones empresariales nuevos que respondan a las necesidades concretas y solucionen, de manera eficaz, el problema para el que fueron creados. La velocidad en que avanzan los acontecimientos económicos y empresariales fuerza a un proceso innovador constante de formas y figuras jurídicas cuyo éxito reside en la eficaz y rápida respuesta a los problemas concretos que la economía y el mercado plantean. (...) Todo lo cual lleva a valorar la Economía Social no tanto por la figura jurídica sino por el objeto social de la empresa y su modo de

Una de les definicions disponibles acotada a l'espai europeu de l'any 2002 que es basa en la descripció dels seus integrants, seria:

“Les organitzacions de l'economia social són actors econòmics i socials actius en tots els sectors. Es caracteritzen principalment per les seves fites i per la seva distintiva forma empresarial. L'economia social inclou organitzacions com: cooperatives, societats mutuels, associacions i fundacions. Aquestes empreses són particularment actives en certs àmbits com la protecció social, serveis socials, salut, banca, assegurances, producció agrícola, consum, treball associatiu, mercat artesà, habitatge, serveis comunitaris, educació i captació, l'àrea de cultura, esports i activitats d'esbargiment”<sup>1469</sup>.

La darrera definició proposada pel Centre Internacional d'Investigació i Informació sobre l'Economia Pública, Social i Cooperativa (CIRIEC) per al Comitè Econòmic Social i Europeu seria la següent (2007):

“Conjunt d'empreses privades organitzades formalment, amb autonomia de decisió i llibertat d'adhesió, creades per a satisfer les necessitats dels seus socis a través del mercat, produint béns i serveis, assegurant o finançant i en les que l'eventual distribució entre els socis de beneficis o excedents així com la presa de decisions, no estan lligats directament amb el capital o cotitzacions aportats per cada soci, corresponent un vot a cada un d'ells. L'Economia Social també agrupa a aquelles entitats privades organitzades formalment amb autonomia de decisió i llibertat d'adhesió que produeixen serveis de no mercat a favor de les famílies, els excedents dels quals, si n'hi haguessin, no poden ser apropiats pels agents econòmics que els creen, controlen o financen”<sup>1470</sup>.

Es palesa amb aquesta definició excessivament àmplia, la dificultat d'incloure en un sol concepte entitats disperses. Per això, l'informe de la CIRIEC distingeix dos grans subsectors de l'Economia social: a) el *subsector de mercat o empresarial*, constituït fonamentalment per cooperatives i mútues, grups empresarials controlats per cooperatives, mútues i entitats de l'Economia social, empreses socials, societats laborals espanyoles, i certes institucions sense fins de lucre al servei de les empreses de l'Economia social; b) el *subsector no de mercat*, constituït majoritàriament, per associacions i fundacions. Són les entitats productores de no

---

actuación en el mercado u en la sociedad.” T. JEANTET, *La Economía Social Europea*, CIEREC, 2003, pàg. 16-17; 25.

<sup>1469</sup> Definició datada el març de 2002, per CEP-CMFA (Conferència Permanent Europea de Cooperatives).

<sup>1470</sup> CIRIEC: “La Economía Social en la Unión Europea”, n. CESE/COMM/05/2005, DI CESE 97/2007 Gr. III ahc. Resumen para el CESE del CIRIEC, “L'economía social en la Unión europea”, DI CESE 96/2007 Gr.IIIahc.

mercat, és a dir, en les quals la producció es subministra majoritàriament de forma gratuïta o a preus econòmicament no significatius<sup>1471</sup>.

L'Economia social es situa fora del sector públic i del sector privat lucratiu, i les entitats que la conformen són creades per aconseguir determinats fins que cap dels altres dos sectors són capaços de cobrir. Les entitats respondrien a les següents característiques<sup>1472</sup>:

- El seu propòsit principal no és el d'obtenir un rendiment econòmic. El seu fonament consisteix en redistribuir els recursos a un sector concret de la societat, per exemple els seus membres.
- En moltes d'elles s'actua segons el principi "d'un membre, un vot". Amb l'excepció òbvia de les fundacions, les estructures de les quals no inclouen membres.
- Són flexibles i innovadores. Les empreses de l'Economia social són especialment creatives en conèixer els canvis socials i les seves circumstàncies econòmiques.
- Moltes d'elles comporten la unió de persones, ja que sovint estan basades en la participació voluntària, tant pel que fa als seus membres com respecte el seu compromís.

Mereix ressaltar que són ens que no tenen com a finalitat el rendiment econòmic, de fet, en la descripció, no s'utilitza pas el concepte 'sense ànim de lucre'. Per altra banda, s'amplia el camp dels beneficiaris, en el sentit que s'admet un grup de beneficiaris concrets, com succeeix en les cooperatives i mútues. Aquestes característiques condueixen a la possibilitat de qualificar a aquestes entitats com a

---

<sup>1471</sup> Les característiques comunes serien, segons l'informe del CESE: 1) són privades, és a dir, no formen part del sector públic ni estan controlades per aquest; 2) organitzades formalment, habitualment dotades de personalitat jurídica pròpia; 3) amb autonomia de decisió, la qual cosa implica plena capacitat per escollir i cessar als seus òrgans de govern, per controlar i organitzar totes les seves activitats; 4) amb llibertat d'adhesió, per tant, no d'afiliació obligatòria; 5) l'eventual distribució de beneficis o excedents entre els socis i usuaris, si es produeix, no és en proporció del capital o les cotitzacions aportades, sinó d'acord amb l'activitat que aquests realitzen a l'entitat; 6) exerceixen una activitat econòmica en si mateixa considerada, per a satisfer necessitats de persones, llars o famílies; per això es considera que les organitzacions de l'Economia social són entitats de persones, no de capitals. Treballen amb capital i altres recursos no monetaris, no per al capital. 7) són organitzacions democràtiques, amb alguna excepció, s'aplica el principi "una persona, un vot". CIRIEC: "La Economía Social en la Unión Europea", n. CESE/COMM/05/2005, DI CESE 97/2007 Gr. III ahc. Resumen para el CESE del CIRIEC, "L'economía social en la Unión europea", DI CESE 96/2007 Gr.IIIahc.

<sup>1472</sup> G. CRAUSER, "Keynote speech on the importance of NGOs to the integration process", *Dialogue for the Europe of the Future – European Integration and Civil Society*, International Conference, Budapest, 11 June 1999, pàg. 3.

empreses, fonamentades en els valors següents: “la solidaritat, la cohesió social, la responsabilitat social, la gestió democràtica, la participació i l’autonomia”<sup>1473</sup>.

#### **1.4 Importància social i econòmica de l’Economia social a Europa: ‘els serveis socials d’interès general’**

De la diversitat d’ens que conformen l’Economia social deriva la conseqüència que els seus camps d’actuació siguin distints. Algunes entitats actuen en el mercat mercantil, mentre que d’altres no actuaran mai en el sector econòmic. La seva repercussió comuna en l’economia de la Unió Europea recau, bàsicament, en la creació de llocs de treball, i en el fet que socialment esdevenen un mecanisme de participació ciutadana. Per aquests motius, es considera que l’exclusió de la política social en el marc europeu és inacceptable, tant des d’un punt de vista ètic com també econòmic<sup>1474</sup>.

Les polítiques socials en l’Europa comunitària evolucionen cap a una segona reestructuració de l’Estat del Benestar en el qual apareix un model mixt, en què l’Estat garanteix el finançament bàsic de serveis i prestacions, mentre que paral·lelament el mercat i el sector voluntari gestionen una part creixent dels serveis públics. No podem passar de llarg que la UE conté també l’Europa proveïdora de serveis d’interès econòmic general, per tant, s’assumeix, tal i com passa en àmbit estatal, que s’han de garantir uns serveis públics<sup>1475</sup>. Ens referim a l’energia, el gas, les telecomunicacions, els serveis postals, els transports aeris, marítims i ferroviaris, que s’insereixen en una política d’acció comunitària de desenvolupament i consolidació dels eixos d’infraestructures de transports, telecomunicacions i energia que sustenten la UE. L’objectiu d’aquesta actuació rau, de nou, en la realització efectiva del mercat interior i la cohesió econòmica i

---

<sup>1473</sup> “(...) le rôle que les petites et moyennes entreprises (PME) et les entreprises de l’économie sociale (EES) jouent dans la diversification économique (y compris ses implications sociales) dans les pays accédants, et le défi de leur pleine intégration dans le Marché unique. (...) Les EES appartiennent à un ensemble de quatre familles: coopératives, mutuelles, associations et fondations. Ces entreprises sont caractérisées par la primauté de leur objet social sur la maximalisation du gain, ce qui engendre souvent un lien avec le territoire et le développement local, ainsi que par la satisfaction de besoins que les autres secteurs de l’économie ne peuvent satisfaire à eux seuls. Leurs valeurs de base sont: solidarité, cohésion sociale, responsabilité sociale, gestion démocratique, participation, autonomie”. *Avis du Comité économique et social européen* “La diversification économique dans les pays accédants – rôle des PME et des entreprises de l’économie sociale”, CCMI/006, Bruxelles, 1.4.2004, pàg. 2.

<sup>1474</sup> G. CRAUSER, “Keynote speech on the importance of NGOs to the integration process”, *Dialogue for the Europe of the Future – European Integration and Civil Society*, International Conference, Budapest, 11 June 1999, pàg. 3.

<sup>1475</sup> Vegeu: M. LORA-TAMAYO VALLVÉ, “Capítulo XVI: Redes Transeuropeas”, E. LINDE PANIAGUA (coord.), *Políticas de la Unión Europea*, 5ª ed., Colex, 2005, pàg. 611-631. M. MARSAL I FERRET, “Liberalización de los servicios de interés económico general”, E. ARROYO et al. (coord.), *Repertorio de Derecho civil y mercantil comunitario*, Bosch, 2005, pàg. 617-643.

social (art. 14 i 158 TCE). Aquest sector està en procediment de liberalització, però garantint l'equilibri i la protecció de la qualitat, quantitat i seguretat de la prestació d'aquests serveis (art. 16 TCE). Les xarxes transeuropees es conceben com a projecte d'interès comú, o interès d'utilitat pública europea, concepte que utilitzem en la nostra matèria d'estudi, però que cal distingir. Diferenciem doncs en el present estudi, per una banda, la garantia de “serveis d'interès econòmic general a Europa”, entesos aquests com les grans infraestructures, com les telecomunicacions, etc., que es promouen des de les institucions europees amb una estreta col·laboració amb els Estats membres i que en ocasions poden usar com a mecanisme d'actuació una empresa de les de l'economia social<sup>1476</sup>. Per altra banda, més propera a les fundacions i a les organitzacions de l'Economia social, coexisteix la política europea iniciada amb l'estratègia de Lisboa i, en concret, en relació als “serveis socials d'interès general” que s'englobarien, ja que no hi ha una diferència jurídica, en els serveis d'interès econòmic general. Per al seu estudi, partim de la Comunicació de la Comissió, de 26 d'abril de 2006, “*Aplicación del programa comunitario de Lisboa. Servicios sociales de interés general en la Unión Europea*”<sup>1477</sup>. Tot i que cada Estat decideix lliurement el seu contingut, des de la UE es preveuen principis i objectius, configurant un llistat obert de característiques comunes a les organitzacions de la societat civil que prestin aquests serveis socials d'interès general, que són: funcionament basat en el principi de solidaritat; caràcter polivalent i personalitzat que garanteix els drets fonamentals i protegeix les persones vulnerables; absència d'ànim de lucre; participació de voluntariat; fort lligam amb la tradició cultural local; relació entre el prestador i el beneficiari asimètrica no comparable amb la relació entre el subministrador i el client.

---

<sup>1476</sup> L'any 2000 es va crear la ‘Glas Cymru’, empresa d'aigües gal·lesa, una *company limited by guarantee* que funciona segons els principis mutualistes (la societat no té capital social ni accionistes als que proporcionar dividends). Aquesta empresa presta els serveis d'abastament i sanejament d'aigües a Gal·les i zones limítrofes amb Anglaterra. El finançament es realitza mitjançant l'emissió d'obligacions i amb les reserves, i els eventuals excedents s'utilitzen en benefici dels usuaris reduint-se la factura de l'aigua. El model mutualista permet participar als usuaris, i constitueix una alternativa entre la prestació de serveis d'interès general pels poders públics i la representació per societats en les que prevalen els interessos dels inversors. És una idea originària del Regne Unit. Vegeu en la Comissió Europea, DG de l'Empresa, Document de Consulta: “Las mutualidades en una Europa ampliada”, 3.10.2003, pàg. 20.

<sup>1477</sup> COM (2006) 177 final. Vegeu altres documents: Proposta de *Directiva sobre los servicios en el mercado interior*, el 16 de febrero de 2006 COM (2006) 160 de 4.4.2006. La proposta exclou els serveis sanitaris i els serveis socials relatius a l'habitatge social, la cura dels nens, i els ajuts a les famílies i a les persones necessitades; *Comunicación de la Comisión titulada “La Agenda social”* COM (2005) 33 final, en què la Comissió proposa una agenda social per al període 2006-2010, amb la finalitat de posar en marxa una Europa social creadora de llocs de treball; *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones*, de 12 de mayo de 2004, “Libro Blanco sobre los servicios de interés general”, COM (2004) 374 final.

Comprovem que les característiques exposades són aplicables, en general, a les empreses o organitzacions de l'Economia social, en especial, respecte les fundacions i associacions. De fet, es considera que en el moment actual, en què els Estats estan modernitzant el seus sistemes socials mentre es multiplica la competència d'ofertes en aquests tipus de serveis, es propicia, segons la Comunicació de la Comissió, “un clima favorable a una ‘economia social’, marcada pel lloc important que ocupen els prestadors sense ànim de lucre, però que ha d'enfrontar-se a l'exigència d'eficàcia i transparència.”

En aquest document, el segon apartat s'ocupa de l'aplicació del Dret comunitari a les organitzacions que presten serveis socials de caràcter econòmic, i afirma que aquestes formes haurien de ser compatibles amb el Dret comunitari i, en particular, amb la lliure prestació de serveis, la llibertat d'establiment i el dret de competència, i ho justifica amb jurisprudència comunitària<sup>1478</sup>. Es parteix de la base que la pràctica totalitat dels serveis prestats en l'àmbit social poden considerar-se ‘activitats econòmiques’ en el sentit dels art. 43 i 49 TCE. Per això, malgrat que cada Estat podrà decidir regular el funcionament del mercat per garantir la realització dels objectius d'interès general (per raons imperioses d'interès general), aquests hauran de respectar el Dret comunitari<sup>1479</sup>. També es recorda en la Comunicació de la Comissió que, tot i que s'han exclòs aquests serveis d'interès general de la Directiva de serveis, seran aplicables les normes comunitàries, en concret la llibertat d'establiment i la lliure prestació de serveis<sup>1480</sup>.

---

<sup>1478</sup> “En el ámbito del Derecho de competencia, el Tribunal ha establecido que debe considerarse como actividad económica: «cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado» (Véanse, por ejemplo, los asuntos C-180/98 a C-184/98, Pavlov, e.a.), por parte de una empresa, con independencia del carácter de esta última y de su modo de financiación. En lo que se refiere a la libre prestación de servicios y a la libertad de establecimiento, el Tribunal ha estipulado que deberán considerarse como actividades económicas, en el sentido del Tratado, las prestaciones ofrecidas normalmente a cambio de una remuneración. El Tratado no exige, sin embargo, que el servicio sea pagado directamente por los beneficiarios (Asunto C-352/85, Bond van Adverteerders).” COM (2006) 177 final, pàg. 7.

<sup>1479</sup> “Según la jurisprudencia del Tribunal, los objetivos en materia de política social constituyen «razones imperiosas de interés general» que pueden justificar la aplicación de medidas destinadas a regular el mercado, como la obligación de disponer de una autorización para prestar un servicio social. El Tribunal ha juzgado que tales medidas deben basarse en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos previamente para poder definir el ejercicio del poder de apreciación de las autoridades nacionales. Para que sean compatibles con el Derecho comunitario, estas medidas también deberán ser proporcionadas. Por añadidura, deberá garantizarse la posibilidad de poder disponer de una vía de recurso adecuada (Véase, por ejemplo, la sentencia de 20.2.2001, Asunto C-205/99, Analir)”. Comunicació de la Comissió, de 26 d'abril de 2006, “*Aplicación del programa comunitario de Lisboa. Servicios sociales de interés general en la Unión Europea*”, COM (2006) 177 final, pàg. 9.

<sup>1480</sup> “La libertad de establecimiento (artículo 43 del Tratado CE) permite a un operador ejercer una actividad económica mediante una instalación estable en otro Estado miembro por un período



Les institucions europees consideren que aquests serveis socials comporten no només una important funció social, sinó que també afecten l'economia europea, ja que aporten valors essencials de la Comunitat, com és l'alt nivell d'ocupació i de protecció social, un elevat grau de protecció de la salut humana, fomenta la igualtat entre homes i dones, proporciona cohesió social i territorial<sup>1481</sup>. Per això, sense apartar l'obligació dels poders públics de proporcionar els serveis socials, les institucions europees, en el marc de l'estratègia de Lisboa, advoquen per propiciar plans de col·laboració entre el sector públic i el privat, així com altres formes de finançament complementàries a la pública. El Consell Europeu de Lisboa (2000) va establir el nou objectiu estratègic per a la UE de convertir-se en l'economia basada en el coneixement més competitiva i dinàmica del món, capaç de créixer econòmicament de manera sostenible amb més i millors llocs de treball i una major cohesió social<sup>1482</sup>.

### 1.5 Dades quantitatives de l'efecte de l'Economia social

A Europa, més del 75% de les noves empreses es creen en el sector serveis, les quals han de facilitar als seus usuaris serveis personalitzats i de gran qualitat. Les empreses de l'Economia social poden prestar serveis a grups d'usuaris que no reben inversions d'empreses mercantils per no proporcionar beneficis econòmics suficients. És el que es coneix com a 'serveis de proximitat' que inclouen,

---

indeterminado. Esto ocurrirá a menudo en el ámbito de los servicios sociales que necesitan en la práctica unas infraestructuras (vivienda social, residencias para personas mayores, etc.). La libre prestación de servicios (artículo 49 del Tratado CE) permite a un operador económico prestar servicios de manera temporal en otro Estado miembro sin estar establecido en el mismo. También permite a un usuario recurrir a los servicios proporcionados por un prestador establecido en otro Estado miembro. Los artículos 43 y 49 del Tratado CE no sólo se oponen a las normas nacionales discriminatorias, sino también a cualquier norma nacional que se pueda aplicar indistintamente a los operadores nacionales y extranjeros e impida o haga menos atractivo el ejercicio de estas libertades fundamentales". COM (2006) 177 final, pàg. 9. *Vid.* part III, cap. I, apartat 2.3.2.

<sup>1481</sup> "La modernización de los servicios sociales es uno de los principales retos europeos actuales: por un lado, estos servicios cumplen una misión fundamental de cohesión social; por otro lado, su transformación y su potencial de creación de empleo los hacen parte integrante de la estrategia de Lisboa. Las conclusiones del Consejo Europeo de marzo de 2006 así lo confirmaron al reiterar que hay que lograr que el mercado interior de servicios sea plenamente operativo, preservando a la vez el modelo social europeo." COM 2006 177 final

<sup>1482</sup> A partir dels tres darrers consells europeus (Lisboa, Barcelona i Brussel·les) s'estableixen deu directrius o prioritats per al relançament de la política de treball, i la funció que assumeix la Comunitat és bàsicament de coordinació de les polítiques nacionals. Vegeu: M. GÓMEZ JENE, "Capítulo X: La política de empleo comunitaria", E. LINDE PANIAGUA (coord.), *Políticas de la Unión Europea*, 5ª ed., Colex, 2005, pàg. 483 i ss. Entre les decisions preses pel Consell Europeu de Lisboa, a més de fixar com objectiu aconseguir el màxim rendiment del mercat interior, es destaca també com un punt prioritari de l'agenda política de la Unió el de disposar d'una normativa més senzilla i de millor qualitat. *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento europeo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones, Estrategia para el mercado interior: Prioridades del período de 2003 – 2006*, Brussel·les, 7.5.2003 COM (2003) 238 final, pàg. 4 i 27.

bàsicament, la sanitat i l'assistència social<sup>1483</sup>. S'estima que el 25% dels ciutadans de la UE són membres d'aquest sector, sigui com a productors, consumidors, assegurats, estudiants, etc. Respecte els països del Centre i l'Est d'Europa, es calcula que hi ha 15.000 empreses que comporten més de 700.000 empleats i associen a aproximadament 15 milions de membres. Les empreses de l'Economia social tenen un rol essencial en sectors com: la creació de capital social; la capacitat d'ocupar persones amb desavantatges; la revitalització d'economies locals; i la modernització de gestions locals<sup>1484</sup>.

L'any 1998 s'estimava que existien unes 300.000 cooperatives a Europa<sup>1485</sup>, on hi treballaven 4,8 milions de persones i 140 milions de socis<sup>1486</sup>. Abans de la darrera ampliació de la UE s'estimaven 62.000 fundacions en els quinze Estats membres, amb un patrimoni aproximat de 174 bilions d'euros respecte de 27.000 fundacions. En les fundacions de set països de la UE propiciarien 185.700 llocs de treball, i uns 145.000 voluntaris en 10.000 fundacions de sis Estats de la UE<sup>1487</sup>. S'estima que a Europa 120 milions de ciutadans estan coberts per una mútua sanitària, un sector important respecte les assegurances (sobretot a França) i que en el sector bancari britànic mutual (*building societies*) suposa un 18% dels préstecs hipotecaris i un 30% dels dipòsits<sup>1488</sup>.

Igualment significatives són les dades concernents a l'ocupació laboral, que ja s'ha assenyalat en altres apartats<sup>1489</sup>. Els llocs de treball en aquest sector incorporen, a

---

<sup>1483</sup> *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y social europeo y al Comité de las Regiones sobre fomento de las cooperativas en Europa*, COM (2004) 18, Brussel·les, 23.2.2004, pàg. 6. L'apreciació es fa respecte les cooperatives però és extensible a les empreses de l'Economia social, especialment, les fundacions i associacions.

<sup>1484</sup> Vegeu les recomanacions i els annexes amb informació relativa al nombre i tipus d'empresa, els sectors i el nombre d'empleats dels deu nous Estats membres de la UE. *Avis du Comité économique et social européen "La diversification économique dans les pays accédants – rôle des PME et des entreprises de l'économie sociale"*, CCMI/006, Brussel·les, 1.4.2004, pàg. 3.

<sup>1485</sup> Com a dades significatives: representen el 83% de producció agrícola dels Països Baixos; el 50% de la de França; el 37% dels serveis bancaris de Xipre; el 35% de la distribució alimentària a Finlàndia; el 21% de l'assistència sanitària a Espanya i el 60% del sector forestal a Suècia. *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y social europeo y al Comité de las Regiones sobre fomento de las cooperativas en Europa*, COM (2004) 18, Brussel·les, 23.2.2004, pàg. 18.

<sup>1486</sup> *Statistics and information on European co-operatives*, Alianza Cooperativa Internacional, Ginebra, 1998. <[www.ica.coop/europe](http://www.ica.coop/europe)>.

<sup>1487</sup> Document de l'EFC: "Foundations Facts & Figures Across the EU" (abril 2005), <[www.efc.be](http://www.efc.be)>.

<sup>1488</sup> Comissió Europea, DG de l'Empresa, Document de Consulta: "Las mutualidades en una Europa ampliada", 3.10.2003, pàg. 3; 8.

<sup>1489</sup> Vegeu l'estudi: "Les entreprises et organisations du troisième système: un enjeu stratégique pour l'emploi", coordinat per B. THIRY; D. DEMOUSTIER; R. SPEAR; E. PEZZINI; J.L. MONZON; R. CHAVES. Es pot consultar una versió abreujada d'aquest estudi en l'obra: Informe – Memoria de la Economía Social 1999, CIRIEC-España, València, pàg. 61-80. En tal estudi es van analitzar les dades dels quinze

més, nous tipus de feina segons les necessitats socials que sorgeixen alhora que les condicions laborals milloren deixant enrere el seu caràcter precari o temporal. Poden ser un mitjà eficaç d'inserció social i professional de grups exclosos, i fomentar el desenvolupament sostenible i solidari sense necessitat de distribuir un benefici financer entre els seus membres (cooperativa, associació, mútua), contribuint a la flexibilitat del mercat laboral<sup>1490</sup>.

Per ampliar les dades, es pot consultar l'estudi elaborat per Eurostat el 2001, on s'exposen les repercussions econòmiques, els sectors on intervenen, el nombre d'empreses, de treballadors, de les cooperatives, mútues, associacions i fundacions en alguns Estats europeus<sup>1491</sup>.

### **1.6 Les entitats que formen l'Economia social europea com a subjectes empresarials**

De les definicions descrites i de la pròpia evolució política que ha patit aquesta concepció se'n desprèn el caràcter propi de les entitats que formen l'Economia social com a operadors econòmics integrants de l'economia europea, si bé una economia adjectivada com a social, al cap i a la fi, una economia. És notori destacar que per referir-se a les entitats integrants d'aquest sector s'utilitza el qualificatiu d'"Empreses de l'Economia Social" (EES). S'aprecia que en les darreres concepcions per part del professor J.L. MONZÓN, es diferencia el sector productor (empreses cooperatives i mutuels) del sector no productor de mercat (associacions i fundacions), en base al fet que les primeres tindrien com a font d'ingressos els recursos que provenen del mercat, i les segones no, ja que aquestes es basarien en donacions, quotes de socis, rendes de la propietat o subvencions.

---

Estats membres de la UE del moment, i el resultat de l'ocupació laboral en l'Economia social era d'aproximadament d'entre un 6 i un 7% de la població activa de la UE, uns 9 milions d'empleats. *Vid.* part I, cap. III, apartat 3.1.

<sup>1490</sup> En la *Directriz n°11 de la Decisión 2002/177/CE del Consejo, de 18 de febrero de 2002, relativa las directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros para el año 2002* (DO L 60 de 1.3.2002, pàg. 60), confia als Estats membres la promoció de mesures per impulsar el desenvolupament competitiu i la capacitat de l'Economia social per crear més llocs de treball i millorar la seva qualitat, especialment respecte el subministrament de béns i serveis relacionats amb necessitats no cobertes pel mercat. En *l'Avis du Comité économique et social sur "Économie sociale et Marché unique"*, (INT/029), Brussel·les, 3.3.2000, pàg. 9: "En ce qui concerne l'application du nouveau programme relatif aux Fonds structurels de l'UE pour l'année 2000-2006, la Commission indique dans ses lignes directrices que la capacité de création d'emplois de l'économie sociale n'a pas été suffisamment exploitée. Dans le règlement sur le Fonds social européen, il est expressément indiqué que des activités du secteur de l'économie sociale peuvent bénéficier de concours financier".

<sup>1491</sup> Eurostat: "A pilot study on co-operatives, mutuels, associations and foundations", 2001. <www.europa.eu>. Els països participants eren: Dinamarca, Espanya, França, Itàlia, Portugal, Finlàndia, Suècia i Suïssa, dades de 1998. Englobades en el grup d'empreses d'Economia social, el nombre d'empreses i de treballadors eren l'any 1998, per exemple: a Espanya, 33.571 empreses d'economia social amb 350 empleats; França 314.923 empreses d'economia social amb 1.575.781 treballadors; Itàlia 221.412 d'empreses d'economia social amb 531.926 treballadors.

Tal distinció és constant, sobretot per part de la doctrina econòmica, mentre que la jurídica no percep la diferència com a motiu suficient per diferenciar-les en el tracte jurídic en l'espai comunitari europeu. Per això, les definicions que proposen els que destaquen les diferències en base a conceptes econòmics de productivitat, estan mancades d'ingredients jurídic-administratius, permetent així que s'englobin els diferents agents, com seria:

“Conjunt d'empreses privades organitzades formalment, amb autonomia de decisió i llibertat d'adhesió, creades per satisfer les necessitats dels seus socis a través del mercat, produint béns i serveis, assegurant o finançant i en les quals l'eventual distribució entre els socis de beneficis o excedents així com la presa de decisions, no estan lligats directament amb el capital o cotitzacions aportades per cada soci, corresponent un vot a cada un d'ells. L'Economia Social també agrupa a aquelles entitats privades organitzades formalment amb autonomia de decisió i llibertat d'adhesió que produeixen serveis de no mercat a favor de les famílies, i els excedents que hi podria haver, no poden ser apropiats pels agents econòmics que les creen, controlen o financen.”<sup>1492</sup>

M.A CABRA DE LUNA diferencia en el Tercer sector dos tipus d'entitats, les altruistes i les mutualistes. Les primeres són les formades per elements d'esforç personal i/o recursos i serveis sense contrapartida, dedicats a la satisfacció de les necessitats dels grups que ho necessiten, aquí hi inclou les fundacions, entitats religioses, ONG, entre d'altres. El segon grup, el mutualista, comprèn les que duen a terme aportacions d'esforç personal i/o de recursos fruit dels quals es revertirà als propis autors de l'aportació, per tant, enfocades a les satisfaccions dels membres, serien diferents tipus d'associacions, mútues, col·legis de professionals, cooperatives, entre altres<sup>1493</sup>.

Totes elles són, des d'un punt de vista jurídic, entitats diferents amb característiques distintes, que només per un mínim denominador comú ha permès agrupar-les sota el mateix paraigües. És interessant la valoració que en fa M. DE CASTRO SANZ:

“Es podria dir que si una empresa respon a la mateixa filosofia d'actuació, de propietat i, per això, d'organització, si aporta, a més, cohesió i solidaritat social, aquesta podria ser considerada com d'Economia Social. És important dir això, ja que el debat de si són només les cooperatives les que componen aquesta forma d'economia, o les mútues, o qualsevol altra forma

---

<sup>1492</sup> R. CHAVES; J.L. MONZÓN, *Estudio sobre la economía social en los 25 países de la Unión Europea*, CIRIEC, 2006, extret de J.M. MONZÓN, “Economía Social y conceptos afines: fronteras borrosas y ambigüedades conceptuales del Tercer Sector”, *CIRIEC-España*, n. 56, 2006, pàg. 16-17.

<sup>1493</sup> M.A. CABRA DE LUNA, *El tercer sector y las fundaciones de España hacia el nuevo milenio*, Madrid, 1998, pàg. 60.

organitzativa (Associació, Fundació...) sempre diferenciada en lloc d'unida, no està solucionant Europa. (...) Segueix existint la necessitat de madurar i aprofundir en el concepte d'Economia Social. Especialment és necessari fer-ho quan aquest concepte s'interrelaciona amb el denominat, i també nou, Tercer Sector.”<sup>1494</sup>

Deixant de banda la discussió doctrinal, es reprèn la jurisprudència del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees, que inclou, en algunes ocasions, les empreses de l'Economia social i les fundacions en particular com a actors econòmics del mercat interior pel fet de desenvolupar activitats econòmiques, amb independència de la destinació dels guanys<sup>1495</sup>. A més, comprovem com la mateixa Comissió Europea utilitza el terme 'empreses' per referir-se a tals entitats. A títol d'exemple, en el resum de l'enquesta sobre modernització de les societats i reforç al govern d'empreses dins de la UE, en el seu vuitè apartat es refereix a: “*La société cooperative européenne et les autres formes juridiques européennes d'entreprises*”<sup>1496</sup>. Així mateix, en la Comunicació de la Comissió al Consell i al Parlament Europeu sobre: “*Modernización del Derecho de sociedades y mejora de la gobernanza empresarial en la Unión Europea. Un plan para avanzar*”<sup>1497</sup>.

En aquest punt, cal establir de forma acurada les diferències entre l'empresa de capital i l'empresa d'economia social, de manera que se la pugui considerar com un tipus propi d'empresa. La línia divisòria entre unes i altres es pot establir presentant les principals característiques de les empreses d'Economia social que es poden resumir en<sup>1498</sup>:

- La primacia de l'individu i l'objecte social sobre el capital;
- L'afiliació voluntària i oberta;
- El control democràtic exercit pels seus membres (excepte en les fundacions)
- La combinació dels interessos dels membres/usuaris, i/o l'interès general;

---

<sup>1494</sup> M. DE CASTRO SANZ, President de CEPES (2000), en el pròleg de l'edició espanyola de T. JEANTET, *La Economía Social Europea*, CIEREC, 2003, pàg. 18-19.

<sup>1495</sup> *Vid.* part I, cap. I, apartat 2.3.3.1.

<sup>1496</sup> *Synthèse des réactions à la communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen «Modernisation du droit des sociétés et renforcement du gouvernement d'entreprise dans l'Union européenne – Un plan pour avancer» (mai 2003) Document des services de la direction générale du marché intérieur*, 15 novembre 2003.

<sup>1497</sup> Brussel·les, 21.5.2003, COM (2003) 284 final, pàg. 25.

<sup>1498</sup> B. ROELANTS (Coord), “Ampliando la Economía Social”, *Primera Conferencia Europea sobre Economía Social en Europa Central y Oriental*, Praga 2002, CECOP, Julio 2002, pàg. 4. Comprovem que segueix les línies directrius de G. Crauser.

- La defensa i aplicació del principi de solidaritat i responsabilitat;
- Govern autònom i independent de les autoritats públiques;
- La destinació de l'excedent a objectius de desenvolupament sostenible, serveis d'interès als membres o de l'interès general.

Un altre factor important a considerar és que aquest tipus d'ens que es consideren empresa, ens referim a aquells que desenvolupen activitats que proporcionen serveis o productes, competeixen amb les societats de capital en el mercat i, per tant, s'haurien d'aplicar les normes de lliure concurrència comunitàries. Malgrat tenir fins que poden beneficiar a tota la societat o un grup d'aquesta, les entitats filantròpiques o altruistes, poden concórrer amb una societat privada en l'oferta pública de l'administració per atorgar un servei sanitari o de beneficència, així com, amb galeries d'art privades, projectes de recerca, servei d'ambulàncies, etc. En aquests supòsits, la concurrència beneficia, en principi, la qualitat del servei prestat, de fet, tal conseqüència ha estat un dels factors que ha conduït a la professionalització d'empreses socials. La concurrència també repercuteix en les actituds i plantejaments d'actuació a què han de fer front les societats privades de capital, les quals, a part d'oferir un servei de qualitat, es troben cada cop més obligades a haver de proporcionar un 'valor afegit' a la seva actuació empresarial per competir amb les empreses d'Economia social. Ens referim a la coneguda com 'responsabilitat social de l'empresa' (RSE) o 'responsabilitat social corporativa' (RSC), que s'inscriu en el debat sobre la globalització i el desenvolupament sostenible. Consisteix en la integració voluntària de l'empresa de les preocupacions socials i medi ambientals en les seves operacions comercials, i les relacions amb els seus interlocutors<sup>1499</sup>. La Comissió Europea considera que la RSE representa un aspecte de model social europeu i constitueix una forma de defensa de la solidaritat, la cohesió i la igualtat d'oportunitats en el context d'una creixent competència a nivell mundial. En els plans d'acció hi figura la intenció de promocionar una 'aliança europea de RSE', entesa com a eina de mobilització de recursos i de capitals de les empreses europees a favor d'un desenvolupament durador, de creixement econòmic i de llocs de treball. S'assenyala la importància de la contribució de les parts que no pertanyen al sector empresarial, d'entre les quals es compta amb les organitzacions no governamentals<sup>1500</sup>. Recentment, ha estat publicat l'estudi

---

<sup>1499</sup> *Livre vert publié par la Commission en 2001: "Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises"*, COM (2001) 366 Final.

<sup>1500</sup> La Comissió assenyala vuit aspectes principals per promocionar: augment de la sensibilització i intercanvi de les bones pràctiques; suport a les iniciatives multilaterals; cooperació entre els Estats

sobre les pràctiques i polítiques en el sector de les empreses socials a Europa. Entre les conclusions es destaca la seva importància en sectors com la reinserció laboral, la seva activitat local o regional, el desconeixement generalitzat per part de la societat civil dels objectius i mitjans d'actuació, contraposat al reconeixement per part de les autoritats nacionals i de la Comissió Europea de la seva rellevància i, finalment, es recomana la seva promoció, la cerca d'una definició comuna així com propiciar la cooperació entre elles i entre aquestes i el sector públic, tant estatal com europeu<sup>1501</sup>.

En aquest context, s'han d'evitar possibles fraus en els contractes contrets entre l'administració pública i les entitats sense ànim de lucre, així com respecte els 'ajuts públics'<sup>1502</sup>, per això, cal que els criteris de lliure concurrència comunitaris siguin també aplicats a les empreses d'Economia social. Aquest sector empresarial no està exempt de recels i malfiances, ja que no només suposa una competència a les empreses mercantils en el mercat econòmic, sinó que pot actuar fraudulentament en les seves actuacions amb el sector públic, o bé, ser utilitzat com a màscara que amaga activitats que no responen a la cohesió social. Ho expressa amb claredat T. JEANTET:

“Ningú pot pretendre que aquestes empreses o organitzacions siguin pures i perfectes, ni que totes elles estiguin pròximes a un model d'estructura social i democràtic acompanyat d'una dinàmica econòmica que no admeti discussió. Tampoc ningú pot dir, d'entrada, que es reconeixen fàcilment les unes a les altres i que puguin presumir de pertànyer, per naixement i per

---

membres; informació als consumidors i transparència; recerca; educació; petites i mitjanes empreses; dimensió internacional de la RSE. *Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo y al Comité económico social europeo*: “Poner en práctica la asociación para el crecimiento y el empleo: hacer de Europa un polo de excelencia de la responsabilidad social de las empresas”, Brussel·les, 22.3.2006, COM (2006) 136 final. S'han elaborat pluralitat de documents, visiteu la Direcció General d'empreses i indústria de la Comissió Europea, en la secció dedicada a la *Corporate Social Responsibility* (CSR): <<http://ec.europa.eu/enterprise/csr/>>. En àmbit mundial, les Nacions Unides també han inclòs com a objectiu la RSE en els “Objectius de Desenvolupament del mil·leni”, així com en els principis de l'OIT, o en les directrius de l'OCDE.

<sup>1501</sup> *Study on Practices and Policies in the Social Enterprise Sector in Europe Austrian Institute for SME Research and TSE Entre, Turku School of Economics, Finland, Vienna, June 2007*, disponible en: <<http://ec.europa.eu/enterprise/entrepreneurship/coop/projects-studies/project5.htm>>. Disposa d'un estudi comparatiu entre 31 països europeus, del qual es destaca que no coincideixen les formes legals que s'inclouen en allò que es consideraria empresa social, en alguns països s'inclourien les fundacions o algun tipus d'aquesta i en d'altres països no s'inclouen les fundacions com a empresa social.

<sup>1502</sup> “Les AE ne sont pas davantage exemptées de l'interdiction de recevoir des aides d'État (des subsides, des exemptions fiscales, etc.) qui les favorisent indûment par rapport à leurs concurrents. À ce propos, la tenue d'une comptabilité correcte est le seul moyen qui permettra à une AE à caractère social de justifier les prix bas qu'elle applique pour ses services marchands, lorsqu'elle reçoit des financements par les autorités publiques alors qu'elle est en concurrence avec une entreprise commerciale”. A. IOAKIMIDIS, “La politique de la Communauté européenne à l'égard des associations sans but lucratif et le projet de règlement portant statut de l'association européenne”, *La documentation française, Études & Documents*, n° 51, 2001, pàg. 411; 420.

essència, a un mateix món. Però al menys unes i altres busquen organitzar vincles entre les persones, així com organitzar la producció de béns o serveis en funció de les necessitats reals dels individus, i no només en funció d'objectius financers, d'estratègies de mercats.”<sup>1503</sup>

Partint doncs de la concepció encara tímida i poc unificada, que consideraria les entitats integrants de l'Economia social com un tipus d'empresa per les institucions europees, com a mínim des del punt de vista econòmic i social ja que participen en el mercat interior i aporten serveis als ciutadans, es passa a continuació a estudiar el tracte jurídic comunitari europeu que han rebut tals entitats, la seva evolució fins l'actualitat, i el seu contingut.

## **2. LES EMPRESES DE L'ECONOMIA SOCIAL: ENS SUPRANACIONALS EUROPEUS?**

Les organitzacions empresarials que formen l'Economia social han estat deixades en segon terme en les agendes de les polítiques europees, les quals s'han ocupat com és notori del dret de societats de capital. Paral·lelament, en l'àmbit estrictament de les entitats de l'Economia social, observant el treball dut a terme fins el moment per la Secció d'Economia social de la Comissió, s'extreu una primera conclusió: entre les figures que componen aquesta àrea: cooperatives, associacions, mútues i fundacions; la nostra protagonista, les fundacions, són les que han rebut, amb notable diferència, menys atenció.

Per a realitzar una aproximació en les polítiques legislatives d'una determinada figura jurídica en el context comunitari, el legislador europeu pot optar entre dos camins a seguir segons G. BENACCHIO<sup>1504</sup>. Per una banda, harmonitzar la disciplina prèviament existent en cada un dels ordenaments a través de les directives, les quals estableixen unes pautes mínimes que es transposaran en els ordenaments dels Estats membres i que persegueixen la similitud en els principis jurídics essencials de la normativa que afecta el mercat interior. Com a exemple de coordinació de les legislacions es destaca l'experiència en dret societari europeu, que per via de l'art. 44.2.g TCE pretén equiparar les societats i protegir el interessos de socis i tercers, per això, ja s'han elaborat més d'una dotzena de directives<sup>1505</sup>.

---

<sup>1503</sup> T. JEANTET, *La Economía Social Europea*, CIEREC, 2003, pàg. 24.

<sup>1504</sup> G. BENACCHIO, *Diritto privato della Comunità Europea*, CEDAM, (3<sup>a</sup> ed.), 2004, pàg. 269. Afegim una tercera possibilitat, la via que ofereix l'art. 293 TCE mitjançant els convenis complementaris: tractats internacionals multilaterals celebrats entre els Estats membres de la Comunitat. Recordem el Conveni de 1968 que va fracassar. *Visid.* part III, cap. III, apartat 2.1.2.

<sup>1505</sup> Entre 1968 (aprovació de la Primera Directiva sobre Dret de societats) i 1989 (aprovació de la Dotzena Directiva sobre Dret de societats), es van adoptar nou Directives i un Reglament. Encara que la



Per altra banda, l'altre possibilitat legislativa europea és la de crear estructures jurídiques 'supranacionals' o 'comunitàries', essent doncs institucions noves, regulades per les mateixes normes en tots els Estats membres<sup>1506</sup>. L'exemple més veterà és l'Agrupació Europea d'Interès Econòmic (AEIE) i, posteriorment, la Societat Anònima Europea (SE) i la Societat Cooperativa Europea (SCE)<sup>1507</sup>. La seva normativa és inicialment comunitària i, subsidiàriament, s'apliquen les normes internes dels Estats membres. La característica principal i comuna a totes aquestes institucions consisteix en el fet que poden ser utilitzades exclusivament en l'àmbit d'una relació entre empreses que concerneixen a Estats diversos. Són noves figures i formes associatives que es justifiquen només si en aquestes hi participen com a mínim dos subjectes pertanyents a dos Estats membres distints. Se li atribueixen característiques pròpies a unes institucions diferents de les nacionals, les quals coexisteixen, essent, a més, un mecanisme d'uniformització del Dret europeu, per al qual, s'usa com a instrument legislatiu el reglament<sup>1508</sup>.

Dels dos mecanismes descrits, el primer, és a dir, l'harmonització legislativa a través de directives europees, no ha estat utilitzat respecte les entitats de l'Economia social, sembla, doncs, que per a les empreses socials s'ha optat pel segon mecanisme, per tant, per la creació d'entitats amb caràcter europeu<sup>1509</sup>. La justificació de la seva regulació en àmbit europeu es fonamenta, tal i com s'ha expressat, en la seva importància social i econòmica, així com, per la seva expansió en el mercat interior duta a terme en els darrers anys. Resulta necessari

---

situació exacta pugui diferir lleugerament d'un Estat membre a un altre, aquestes mesures europees van tenir un important efecte sobre el Drets de societats nacionals. Aquesta influència, d'altra banda, no es va limitar als tipus de societats expressament coberts per les Directives, perquè molts Estats membres van decidir estendre l'aplicació d'aquestes mesures a d'altres formes jurídiques. Al llarg dels deu últims anys, com a conseqüència del Tractat de Maastricht de 1992, el procés legislatiu sobre el Dret de societats s'ha caracteritzat per una major diferència política en els Drets interns (amb un augment de les referències a les normes nacionals en les propostes legislatives). Comunicació de la Comissió al Consell i al Parlament europeu sobre: "Modernización del Derecho de sociedades y mejora de la gobernanza empresarial en la Unión Europea - Un plan para avanzar", Brussel·les, 21.5.2003, COM (2003) 284 final.

<sup>1506</sup> Seria la forma més 'radical' de solventar les dificultats de la coexistència d'ordenaments en matèria societària. La creació de formes societàries pròpiament europees no està previst en el Tractat i, per això, s'usa la clàusula residual de l'art. 308 TCE. J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, "El derecho de establecimiento", M. LÓPEZ ESCUDERO et al., *Derecho comunitario material*, Madrid, 2000, pàg. 121.

<sup>1507</sup> Per M. MENJUCQ, la SE i l'AEIE són estructures generals que constitueixen un quadre jurídic d'empresa, obertes al conjunt d'operadors que reuneixen certes condicions, amb la finalitat d'afavorir la cooperació i la concentració de les empreses dels Estats membres per lluitar contra la competència d'Estats tercers. M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, Montchrestien, 2001, pàg. 107.

<sup>1508</sup> G. BENACCHIO, *Diritto privato della Comunità Europea*, CEDAM, (3<sup>a</sup> ed.), 2004, pàg. 270.

<sup>1509</sup> Es refereixen a la SE, en el pròleg de l'obra de G. ESTEBAN VELASCO; L. FERNÁNDEZ DEL POZO (coords.), *La sociedad anónima europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, Marcial Pons, 2004, pàg. 13, com un singular tipus comunitari-nacional que només té com a precedent la més simple AEIE i que "está llamada a servir de modelo a las formas comunitarias de la organizaciones del Tercer Sector".

que a aquestes institucions no contemplades en els orígens de la Comunitat Europea, se'ls permeti la participació en el mercat interior, com un operador més, actuant amb igualtat de condicions que els ens que hi participen lucrativament<sup>1510</sup>. El Comitè Econòmic i Social, també ha reclamat en reiterades ocasions l'atenció respecte aquestes empreses, en concret, la necessitat de propiciar una legislació favorable per al seu desenvolupament transnacional en un pla d'igualtat amb les societats mercantils<sup>1511</sup>. Així doncs, els reglaments europeus que institueixen estatuts semblen, a priori, la millor opció.

Va ser a mitjans dels anys vuitanta, que en l'esfera de l'Economia social va sorgir la preocupació d'elaborar un règim jurídic dedicat a les persones jurídiques que no s'inclouïen en el sector privat tradicional. En aquell moment, s'estava elaborant un Estatut per a la Societat Europea, calia doncs, actuar a favor dels ens privats no inclosos en aquest Reglament. Primerament, es va proposar l'elaboració d'un Estatut únic per al sector de l'Economia social, finalment però, es va optar per proposar Estatuts separats. La raó de tal elecció fou evitar que dites empreses es trobessin obligades a utilitzar supletòriament el dret general de societats<sup>1512</sup>. No obstant la divisió (associació, mútues, cooperatives), s'admetia la possibilitat que els tres Estatuts compartissin preàmbul i disposicions comunes. De fet, l'objectiu era similar, en definitiva, facilitar el desenvolupament de les activitats transnacionals en el mercat interior de les empreses que formaven part de l'Economia social<sup>1513</sup>.

L'any 1992 la Comissió Europea va presentar tres propostes de reglaments d'estatuts referents a la Societat Cooperativa Europea (SCE), la Societat Mútua

---

<sup>1510</sup> Sorgeix durant els anys vuitanta l'interès respecte les entitats sense afany de lucre, vegeu els propòsits i comentaris: "Resolution on Non-Profit-Making Associations in the European Communities Nicole Fontaine, Rapporteur", *European Parliament Committee on Legal Affairs and Citizens' Rights Appendix 4.12 of the International Associations Statutes*, Series vol 1, UIA eds (1988). G. BENACCHIO ho expressa: "(...) Permettere anche al settore sociale, cooperativo e associativo di usufruire dei vantaggi che offre il mercato unico e creare le condizioni affinché gli operatori del settore possano competere sullo stesso piano degli altri enti economici e produttivi è un atto necessario per evitare che condizioni di disparità di trattamento possano di fatto emarginare tali attività non lucrative a favore di quelle prettamente capitalistiche", G. BENACCHIO, *Diritto privato della Comunità Europea*, CEDAM, (3ª ed.), 2004, pàg. 293.

<sup>1511</sup> A títol d'exemple: "Les statuts européens nécessaires n'existent toujours pas. Il devrait aussi être possible, pour les personnes et pour les petites entreprises, de créer des organisations correspondant à ces formes juridiques européennes dans le cas où elles souhaiteraient participer à une coopération transfrontalière afin de renforcer leur compétitivité. (...) Une telle flexibilité est notamment nécessaire pour permettre de tenir compte des différences qui existent entre les législations nationales". *Avis du Comité économique et social sur "Économie sociale et Marché unique"*, (INT/029), Brussel·les, 3.3.2000, pàg. 10-11

<sup>1512</sup> Va ser l'eurodiputat ARBEOLA qui va advocar per la conveniència d'Estatuts separats. Document ES/PR/89739, PE. 141.359.

<sup>1513</sup> Vegeu: D. DE COMBRUGGHE, "La future réglementation communautaire sur le statut de l'association, de la coopérative et de la mutualité européennes", *Revue du Marché Unique Européen*, 1993, 1, pàg. 127-150.

Europea (ME), i l'Associació Europea (AE). Cadascuna d'aquestes propostes de reglaments es complementava amb una directiva relativa a la participació dels treballadors. Aquestes propostes es van modificar el 1993 després de prendre en consideració els dictàmens del Parlament Europeu i del Comitè Econòmic i Social<sup>1514</sup>.

Els treballs del Grup de 'Dret de Societats' es van aturar el 1996 ja que van sorgir moltes diferències entre els Estats membres en la discussió del reglament en matèria de la Societat Anònima Europea<sup>1515</sup>. Finalment, l'any 2001 es va aprovar el Reglament (CE) n° 2157/2001, de la Societat Anònima Europea (SE)<sup>1516</sup>. Posteriorment, de les empreses que formaven part de l'Economia social, només s'ha aprovat l'Estatut de Cooperativa Europea, en el Reglament (CE) n° 1435/2003 del Consell de 22 de juliol de 2003 relatiu a l'Estatut de la Societat Cooperativa Europea (SCE).

A partir d'aquell moment, es van reprendre les propostes de reglaments de l'Associació Europea i la Mútua Europea, i es plantejava la consulta respecte la viabilitat d'un Estatut de Fundació Europea. Les negociacions van prendre un fort impuls que, malgrat la intenció de la Comissió de recolzar activament el procés legislatiu, no va ser suficient per progressar en el projecte<sup>1517</sup>. Recentment,

---

<sup>1514</sup> Primera proposta: DOCE C 99, 21.4.1992. Proposta modificada de Reglament (CE) del Consell, pel que s'estableix l'Estatut de la Societat Cooperativa Europea, de la Mútua Europea i de l'Associació Europea. (DOCE C 236, 31.8.1993). Per als debats parlamentaris vegeu la pàgina web del Parlament europeu, el dossier de la comissió parlamentària: JURI/3/05021. El projecte inicial d'estatut d'Associació europea sembla que va rebre les principals reticències dels alemanys i els britànics. E. ARCHAMBAULT, *Le secteur sans but lucratif. Associations et Fondations en France*, Paris, 1996, pàg. 197.

<sup>1515</sup> Una altra de les raons va ser la manca de recursos econòmics "Le Comité note le fait que le programme relatif aux coopératives, aux mutuelles, aux associations et aux fondations, proposé par la Commission en 1993, n'a pas été mis en oeuvre. La décision sur ce point ne pouvait être acquise qu'à l'unanimité des États membres, qui n'a pu être obtenue. L'un des arguments invoqués contre le programme était l'insuffisance des ressources financières disponibles (5,6 millions d'euros pour 3 ans)". *Avis du Comité économique et social sur "Économie sociale et Marché unique"*, (INT/029), Brussel·les, 3.3.2000, pàg. 12.

<sup>1516</sup> (DO L 294 de 10.11.2001). I la Directiva 2001/86/CE del Consell, de 8 d'octubre de 2001, per la qual es completa l'Estatut de la Societat Anònima Europea en referència a la implicació dels treballadors (DO L 294 de 10.11.2001).

<sup>1517</sup> "... actualmente el Parlamento Europeo y el Consejo están examinando propuestas de estatuto de Asociación Europea y de Mutualidad Europea. La Comisión observa que la mayoría de las respuestas recibidas en la consulta organizada por el Grupo de alto nivel manifestaba una opinión favorable sobre la utilidad de estos estatutos. La Comisión tiene intención de apoyar activamente el proceso legislativo iniciado a este respecto, como respuesta al deseo, explícitamente expresado por el Parlamento Europeo, de prestar una atención significativa al desarrollo de nuevas formas jurídicas de empresas europeas. (...) la propuesta relativa a la Asociación europea prosigue de forma regular. En cuanto se logre un acuerdo sobre esta propuesta, se consagrará toda la atención necesaria a la correspondiente a la Sociedad mutua europea. Por lo que se refiere a la posible elaboración de una propuesta de Reglamento sobre la Fundación Europea, la Comisión tiene intención, antes de decidir la presentación de dicha propuesta, de iniciar un estudio destinado a apreciar, de manera profunda, la viabilidad de este estatuto. Esta evaluación

han estat retirades les propostes per part de la mateixa Comissió Europea (2006)<sup>1518</sup>. La raó per la qual es retiren es fonamenta en el fet que els projectes d'AE i de ME no han superat les exigències establertes pel nous propòsits de 'legislar millor' en un procés que cerca l'actualització i simplificació del cabal comunitari<sup>1519</sup>. Per això, la Comissió ha retirat les propostes que "(...) considera que no són coherents amb els objectius de Lisboa o amb els principis de 'legislar millor', han progressat insuficientment en el procés legislatiu o han perdut actualitat (per exemple, perquè ja s'han assolit o s'aconseguiran els objectius per altres mitjans)"<sup>1520</sup>.

Aquesta retirada mereix la nostra consideració i crítica. Per una banda, no serien d'aplicació els arguments de la incompatibilitat amb els objectius de Lisboa. S'ha assenyalat en gran mesura, com les empreses de l'Economia social aporten llocs de treball en el context de la cohesió econòmica i social europea. Per això, la vertadera raó de la retirada de les propostes d'AE i ME pensem que es justificaria en el fet que es palesa les poques probabilitats d'avançar en uns projectes que ronden la majoria d'edat sense perspectives d'aconseguir la seva emancipació. A més, les estructures 'supranacionals' existents (SE i SCE) encara estan pendents de superar amb una avaluació positiva la seva utilitat. Compartiríem en aquest sentit l'opinió de la institució encarregada de fer les propostes legislatives, que la retirada de les propostes s'efectuen per tal d'atendre a l'efectivitat o no d'aquests ens supranacionals. A més, es sospita que les associacions, les mútues i, afegeixo les fundacions, no precisin d'una estructura pròpiament europea per aconseguir l'efectiu desenvolupament de les seves activitats i fins en el context europeu, objectiu abastable mitjançant altres mecanismes. Per exemple, que els fossin d'aplicació les llibertats comunitàries o, que es propiciï un tracte fiscal no

---

deberá tener en cuenta lo aprendido de la adopción y aplicación de los otros estatutos europeos. Hay que preverlo, por lo tanto, a medio plazo." Comunicació de la Comissió al Consell i al Parlament Europeu: "Modernización del Derecho de sociedades y mejora de la gobernanza empresarial en la Unión Europea. Un plan para avanzar", COM (2003) 284 final, 21.5.2003.

<sup>1518</sup> *Propuestas de la Comisión retiradas tras el examen a la vista de su importancia general, su impacto sobre la competitividad y otros aspectos DOUE (2006/C 64/03), 17.3.2006.*

<sup>1519</sup> *Comunicación de 16 de marzo de 2005 sobre "Legislar mejor para potenciar el crecimiento y el empleo en la Unión Europea", COM (2005) 97. Comunicació del Parlament europeu, el Consell i la Comissió: Acuerdo interinstitucional "Legislar mejor", DOUE C 321 de 31.12.2003. L'actuació legislativa comunitària ha de respectar els principis generals de la legitimitat democràtica, subsidiarietat, proporcionalitat i seguretat jurídica, i fomentar la senzillesa, claredat i coherència en la redacció dels textos legislatius, i major transparència del procés legislatiu, així com, simplificar i defugir el volum de la legislació.*

<sup>1520</sup> *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo, "Resultados del examen de las propuestas legislativas pendientes ante el Legislador", COM (2005) 462 final, Brusel·les, 27.9.2005, pàg. 3. Destacar que, un cop més, la Comissió qualifica les associacions i les mutualitats com a empreses, ja que en la proposta de retirada de projectes (un total de 68), classifica i inclou aquests dos ens sota el títol d'"empresa i indústria".*

discriminatori, aconseguint situar aquestes 'empreses' en un pla d'igualtat respecte els altres actors del mercat interior. Considerem que deixar enrera els avatars passats per les propostes dels estatuts de ME i AS i fer *tabula rasa* podria ser, fins i tot, més beneficiós a llarg termini.

Malgrat la retirada de les propostes, i amb el benentès que aquestes no s'aprovaran, en principi, com a tals, considerem interessant estudiar, encara que succintament, aquests projectes, en especial en les qüestions connexes al Dret internacional privat. A més, la Comissió no descarta que es puguin reprendre els projectes retirats, "Algunes d'aquestes propostes es poden reconsiderar a la llum de nous anàlisis. En determinats casos, la Comissió es proposa reconsiderar la necessitat d'una intervenció legislativa a la llum dels resultats d'una avaluació d'impacte global."<sup>1521</sup>

Donat que posteriorment s'estudiaran les dues propostes privades d'Estatut de Fundació Europea, l'examen previ dels estatuts vigents així com de les propostes retirades, podrà ser d'utilitat per fer-ne un anàlisi i comparació més detallada.

### 2.1 Els precedents: l'AEIE, la SE (*societas europaea*) i la SCE

La primera figura pròpiament europea es va regular en el Reglament (CEE) n° 2137/85 del Consell de l'**Agrupació Europea d'Interès Econòmic** (AEIE)<sup>1522</sup>. És un instrument de cooperació transfronterer entre empreses, sense necessitat d'integrar-se. No respondria a una estructura *holding*, sinó que la finalitat és la realització d'operacions en comú, amb l'objectiu de facilitar l'activitat econòmica dels seus membres millorant els resultats mitjançant l'exercici d'una activitat auxiliar. La seva formació és de base contractual, supeditada al requisit de registre. És una entitat de base associativa sense ànim de lucre, que disposa de capacitat de celebrar contractes en nom propi, així com de dur a terme actes jurídics, ser part en judici, i ser titular de drets i obligacions (la personalitat jurídica dependrà de la llei del lloc on s'inscriu). El règim jurídic és el propi Reglament i subsidiàriament es remet a les normes estatals del lloc de situació de la seu de l'AEIE. Aquesta seu podrà fixar-se, o bé, en el lloc on hi hagi l'administració central de l'Agrupació, o bé, en el lloc en què un dels membres de l'Agrupació hi tingui la seva administració central o, en el cas de ser una persona física, la seva

---

<sup>1521</sup> *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo, "Resultados del examen de las propuestas legislativas pendientes ante el Legislador"*, COM (2005) 462 final, Brussel·les, 27.9.2005, pàg. 3.

<sup>1522</sup> (DO L 199 de 31.7.1985). Vegeu, entre altres: A. PAU PEDRÓN, "La agrupación europea de interés económico: naturaleza, función y régimen", *RCDI*, julio-agosto, 1988, pàg. 1181-1245; J. GÓMEZ CALERO, *Las Agrupaciones de Interés Económico. Las Uniones Temporales de empresas. Tratado de Derecho Mercantil*, Madrid, 2001; M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, Montchrestien, 2001, pàg. 160-199.

activitat principal, sempre que l'Agrupació hi tingui una activitat real. Malgrat el seu interès pràctic, no ha tingut l'èxit que s'esperava, tot i que s'ha utilitzat regularment<sup>1523</sup>.

Més interessant per al present estudi és la figura de la *Societas europaea*. Els seus treballs legislatius es van allargar durant varies dècades, però finalment, després de l'impuls del Consell de Niça, es va aprovar el *Reglament (CE) n° 2157/2001, de la societat anònima europea (SE)*, que va entrar en vigor el 2004, i la Directiva que l'acompanya<sup>1524</sup>.

La finalitat de regular una **Societat Anònima Europea (SE)**, es basa en possibilitar a les empreses l'exercici de les seves activitats a escala comunitària, a través d'operacions de reestructuració i de cooperació en què hi intervinguin empreses de diferents Estats membres. Així doncs, la facultat de concentració i fusió d'empreses, la llibertat de la SE de poder traslladar el seu domicili social a un altre Estat membre sense necessitat de passar per la dissolució i nova constitució<sup>1525</sup>. El Reglament li atribueix personalitat jurídica pròpia (art. 3) i per això podrà participar en el tràfic jurídic de qualsevol Estat membre com ho fa una societat anònima nacional<sup>1526</sup>.

---

<sup>1523</sup> Comunicacion de la Comisión relativa a la participación de las Agrupaciones europeas de Interés Económico (AEIE) en licitaciones públicas y en programas financiados con fondos públicos, COM (1997) 434 final, 9.9.1997. "Aunque el número de AEIE (más de 800) constituidas hasta ahora es alentador, la Comisión ha podido comprobar que las empresas que aspiran a cooperar a nivel transnacional no utilizan aún la forma de AEIE de manera óptima".

<sup>1524</sup> (DO L 294 de 10.11.2001). Directiva 2001/86/CE del Consell, de 8 d'octubre de 2001, per la que es completa l'Estatut de la Societat Anònima Europea en referència a la implicació dels treballadors (DO L 294 de 10.11.2001). La idea de regular una Societat Europea és prèvia als Tractats constitutius de les Comunitats europees, d'aquí que el procediment s'estén al llarg de cinquanta anys, fet que comporta que la bategin com "*le serpent de mer communautaire*". La dilació en el temps de la negociació explicaria que s'hagin usat com a pressupòsits models històrics dels anys setanta, per això es podria considerar que el Reglament de la SE té una visió molt restrictiva, tant de Dret de societats, com del Dret comunitari. F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "El Reglamento de la Sociedad Europea: una primera lectura", *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, 2002, n. 217, pàg. 9. Per comprovar les discussions doctrinals del moment en què la doctrina francesa considerava excessivament liberal alguns preceptes de la proposta de Societat Europea, vegeu l'interessant estudi crític de Y. LOUSSOUARN, "La proposition d'un statut des sociétés anonymes européennes et le droit international privé", *RCrDIPr*, 1971, pàg. 383-413. Així mateix, vegeu la cronologia i els comentaris a les inicials propostes comunitàries: F. POCAR, "Le statut de la société européenne: une étape importante dans l'évolution du droit communautaire", *RDIPP*, 2002, pàg. 585 i ss.

<sup>1525</sup> Vegeu en el preàmbul del reglament, considerants: 1; 2; 10; 24.

<sup>1526</sup> Un sector de la doctrina considera que el Reglament exclou la possibilitat que les petites i mitjanes empreses (PIMES) puguin constituir SE donades les dificultats estructurals, per això, s'estaria iniciant treballs de regulació de la Societat Privada Europea. Hi ha un altre sector doctrinal que nega l'exclusió de les PIMES en la possibilitat de constituir SE, ni per la quantia exigida, que és modesta tenint en compte que és un projecte a escala europea, ni per les exigències jurídiques que es podrien considerar mínimes. J. BÉGUIN, "L'avènement de la société européenne", *Mélanges P. Lagarde: Le droit international privé: esprit et méthodes*, Dalloz, 2005, pàg. 78-79. El cert és que la Comissió Europea en el marc de *l'Action Plan on*

S'ha plantejat el dubte de si era necessari que un Reglament europeu creés la SE ja que, teòricament, la finalitat perseguida es trobava coberta per les llibertats comunitàries i el principi de no discriminació. La societat legalment constituïda segons l'ordenament del Dret d'un Estat membre, amb seu social, administració central o centre d'activitats principal en un país comunitari, s'ha de reconèixer en qualsevol Estat membre, beneficiant-se de la llibertat d'establiment i la lliure prestació de serveis en el mercat interior europeu, de manera que desenvolupa les activitats econòmiques transnacionals sense necessitat d'establir cap tipus societari supranacional europeu. Per tant, la regulació d'una SE era innecessària? La resposta és inicialment negativa. Malgrat el procés d'harmonització del Dret societari a través de directives, i de l'extensa jurisprudència del Tribunal de Justícia, encara subsisteixen obstacles jurídics a certes operacions societàries internacionals, evidenciant que subsisteixen "mancances de coordinació entre els ordenaments jurídics"<sup>1527</sup>. Les barreres jurídiques que subsisteixen són, principalment, per una banda, el buit legal comunitari respecte les fusions internacionals de societats i, per altra banda, la possibilitat de trasllat transfronterer de seu social a un altre Estat membre. Aquestes dues qüestions es troben sovint prohibides o limitades per les normes de DIPr internes dels Estats membres. És per això que es concep que la creació d'aquest nou tipus societari canalitza aquest tipus d'operacions, responent a la necessitat que es puguin realitzar certes operacions transfrontereres de reestructuració empresarial<sup>1528</sup>. Es justificaria així la necessitat de la SE, que cobriria aquests buits legals que no s'han

---

*Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance*, va fer elaborar un estudi sobre la viabilitat i els avantatges i inconvenients respecte un possible estatut en matèria de petites i mitjanes empreses (desembre 2005). El resultat va mostrar una divisió d'opinions respecte la necessitat de la regulació europea. Pel febrer de 2007 el Parlament europeu va sol·licitar a la Comissió la redacció un estatut de Societat Privada Europea. La Comissió, de moment, ha llançat una consulta pública en aquesta matèria, per tal d'explorar els obstacles que les PIMEs es troben en creuar les fronteres europees. Vegeu: <[http://ec.europa.eu/internal\\_market/company\(epc/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/company(epc/index_en.htm)>, (setembre 2007).

<sup>1527</sup> Ja en el preàmbul del Reglament es palesa el fet que en la realització d'operacions de reestructuració i de cooperació en què intervenen empreses de diferents Estats membres es "topa amb dificultats d'ordre jurídic, fiscal i psicològic". I que malgrat s'han pres mesures d'aproximació en Dret societari a través de directives, "aquestes mesures no dispensen a les empreses sotmeses a ordenaments jurídics diferents de l'obligació d'escollir una forma de societat regulada per un ordenament jurídic nacional determinat" (considerant 3). Amb aquests arguments es decideix crear a través del Reglament, i tal i com es descriu en la mateixa norma comunitària, "la creació i la gestió de societats de dimensió europea, sense que els obstacles derivats de la disparitat i de l'aplicació territorial limitada de les legislacions nacionals aplicables a les societats mercantils puguin impedir o dificultar tals operacions" (considerant 7).

<sup>1528</sup> F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "El Reglamento de la Sociedad Europea: una primera lectura", *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, 2002, n. 217, pàg. 7-8. En el mateix sentit, MALATESTA, A., "Prime osservazioni sul Regolamento CE n. 2157/2001 sulla società europea", *RDIPP*, 2002, pàg. 622 i ss. Adverteix aquest autor que la possibilitat que introdueix el Reglament en relació al trasllat de seu social, pot comportar efectes limitatius i perversos, ja que els Estats tenen competència legislativa per evitar tal transferiment al legant motius d'interès públic.

pogut harmonitzar i que demostra que les llibertats comunitàries no comporten l'anhelada llibertat de moviments en el mercat comunitari com si es tractés d'un mercat veritablement únic<sup>1529</sup>.

En relació al dret aplicable a la SE, aviat es deixa enrera la idea inicial segons la qual s'havia de regir per un Dret europeu complet i autònom, per tant, la Comunitat renuncia a exercir una vertadera política legislativa i opta per un sistema que conjumina dret comunitari i drets nacionals, fet que redueix o limita la identitat europea de la SE. En el Reglament, en concret en l'art. 9, s'estableix una pluralitat de normes aplicables a la societat anònima europea d'aplicació jeràrquica, que distingeix entre la matèria regulada en el mateix Reglament, i la matèria no regulada i que es remetrà, en terme generals, al dret nacional<sup>1530</sup>. La simple enumeració de l'art. 9 RSE evidencia les dificultats que entranya aquesta regulació a l'hora d'identificar el règim de dret societari aplicable a la SE. La consulta simultània dels diferents nivells normatius mostra una complexitat que pot comportar reticències en el seu ús i que ha alimentat una corrent doctrinal escèptica a aquesta regulació<sup>1531</sup>.

---

<sup>1529</sup> Conclou A. MALATESTA amb cert escepticisme: "(...) da questo breve esame, dedicato alle disposizioni generali del regolamento 2157/2001, emerge che il successo dello stesso dipenderà in grande misura da come esso sarà attuato nei vari ordinamenti. Ciò permetterà di verificare se le SE potranno essere considerate alla stregua di un reale passo in avanti dell'integrazione comunitaria o solo un sofisticato esercizio di ingegneria societaria". A. MALATESTA, "Prime osservazioni sul Regolamento CE n. 2157/2001 sulla società europea", *RDIPP*, 2002, pàg. 624. Des d'una perspectiva més optimista presentava F. POCAR el Reglament de la SE, considerant que és una oportunitat excel·lent, en un context més favorable que en dècades anteriors, donada l'harmonització realitzada en matèria societària que ha reduït la incidència de les qüestions de DIPr, i la comunitarització del DIPr que permetria regular tots els actes necessaris en el quadre de la cooperació judicial en matèria civil, "Il n'est pas basardeux de prévoir, dans ce contexte, que la société anonyme européenne (...) soit destinée à s'insérer à juste titre parmi les éléments fondamentaux de l'intégration européenne et puisse répondre entièrement à l'exigence d'offrir un instrument nouveau et efficace aux opérateurs économiques, tant dans le cadre du marché intérieur que, à l'extérieur de celui-ci, dans le marché global." F. POCAR, "Le statut de la société européenne: une étape importante dans l'évolution du droit communautaire", *RDIPP*, 2002, pàg. 594. Per conèixer el nombre de SE que s'han constituït fins al moment, inicis 2008: "Currently it provides information on 113 established SEs (36 normal, 36 UFO, 27 shelf and 14 empty). Most of the established companies are registered in Germany (42 SEs). In addition, some data are also available on 9 planned, 4 renamed, 1 liquidated and 2 transformed companies". Consultar <[www.worker-participation.eu](http://www.worker-participation.eu)>, a la secció d'*European Company*.

<sup>1530</sup> Enumerem seguint la descripció de M. COIPEL: 1) el propi reglament; 2) el dret nacional que es subdivideix alhora en: a) les disposicions específiques sobre la SE en aplicació del reglament; b) les disposicions nacionals relatives al règim de SA; c) les normes específiques aplicables a les SA nacionals segons la naturalesa de la seva activitat; 3) el dret nacional que rebrà la SE en cada Estat membre i que no ha de ser discriminatori (art. 10); 4) el dret estatutari, que pot ser el que s'inclou en el mateix estatut, o bé, el previst per l'autonomia de voluntat segons el dret nacional; 5) el dret de la Directiva sobre les implicacions dels treballadors. M. COIPEL, "La pluralité des rattachements aux normes applicables à la société européenne", J. MALHEBE, *La société européenne*, Bruylant, 2005, pàg. 20 i 21.

<sup>1531</sup> Per contra, C. TEICHMANN, considera que no seria correcte considerar aquest article com el més complicat del RSE, ja que el precepte descriu quasi exclusivament les regles d'aplicació jurídica que serien



La SE es regula, doncs, respecte tot allò que no estigui previst en el Reglament (la constitució; model de direcció i trasllat de domicili), pel dret de l'Estat membre d'on es troba el seu domicili social (art. 3 RSE), i aquest domicili social ha de coincidir amb el lloc on es troba l'administració central (seu de direcció), que necessàriament estarà situada dins de la Comunitat (art. 7 RSE)<sup>1532</sup>, i en què s'haurà de registrar (art. 12 RSE). El Reglament preveu el criteri de la seu real, i estableix com a connexió per determinar la llei aplicable de les qüestions no previstes en el Reglament, el domicili social, s'abandona un cop més l'anacrònica connexió de 'nacionalitat'<sup>1533</sup>.

Després de la succinta presentació de les qüestions que més interessin sobre la regulació de la SE<sup>1534</sup>, és inevitable qüestionar-nos si la societat anònima europea, és o no un ens supranacional comunitari. La discussió ha estat debatuda profundament per la doctrina i a mode de conclusió i, per tant, afegint-nos a tals consideracions, reproduïm les paraules de F.J. GARCIMARTÍN:

“El Reglament SE no crea un autèntic tipus societari europeu (i. e., supranacional). La figura que es genera no és una societat europea única,

---

evidents sense una regulació expressa. C. TEICHMANN, “La Societas Europaea (SE) entre el Derecho nacional y el europeo”, *Noticias de la Unión Europea*, n. 252, 2006, pàg. 120 i ss.

<sup>1532</sup> El mateix Reglament (art. 7.1), atorga als Estats membres la facultat d'imposar, a més de la coincidència estatal (domicili social i administració central en el mateix Estat), una coincidència territorial, per tant, que estiguin situats ambdós elements en el mateix lloc dins del territori. F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El Reglamento de la Sociedad Europea: una primera lectura”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, 2002, n. 217, pàg. 15.

<sup>1533</sup> El principi de no discriminació per raó d'origen (art. 12 TCE) també aplicable a les societats, es recull a l'art. 10 RSE, de manera que una SE ha de ser tractada en cada Estat membre com si fos una SA constituïda segons el dret de l'Estat membre on es troba la seu social de la SE. S'ha interpretat que aquest redactat inclou una al·lusió, encara que indirecta, a la nacionalitat de les societats europees.

<sup>1534</sup> No entrem a estudiar qüestions molt importants, com són les formes de constitució; l'organització i estructura de la SE; les relacions externes, publicitat i registre; la implicació dels treballadors, etc., per no ser matèria d'aquest treball, i ens remetem de nou a l'extensa bibliografia existent. Sense pretensions de ser exhaustius, oferim una mostra de la literatura jurídica més recent sobre la SE: M.J. VERDÚ CAÑETE, “Discordancia entre el domicilio y la administración central de la Sociedad Anónima Europea”, *Revista de Derecho de Sociedades*, 2007, n. 28, pàg. 217-230; Monográfico en “Derecho de Sociedades” en *Noticias de la Unión Europea*, n. 252, 2006; J. BOQUERA MATARREDONA (dir.), *La sociedad anónima europea domiciliada en España*, Thomson, 2006; A. COURET, “Les sociétés en droit international et européen”, J. BÉGUIN; M. MENJUCQ (dirs.), *Droit du commerce international*, Paris, 2005, pàg. 200 i ss; J. MALHEBE, *La société européenne*, Bruylant, 2005 (i la bibliografia d'aquesta obra); J. BÉGUIN, “L'avènement de la société européenne”, *Mélanges P. Lagarde: Le droit international privé: esprit et méthodes*, Dalloz, 2005, pàg. 75-92; G. ESTEBAN VELASCO; L. FERNÁNDEZ DEL POZO (coords.), *La sociedad anónima europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, Marcial Pons, 2004; V. MAGNIER, “La société européenne en question”, *RCrDIPr*, 2004, pàg. 555-587; F. VILLATA, “Societas Europaea (SE), diritto internazionale privato e tutela degli stakeholders”, *RDIPP*, 2004, pàg. 901-942; A.L. CALVO CARAVACA; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Cap. 12. Derecho europeo de sociedades”, S. CÁMARA LAPUENTE, (coord.), *Derecho privado europeo*, COLEX, 2003, pàg. 283-329; A. MALATESTA, “Prime osservazioni sul Regolamento CE n. 2157/2001 sulla società europea”, *RDIPP*, 2002, pàg. 613-624; J.M. BISCHOFF, “La société européenne. Aspects de droit international privé”, *Petites affiches*, 16 avr.2002, n. 76, p.43 i ss.; F. POCAR, “Le statut de la société européenne: une étape importante dans l'évolution du droit communautaire”, *RDIPP*, 2002, pàg. 585-594.

amb un règim autònom i exhaustiu, sinó un tipus mixt. Un tipus societari amb trets uniformes, però que s'integra en gran part amb elements del Dret nacional; en concret, del Dret de l'Estat on cada SE fixi el seu domicili estatutari. Com s'ha dit: es una societat nacional amb un vestit europeu. Això explica que el contingut normatiu del Reglament SE acabi essent una mescla de Dret material i Dret conflictual.”<sup>1535</sup>

A priori doncs, considerarem que la SE, en comptes de ser un tipus societari supranacional europeu, seria una societat nacional de tipus europeu, igual que succeirà respecte la SCE.

## 2.2 El Reglament de l'Estatut de Societat Cooperativa Europea

Argüida la dificultat existent per determinar quins són els agents components de l'Economia social, es pot afirmar, sense cap dubte, i seguint la tradició originària francesa, que les cooperatives són la pedra angular de l'Economia social. Les cooperatives són un exemple excel·lent de tipus d'empresa que respon simultàniament a objectius empresarials i socials, si bé mutualistes. Aquesta pot ser una de les raons per la qual ha estat la primera de les empreses que componen l'Economia social de disposar d'un Reglament europeu que regula l'Estatut Europeu de Cooperatives<sup>1536</sup>, que va entrar en vigor el 21 d'agost de 2003, i va ser aplicable a partir del 18 d'agost de 2006 (art. 80)<sup>1537</sup>. Una altra raó afegida per ser la primera en la seva regulació, és la facilitat de traslladar i adaptar el preexistent RSE a la figura de la societat cooperativa, i no pas a les altres

---

<sup>1535</sup> F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El Reglamento de la Sociedad Europea: una primera lectura”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, 2002, n. 217, pàg. 9.

<sup>1536</sup> Reglamento (CE) n° 1435/2003 del Consejo de 22 de julio de 2003 relativo al Estatuto de la sociedad cooperativa europea (SCE). DOUE L 207 de 18.8.2003. Sens dubte, ha estat de rellevant importància per a l'elaboració del Reglament, l'actuació del CCACE: ‘Comitè Coordinador d'Associacions Cooperatives Europees’. No essent una institució europea, sinó que és una organització on es reuneixen diferents sectors cooperatius de països comunitaris, va col·laborar activament en la proposta del Reglament d'Estatut Europeu de Cooperatives de 1990. Abans però, ja hi havia hagut projectes, com el de 1975 redactat per associacions de les cooperatives (EUROCOOP, COGEA i UGAL), de caire molt prudent a tenor del informe Mihr (1983). Vegeu: R. DABORMIDA, “Derecho cooperativo europeo y ordenamiento comunitario: ¿hacia la armonización o la uniformación de las legislaciones en el seno de la CEE?”, *CIRIEC-España*, n. 7, 1989, pàg. 47 i ss.

<sup>1537</sup> Vegeu alguns estudis en matèria de SCE: R. ALFONSO SÁNCHEZ, “La Sociedad Cooperativa Europea. Un nuevo tipo social en un escenario complejo”, *Noticias de la Unión Europea*, n. 252, 2006, pàg. 19-34; A. LAMBEA RUEDA, “Marco Jurídico de la Sociedad Cooperativa Europea Domiciliada en España (I)”, *La Ley*, n. 6479, 10 de mayo de 2006; A. LAMBEA RUEDA, “La Sociedad Cooperativa Europea: el Reglamento 1435/2003, de 22 de julio”, *RDP*, 2004, pàg. 300-323; A. COBO DEL ROSAL, “Principales aspectos del nuevo régimen jurídico de la sociedad cooperativa europea. Reglamento n. 1435/2003 del Consejo Europeo, de 22 julio 2003”, *RdS*, 2003 (2), n. 21, pàg. 484-496; J. MINANDO SANZ, “El nuevo Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea”, *CIRIEC-España*, n. 41, 2002, pàg. 9-23. R. ALFONSO SÁNCHEZ, *La integración cooperativa y sus técnicas de realización: la cooperativa de segundo grado*, Ed. Tirant lo Blanc, València, 2000; I.G. FAJARDO, “La armonización de la legislación cooperativa en los países de la Comunidad Económica Europea”, AA.VV., *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, vol. I, Ed. Tirant lo Blanc, València, 1995, pp. 1113-1177.

‘empreses’ d’Economia social. A més, es justificaria la seva regulació, en la mesura que l’AEIE no satisfaria les necessitats específiques de les cooperatives, i que la SE no s’adapta a les característiques de les cooperatives<sup>1538</sup>.

Juntament amb el Reglament es va dictar la Directiva 2003/72/CE del Consell, de 22 de juliol de 2003, per la qual es completa l’estatut de la societat cooperativa europea en relació a la implicació dels treballadors<sup>1539</sup>, que té per objecte garantir que la creació d’una SCE no suposi la desaparició o debilitament del règim d’implicació dels treballadors existents en les entitats que participin en la seva creació. Cal tenir present que els treballadors i els socis de les cooperatives rauen sovint en les mateixes persones, d’aquí que té una especial importància aquesta Directiva que ha de ser necessàriament diferent de la Directiva que acompanya la SE, tot i que en el Reglament, la implicació dels treballadors no és obligatòria.

La base jurídica del Reglament 1435/2003 (art. 308 TCE) va ser causa de recurs per part del Parlament Europeu contra el Consell de la Unió Europea el 15 d’octubre de 2003<sup>1540</sup>. Amb el recurs es pretenia anul·lar el Reglament 1435/2003, i en el cas de ser anul·lat, que el Reglament continués produint efectes fins que entrés en vigor una nova normativa, adoptada dins d’un termini raonable, segons la base jurídica correcta. El 12 de juliol de 2005 es presentaren les conclusions de l’Advocadessa General, Sra. C. STIX-HACKL, que va concloure que la base jurídica era efectivament l’art. 308 TCE, i no l’art. 95 TCE tal i com argumentava el Parlament Europeu. Per tant, no s’anul·laria el Reglament, i així es va ratificar en la Sentència del Tribunal de Justícia (Gran Sala) de 2 de maig de 2006. Posteriorment s’entrarà en l’estudi de forma pormenoritzada de la sentència quan es cerqui la base jurídica del possible Reglament europeu d’Estatut de Fundació Europea<sup>1541</sup>.

La justificació de l’elaboració i aprovació d’aquest reglament comunitari es fonamenta bàsicament en la realització del mercat interior i la millora de la situació econòmica i social<sup>1542</sup>, facilitar les operacions d’agrupació entre societats

---

<sup>1538</sup> Considerants 4 i 5 del RSCE. Posterior a la seva aprovació es publica el document: *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre el fomento de las cooperativas en Europa*, COM (2004) 18 final.

<sup>1539</sup> DOUE L 207 de 18.8.2003.

<sup>1540</sup> Assumpte C-436/03, DOUE C 289 de 29.11.2003.

<sup>1541</sup> *Vid.* part III, cap. III, apartat 2.1.

<sup>1542</sup> Així en el preàmbul del R. 1435/2003, (2): “La realización del mercado interior y la mejora de la situación económica y social que tal realización debe fomentar en el conjunto de la Comunidad implican, además de la eliminación de los obstáculos a los intercambios, una reestructuración a escala de la Comunidad de las estructuras de producción. A tal fin es indispensable que las empresas de todo tipo

sotmeses a diferents legislacions<sup>1543</sup> i propiciar que les cooperatives puguin participar en pla d'igualtat de les condicions que gaudeixen altres formes d'empresa i facilitar el desenvolupament de les seves activitats transfrontereres<sup>1544</sup>. A més, les cooperatives actuen en àmbits que interessin a la Comunitat, com són la política laboral, la integració social, el desenvolupament regional i rural, l'agricultura, etc.<sup>1545</sup>. Totes aquestes justificacions serien extensibles a un possible estatut de Fundació Europea (FE), així com d'Associació Europea (AE) i Mútua Europea (ME). Reitera en el considerant onzè que en la cooperació transfronterera comunitària entre cooperatives es topa amb dificultats d'ordre jurídic i administratiu i que cal eliminar per tal d'aconseguir un efectiu mercat sense fronteres. D'aquí la creació d'una forma jurídica europea per a les cooperatives, que les permeti actuar fora de les seves fronteres nacionals, en tot o en part del territori de la Comunitat (considerant 12). L'objectiu essencial, doncs, del reglament, segons el considerant 13, seria:

“(…) permetre la constitució de SCE per particulars residents en diferents Estats membres o per entitats jurídiques subjectes a les legislacions d'Estats membres diferents. Les seves disposicions permetran, així mateix, que es constitueixi una SCE mitjançant la fusió de dues cooperatives existents o mitjançant la transformació d'una cooperativa nacional en SCE sense menester dissolució, sempre que aquesta cooperativa tingui el seu domicili social i la seva administració central en un Estat membre i un establiment o filial en un altre.”

Les cooperatives disposen d'un reconeixement exprés en el Tractat CE, que no es realitza respecte les altres entitats de l'Economia social. Tot i aquesta menció expressa (article 44.2g TCE, antic article 54.2g TCEE), és una figura que no ha

---

cuya actividad no se limite a satisfacer necesidades puramente locales puedan concebir y llevar a cabo la reorganización de sus actividades a escala comunitaria”.

<sup>1543</sup> Així en el preàmbul del R. 1435/2003, (3): “El marco jurídico aplicable a la actividad económica dentro de la Comunidad sigue basándose en gran medida en las legislaciones nacionales y no se ajusta, pues, al marco económico en que dicha actividad debe desarrollarse para lograr los objetivos enunciados en el artículo 18 del Tratado. Esta situación puede entorpecer de manera considerable las operaciones de agrupamiento entre sociedades sometidas a las legislaciones de los distintos Estados miembros”.

<sup>1544</sup> Així en el preàmbul del R. 1435/2003, (6): “La Comunidad, en su afán de respetar la igualdad de condiciones de la competencia y de contribuir a su desarrollo económico, debe dotar a las cooperativas, entidades comúnmente reconocidas en todos los Estados miembros, de instrumentos jurídicos adecuados que permitan facilitar el desarrollo de sus actividades transfronterizas. Las Naciones Unidas han instado a todos los Estados a asegurar un entorno propicio en que las cooperativas puedan participar en igualdad de condiciones con otras formas de empresa”. (Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su 88a sesión plenaria, el 19 de diciembre de 2001 (A/RES/56/114)).

<sup>1545</sup> Tenen una quota significativa en sectors com la banca, assegurances, la distribució alimentària, el farmacèutic i l'agricultura. I creixen ràpidament en els sectors dels serveis sanitaris, els serveis a empreses, l'educació i l'habitatge. *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y social europeo y al Comité de las Regiones sobre fomento de las cooperativas en Europa*, COM (2004) 18, Bruselas, 23.2.2004, pàg. 4-5 i 15-17.

estat harmonitzada progressivament a través de directives com a succeït en el dret societari. La manca d'intents d'harmonització<sup>1546</sup> ha conduït a legislar directament un ens particular, la Societat Cooperativa Europea (SCE), amb personalitat jurídica i que disposa de capacitat per exercir les seves activitats en tot el mercat interior, sense necessitat d'instal·lar filials en els diferents Estats on desenvolupa les seves activitats. Ara bé, la manca d'harmonització prèvia, fa més evidents les diferències en les regulacions nacionals en matèria de cooperatives, impregnades d'història en l'Europa del segle XIX i que encara es constaten, de manera que hi ha una connotació ètica i social que no existeix en la societat anònima europea<sup>1547</sup>. Per exemple, d'entre els considerants s'esgrimeix que el Reglament de SCE (RSCE) estableix un marc jurídic que es basa en els principis i valors cooperatius<sup>1548</sup>, fent referència a declaracions intencionals sobre el moviment corporatiu, i respectuosos amb les característiques de les cooperatives (considerants 7 i 12) i per això es considera que aquest instrument serà l'apropiat per a què les cooperatives puguin actuar transfrontererament. Alguna doctrina, després d'aquesta declaració d'intencions, critica que posteriorment en l'articulat no es reflecteixin, per una banda, els principis i valors cooperatius, i per l'altra, que els subjectes destinataris de tal normativa no siguin precisament cooperatives, donat que, qualsevol tipus de persona física, societats o entitats, poden constituir una SCE. Aquesta desnaturalització de la societat cooperativa la justifica el

---

<sup>1546</sup> Es van adoptar diverses resolucions per part del Parlament Europeu: Resolució de 13 de abril de 1983 sobre el movimiento cooperativo en la Comunidad Europea (DO C 128 de 16.5.1983, p. 51), la de 9 de julio de 1987 sobre la contribución de las cooperativas al desarrollo regional (DO C 246 de 14.9.1987, p. 94), la de 26 de mayo de 1989 sobre el papel de la mujer en las cooperativas e iniciativas locales de creación de empleo (DO C 158 de 26.6.1989, p. 380), la de 11 de febrero de 1994 sobre la contribución de las cooperativas al desarrollo regional (DO C 61 de 28.2.1994, p. 231) y la de 18 de septiembre de 1998 sobre el papel de las cooperativas en el crecimiento del empleo femenino (DO C 313 de 12.10.1998, p. 234).

<sup>1547</sup> G. PARLEANI, "Le règlement relatif à la société coopérative européenne, et la subtile articulation du droit communautaire et des droits nationaux", *Revue des Sociétés*, n. 1, 2004, pàg. 76 i 79 i ss. Per l'autor, la SCE respon a una perspectiva ambigua on conjuminen principis cooperatius, en bona part comuns a les tradicions dels diferents Estats europeus, però positivitzats en les lleis nacionals de formes molt diferents, i l'eficàcia econòmica dispar. Considera impressionant que el legislador comunitari hagi 'comunitaritzat l'ètica cooperativa', establint en l'art. 1.3 del RSCE que l'objecte principal de la SCE és satisfer les necessitats o el desenvolupament de les activitats econòmiques o socials dels membres, i que es basa en el fonament del dret cooperatiu: "la mise en commun des forces de chacun, pour le bénéfice de tous".

<sup>1548</sup> Les cooperatives no busquen maximitzar la remuneració del capital, es gestionen en interès dels seus socis, que al mateix temps són usuaris, i no els inversors externs. Els beneficis es distribueixen als socis en proporció a les seves operacions amb la cooperativa, i les reserves i actius són comuns, no distribuïbles i es dediquen a l'interès comú dels socis, però algunes, a més, consagren la seva activitat a objectius socials o medioambientals, ja sigui en interès dels seus socis o perseguint objectius comunitaris més amplis. *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y social europeo y al Comité de las Regiones sobre fomento de las cooperativas en Europa*, COM (2004) 18, Brussel·les, 23.2.2004, pàg. 4. La societat cooperativa és, en definitiva, una associació autònoma de persones que s'agrupen voluntàriament per a satisfer les seves aspiracions i necessitats econòmiques, socials i culturals comunes mitjançant una societat de propietat col·lectiva i en la que el poder s'exerceix democràticament. <<http://europa.eu>>

legislador europeu en la necessitat d'encabir qualsevol tipus corporativista dels ordenaments dels Estats membres, per això, considera que la SCE és una forma supranacional neutre, utilitzable per qualsevol subjecte, amb el contingut estatutari que permet la legislació de cada Estat membre<sup>1549</sup>.

El RSCE adopta el criteri de la seu real, a l'igual que en el RSE, tot i que deixa oberta la possibilitat que els ordenaments interns mantinguin el model de constitució i, a més, reserva al legislador comunitari la possibilitat d'utilitzar altres criteris en normes posteriors (considerant 14). Es reafirma el criteri de la seu real en l'article 6 del Reglament, el qual estableix que el domicili social ha de coincidir amb l'administració central<sup>1550</sup>. El Reglament permet el trasllat de domicili social sense necessitat de dissolució i nova constitució (art.7), així com la fusió (art. 21), amb l'excepció que l'autoritat competent de l'Estat on es troba registrada la SCE (si així ho regula expressament en el seu ordenament) s'oposi en base a raons d'interès públic<sup>1551</sup>.

Respecte la legislació aplicable a la SCE, l'art. 8 disposa que s'aplicarà:

“1. Les SCE es regiran:

a) pel disposat al present Reglament;

b) quan el present Reglament ho autoritzi expressament, per les disposicions dels estatuts de la SCE;

c) respecte de les matèries no regulades pel present Reglament o, si es tracta de matèries regulades només en part, respecte dels aspectes no coberts pel present Reglament:

i) per la legislació que adoptin els Estats membres en aplicació de mesures comunitàries que es refereixin específicament a les SCE,

---

<sup>1549</sup> R. ALFONSO SÁNCHEZ, “La Sociedad Cooperativa Europea. Un nuevo tipo social en un escenario complejo”, *Noticias de la Unión Europea*, n. 252, 2006, pàg. 31-32.

<sup>1550</sup> Artículo 6. Domicilio social: “El domicilio social de la SCE deberá estar situado dentro de la Comunidad, en el mismo Estado miembro que su administración central. Además, los Estados miembros podrán imponer a las SCE registradas en su territorio la obligación de situar la administración central y el domicilio social en el mismo lugar.” Malgrat el que disposa l'art. 6, l'art. 2.2 respecte la constitució de la SCE, admet una possibilitat d'excepció: “Els Estats membres podran disposar que una entitat jurídica que no tingui la seva administració central en la Comunitat pugui participar en la constitució d'una SCE, sempre i quan tal entitat jurídica estigui constituïda d'acord amb l'ordenament jurídic d'un Estat membre, tingui el seu domicili social en aquest mateix Estat membre i tingui una vinculació efectiva i contínua amb l'economia d'un Estat membre.” (igual que es preveu en la SE).

<sup>1551</sup> Són les clàusules de salvaguarda que també es preveuen en el RSE, que en les adaptacions internes dels Estats membres es podien introduir. Sorgeix el dubte de si el criteri d'interès públic s'ha d'interpretar com la concepció de la legislació de l'Estat nacional que s'oposa a la fusió, o el criteri comunitari. G. PARLEANI, “Le règlement relatif à la société coopérative européenne, et la subtile articulation du droit communautaire et des droits nationaux”, *Revue des Sociétés*, 1, 2004, pàg. 86.

ii) per les lleis dels Estats membres que fossin d'aplicació a una societat cooperativa constituïda d'acord amb la legislació de l'Estat membre en el qual la SCE tingui el seu domicili social,

iii) per les disposicions dels estatuts, en les mateixes condicions que regeixen per a les societats cooperatives constituïdes d'acord amb la legislació de l'Estat membre en el qual la SCE tingui el seu domicili social.

2. Si les lleis nacionals disposessin regles o restriccions específiques relacionades amb el caràcter de l'activitat que realitzi una SCE, o mecanismes de control a càrrec d'una autoritat supervisora, les esmentades lleis seran plenament aplicables a la SCE.”

No és un article fàcil, ja que estableix pluralitat de lleis aplicables, no obstant això, precisa l'ordre jeràrquic d'aplicació de les normes, confiant al Reglament la seva primacia respecte les altres (s'han comunitaritzat els mitjans de constitució (art. 2 RSCE)). Subsidiàriament, també s'aplicaran les normatives nacionals sobre cooperatives (primer les dictades especialment per la SCE i després les normes generals). Per això, l'art. 9 estableix el principi de no discriminació: “Amb subjecció a les disposicions del present Reglament, la SCE rebrà en cada Estat membre el mateix tracte que una societat cooperativa constituïda d'acord amb la legislació de l'Estat membre en el qual la SCE tingui el seu domicili social.” El segon apartat (art. 8.2) es refereix a les normes imperatives aplicable a les SCE, de manera que legitima a les legislacions nacionals que prevegin restriccions específiques respecte les activitats de la societat cooperativa, o bé, que prevegi un control administratiu.

Com succeeix en el RSE, hi ha una excessiva remissió als ordenaments jurídics nacionals<sup>1552</sup>. Aquests drets domèstics, al no haver estat harmonitzats mitjançant directives, denoten més diferències d'un ordenament a un altre, donant com a resultat tants tipus de SCE com Estats membres hi hagi a la UE. Malgrat les constants remissions a les lleis nacionals, s'espera que l'adaptació de les normes

---

<sup>1552</sup> Així, arts. 4.6, 5.3, 10.1, 11.1 i 5, 12.1, 20, 22.3, 24.1, 25.1c), 26.3, 28.1, 29.1, 30.1, 32, 77.1 i 2. Cal tenir present que el reglament exclou de la seva regulació la fiscalitat, la competència, la propietat intel·lectual o la insolvència, a aquests àmbits se'ls aplicarà les disposicions del Dret dels Estats membres i del Dret comunitari (considerant 16). El reglament no especifica les activitats que pot desenvolupar la SCE, i seran doncs les normatives nacionals que ho especificaran (de nou dispersió). També s'aplica normativa sobre les societats anònimes en determinades qüestions (considerant 18). A títol d'exemple, la SCE haurà d'estar registrada en l'Estat membre del seu domicili social, en el registre que assenyali la legislació d'aquell Estat membre de conformitat amb la legislació aplicable a les societats anònimes (art. 11.1 RSCE). Per matèries, pel que fa a la constitució de la SCE, a tenor de l'art. 7 la legislació aplicable serà, a més del disposat en el Reglament, la legislació sobre cooperatives de l'Estat en què la SCE fixi el seu domicili social. L'adquisició de la personalitat jurídica (art. 1.5 RSCE), serà per inscripció en el registre de l'Estat membre del seu domicili social (art. 18.1 RSCE). La fusió es regula en el reglament, i en el seu defecte per les disposicions aplicables a les fusions internes de societats anònimes subjectes a l'ordenament jurídic d'aquest Estat (art. 20 RSCE).

internes al Reglament i a la Directiva, tingui un ‘efecte d’harmonització indirecte i progressiu al convertir-se en referència de futures normatives’. Com estableix l’art. 78 RSCE, els Estats membres hauran d’adoptar les disposicions adequades per garantir l’aplicació efectiva del Reglament, així com, haurà de designar les autoritats competents per resoldre les distintes qüestions on es requereix la intervenció d’una autoritat<sup>1553</sup>. Malgrat que tots els Estats membres permeten la creació i el funcionament de cooperatives, en algunes legislacions estatals estan prohibides en determinats sectors. Les formes jurídiques també difereixen en els ordenaments jurídics, per això es parla d’heterogeneïtat, essent necessari definir els drets i les obligacions dels socis, dirigents i tercers. D’aquí la importància de la cooperació entre les autoritats nacionals, que en el període de tres anys havien d’adaptar la seva normativa a les prerrogatives contemplades en el Reglament i la Directiva sobre la SCE, i amb aquest fi es va fonamentar l’elaboració de ‘reglamentacions tipus’<sup>1554</sup>. En la futura revisió del Reglament (després de cinc anys de la seva entrada en vigor, art. 79 RSCE), es considera important que el Reglament estableixi normes simples i menys estrictes, i que les referències a les legislacions nacionals siguin mínimes<sup>1555</sup>.

La remissió als ordenaments nacionals i la supletorietat de tals ordenaments, en els Reglaments que institueixen la SE i la SCE, comporta diverses conseqüències que es descriuen a continuació i que es reprendran posteriorment en relació a la FE.

Les normes que determinen la llei aplicable dels Reglaments de la SE i SCE, utilitzen com a punt de connexió o vinculació al dret aplicable nacional subsidiari, el domicili social, que afortunadament defineix, fet que evitarà problemes d’interpretació. S’ha optat pel criteri de seu real, inequívoc, a partir del moment en què preveu que la societat ha de tenir el domicili en el lloc on radiqui de

---

<sup>1553</sup> Caldrà que les legislacions internes dels Estats membres adaptin les seves normes per tal d’aplicar el Reglament i la Directiva. A més, la Comissió Europea considera que és una bona oportunitat per a què les autoritats nacionals i altres parts interessades emprenguin iniciatives per a millorar la legislació sobre cooperatives i instaurar un entorn més propici per a la seva creació. *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y social europeo y al Comité de las Regiones sobre fomento de las cooperativas en Europa*, COM (2004) 18, Bruselas, 23.2.2004, pàg. 5. En aquest sentit: *Decisión 2000/819/CE del Consejo, de 20 de diciembre de 2000, relativa al Programa plurianual en favor de la empresa y el espíritu empresarial, en particular para las pequeñas y medianas empresas (PYME) (2001-2005)*, DO L 333 de 29.12.2000, p. 84.

<sup>1554</sup> *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y social europeo y al Comité de las Regiones sobre fomento de las cooperativas en Europa*, COM (2004) 18, Brusel·les, 23.2.2004, pàg. 11-12.

<sup>1555</sup> *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y social europeo y al Comité de las Regiones sobre fomento de las cooperativas en Europa*, COM (2004) 18, Brusel·les, 23.2.2004, pàg. 15. Les accions que preveu aquesta comunicació cobreixen el període 2004-2008, transcorregut aquest, s’avaluaran els avenços i l’assoliment dels objectius, i de l’avaluació resultant es faran les propostes pertinents pel futur de les cooperatives europees.



l'administració central, però hi afegeix que també ha d'estar registrada en aquest mateix Estat. Segons M. MENJUCQ, hi havia raons històriques, tècniques i polítiques per optar per aquesta regulació fonamentada amb la seu real o domicili efectiu, combinada amb el domicili estatutari<sup>1556</sup>. Això suposa, tal i com indica L. FERNÁNDEZ DEL POZO, que els ordenaments que segueixen el sistema d'incorporació hauran d'introduir una excepció a la regla general i aplicable a les SE. Aquesta adaptació, però, s'entén que només serà respecte les SE, i no afectarà al sistema conflictual dels Estats membres en matèria societària<sup>1557</sup>.

L'opció per la teoria de la seu real ha suscitat certa sorpresa donat que el TJCE opta pel criteri de la incorporació respecte la llibertat d'establiment, una de les tres possibilitats previstes en l'art. 48 TCE. Aquesta suposada 'contradicció' no suposa un problema, donat que cada regulació comunitària s'ha d'interpretar autònomament. Ja s'ha destacat que la regulació de la SE ha estat concebuda com a eina útil al servei de la realització d'operacions transfrontereres, en especial per evitar les barreres legals en les fusions i els trasllats de seu, que la llibertat d'establiment no ha pogut cobrir. Com indica V. MAGNIER, aquesta situació comportarà la concurrència, que qualifica de severa, entre les societats nacionals i les SE, no només en el territori d'un Estat, sinó en tot el territori europeu. Per l'autora, l'elecció per part del Reglament de SE per la teoria de la seu real, en sentit contrari a la interpretació del TJCE sobre la llibertat d'establiment, contribueix a col·locar a la SE en una situació de fet paradoxal i inconfortable respecte els seus homòlegs nacionals, és a dir, les societats anònimes nacionals. Resulta paradoxal que una societat que es considera transnacional i europea, la SE, estigui subjecta a regulacions més estrictes respecte la seva inscripció i situació de la seu i el centre de direcció, en contraposició a les societats anònimes nacionals, les quals, a partir de la sentència *Inspire Art*, disposen de la possibilitat d'escollir l'Estat membre en què es volen registrar, sovint l'ordenament més

---

<sup>1556</sup> Com s'ha assenyalat reiteradament, el procediment d'elaboració de la SE va ser llarg. En els seus inicis es va optar pel 'domicili efectiu' teoria dominant entre els Estats membres del moment, a més, el criteri de l'administració central era el que semblava garantir la vinculació amb la SE. Tècnicament, per evitar un conflicte de sistemes i dels diferents significats nacionals del criteri de domicili social, es decideix optar pel més estricte. Finalment, per raons polítiques, es va escollir la solució més consensual, en cas contrari, si s'hagués previst només el vincle estatutari, hauria estat inacceptable per un cert nombre d'Estats. M. MENJUCQ, "La unificación de la noción de domicilio social en Derecho internacional y en Derecho comunitario de sociedades", *Noticias de la Unión Europea*, n. 252, 2006, pàg. 106-107.

<sup>1557</sup> Es desdibuixa una certa 'neutralitat' del RSE, de manera que només estableix el model de seu real per a les SE, donant cabuda a les altres teories. Segons el mateix autor, aquesta porta oberta es motivaria en la previsió de les propostes de Directives sobre fusió transfrontereres i de trasllat internacional de societats. L. FERNÁNDEZ DEL POZO, "El traslado internacional de domicilio de la sociedad europea", *RDM*, 2003, pàg. 1498 i ss.

flexible, tot conservant la possibilitat d'establir el seu centre de direcció en un altre Estat, en el que realment exerceix la seva activitat<sup>1558</sup>.

Altres crítiques respecte la SCE serien, per exemple, les de H. DE WULF, que qualifica la SCE com una societat relativament 'rara'. D'aquestes apreciacions s'originen els dubtes sobre l'efectiva demanda per aquest tipus de societat, o de la seva utilitat. Comparant-ho amb la SE, desaprova els nombrosos reenviaments al dret nacional, i la manca de regulació dels aspectes fiscals, dos factors que poden dissuadir la seva utilització. Com a conclusió, el mateix autor consideraria més encertat els treballs i polítiques de la Comissió encaminats a la regulació d'una societat privada europea, alternativa a la SE, que seria totalment independent del dret nacional, que seria utilitzada com a filial de distribució en un cent per cent<sup>1559</sup>. En la mateixa línia, G. PARLEANI considera que la SCE no és estrictament comunitària, ja que es reenvia al dret nacional, no obstant això, afegeix que és més europea del que hom podria creure. Els reenviaments que el Reglament fa a les legislacions nacionals o als seus estatuts no són anodins, sinó que són la mostra de la constant competència entre les lleis estatals en el procés d'harmonització europeu. En el context del *shopping* entre lleis sembla ser natural, des de la perspectiva comunitària, donar a la SCE el dret d'escollir el seu lloc d'establiment, o el seu lloc de migració, en virtut de la llibertat de circulació en el mercat europeu. El mateix autor conclou que el Reglament de SCE comportarà, com ja és habitual en dret comunitari, l'evolució dels drets nacionals, ja sigui per 'contagi' o per 'capillaritat'<sup>1560</sup>. Per A. LAMBEA, no es podria parlar de dret cooperatiu europeu, ni tampoc de l'existència de normes d'harmonització en matèria de cooperatives, sinó d'una "qualificació cooperativa europea amb àmbit d'actuació europeu, que funcionarà com a element d'intersecció amb les

---

<sup>1558</sup> V. MAGNIER, "La société européenne en question", *RCrDIPr*, 2004, pàg. 582 i ss. Exposa diferents exemples F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ: no té sentit, i seria discriminatori, que una societat nacional holandesa pugui fixar la seva administració central a Dinamarca, però que això mateix no ho pugui fer una SE domiciliada als Països Baixos. Tampoc té sentit que una societat holandesa pugui desplaçar lliurement les seves oficines centrals dins de la Comunitat, però que uns SE no ho pugui fer. F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "El Reglamento de la Sociedad Europea: una primera lectura", *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, 2002, n. 217, pàg. 15-16." A. MALATESTA, adverteix la situació de *forum shopping* que s'origina en relació a les societats extracomunitàries que desitgin desenvolupar les seves activitats en territori comunitari a partir de la seva filial que serà situada en l'Estat membre més convenient (art. 5.2 Reglament SE). A. MALATESTA, "Prime osservazioni sul Regolamento CE n. 2157/2001 sulla società europea", *RDIPP*, 2002, pàg. 622.

<sup>1559</sup> H. DE WULF, "Société coopérative européenne", *Revue de Droit Commercial Belge*, 2004 (1), pàg. 88.

<sup>1560</sup> G. PARLEANI, "Le règlement relatif à la société coopérative européenne, et la subtile articulation du droit communautaire et des droits nationaux", *Revue des Sociétés*, 1, 2004, pàg. 75; 83-84; 85; 86; 92.

cooperatives d'àmbit nacional dels Estats membres, i a la qual podran accedir-hi si ho desitgen i compleixen els requisits del Reglament"<sup>1561</sup>.

L'aplicació dels dos Reglaments ha comportat necessàries modificacions legislatives en els ordenaments estatals, no només per una qüestió tècnica d'adaptació (per exemple en el registre), admetent la teoria de la seu real com a excepció en els ordenaments que segueixen la teoria de la incorporació, o bé, admetent els sistemes duals d'organització en aquelles normatives que fins el moment només contemplaven els sistemes monistes. En aquest punt es pot plantejar la repercussió d'aquestes normes europees i l'adaptació de les estatals, essent el resultat poc satisfactori. En un document d'estudi de la Comissió Europea, es valora que la creació de SE no ha estat l'esperada inicialment, poc més d'un centenar de societats anònimes europees en tres anys de vigència del Reglament, i posposa les valoracions en relació als resultats de constitució de SCE<sup>1562</sup>.

### 2.3 El Projecte retirat de Reglament de l'Estatut de l'Associació Europea

La idea de regular la figura jurídica de l'associació per part de les institucions europees és originària dels anys vuitanta<sup>1563</sup>. Però va ser l'any 1992 que es van

---

<sup>1561</sup>A. LAMBEA RUEDA, "La Sociedad Cooperativa Europea: el Reglamento 1435/2003, de 22 de julio", *RDP*, 2004, pàg. 302.

<sup>1562</sup> COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT, "Impact assessment on the Directive on the cross-border transfer of registered office", SEC (2007) 1707, Comissió Europea, Brussel·les, 12.12.2007, pàg. 12. "The main reasons for a limited interest in this form (European Company) indicated by stakeholders are: absence of a truly unified legal regime for SE, lack of harmonisation in many areas of law with respect to SE (e.g. specific requirements in the banking or insurance sectors, tax legislation), complex and long negotiation process for employee participation, lack of tax incentives. Further evaluation of the SE Statute with the aim to assess its attractiveness and propose necessary improvements will be carried out in 2008/2009 and the report will be published in 2009.(...) The European Co-operative Society, even though it may be created 'ex novo' (by 5 or more natural persons and/or 2 or more legal entities), it cannot be used by capital companies due to its principles specific for co-operatives. It is too early to provide a detailed assessment of the application of the SCE as it entered into force only in August 2006 and no single establishment of the ESC has been reported. An evaluation report on the ESC is foreseen for 2011." *Vid.* part III, cap. I, apartat 2.1.

<sup>1563</sup> Per aprofundir en els treballs previs del projecte és interessant l'estudi següent: E. ALFANDARI; M. JEANTIN, "Le projet d'association européenne", *Le Semaine Juridique*, n. 27-28 (Doctrine 3345), 1988. Per una aproximació al dret comparat de les regulacions estatals en matèria d'associacions, vegeu: A. RÖTHEL, "Le droit comparé de l'association dans les pays européens", *L'Association, Actes des 7e Journées René Savatier, Poitiers 8 et 9 juin 2001*, vol. 42, PUF, 2002, pàg. 41-56. Per una idea general de la proposta d'Estatut d'AE: A. ZOPPINI, "L'associazione europea", N. LIPARI (ed.), *Trattato di Diritto privato europeo*, 2ª ed., vol. II, CEDAM, 2003, pàg. 249-262; M<sup>a</sup>.P. GARCÍA RUBIO, "Persona jurídica sin ánimo de lucro", S. CÁMARA LAPUENTE (coord.), *Derecho privado europeo*, Colex 2003, pàg. 261-282; C. TEIJO GARCÍA, "Democracia, sociedad civil europea y asociaciones europeas: un olvidado vacío legal. Nuevas reflexiones a la luz del derecho europeo de asociación recogido en el artículo 12 de la Carta de derechos fundamentales", *XIX Jornadas de la AEPDIRI: La Unión Europea ante el siglo XXI: los retos de Niza*, Madrid, 2003, pàg. 159-170; E. ALFANDARI, "Les associations et le droit européen", *Juris Associations*, n. 270, 15 décembre 2002, pàg. 37-

presentar les tres propostes de reglament de SCE, AE i ME. En concret, la Proposta de Reglament (CEE) del Consell pel qual s'estableix l'Estatut de l'Associació Europea, i la Proposta de Directiva del Consell per la qual es completa l'Estatut de l'Associació Europea en allò que respecta als treballadors<sup>1564</sup>. Abans d'analitzar el text, mereix recordar que en l'art. 12 de la Carta dels drets fonamentals de la Unió Europea s'inclou el dret d'associació<sup>1565</sup>. Cabria la interpretació per la qual la plasmació d'aquest dret europeu d'associació enunciat a la Carta requeriria un ulterior desenvolupament legislatiu en dret derivat, com seria l'Estatut d'AE, en cas contrari, l'art. 12 de la Carta, es podria considerar com una fal·làcia. Val a dir, però, que la Carta no atribueix a la Unió cap missió ni competències noves que estiguin fora dels Tractats, ara bé, sí que es podria considerar com un deure legislatiu pendent de la Unió<sup>1566</sup>.

Com s'ha reiterat, la fundació no ha disposat en cap moment d'un projecte legal d'Estatut de Fundació, i el motiu rau en el fet que en un primer temps se l'havia inclosa en la proposta d'Estatut d'Associació. En els treballs d'estudi duts a terme per les institucions europees, sempre s'han aparellat ambdues figures, per exemple, en la *Comunicación de la Comisión sobre el Fomento del papel de las asociaciones y fundaciones en Europa*, de juny de 1997, i en el posterior dictamen del Comitè Econòmic i Social<sup>1567</sup>. El mateix succeeix en moltes legislacions nacionals, en les quals s'estudien conjuntament una i l'altre institució malgrat les diferències. Per això, la proposta d'estatut d'Associació europea incideix en matèria de fundacions, com es presenta a continuació.

---

44; S. DE SALAS MURILLO, "Notas sobre el estatuto de asociación europea", *Actualidad Civil*, n. 9, 1997, pàg. 183-201; M. REVILLARD, "Les conventions internationales relatives aux associations", *JDI*, n.º2, abril-juni 1992, pàg. 313-318;

<sup>1564</sup> COM (92) 273/1 i 2 DOCE n. C 99 de 21.4.1992, p. 1; abans: *Resolución del Parlamento Europeo sobre las asociaciones sin fines de lucro*, DOCE n. C 99 de 13.4.1987, p. 205; *Comunicación de la Comisión al Consejo*, SEC (89) 2187 final, de 18.12.1989; *Dictamen del Comité Económico y Social*, DOCE n. C 332 de 31.12.1990, p. 81.

<sup>1565</sup> Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, DO n.º C 364 de 18.12.2000. Artículo 12. Libertad de reunión y de asociación. "Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación en todos los niveles, especialmente en los ámbitos político, sindical y cívico, lo que implica el derecho de toda persona a fundar con otras sindicatos y a afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses".

<sup>1566</sup> C. TEIJO GARCÍA, "Democracia, sociedad civil europea y asociaciones europeas: un olvidado vacío legal. Nuevas reflexiones a la luz del derecho europeo de asociación recogido en el artículo 12 de la Carta de derechos fundamentales", *XIX Jornadas de la AEPDIRI: La Unión Europea ante el siglo XXI: los retos de Niza*, Madrid, 2003, pàg. 163.

<sup>1567</sup> CES: "Dictamen del Comité Económico y Social sobre la Comunicación de la Comisión sobre 'El fomento del papel de las asociaciones y fundaciones en Europa'", DOCE C95/99, 30.2.98.

### 2.3.1 Intent frustrat d'introduir les fundacions en l'EAE

Segons la Comissió Europea, l'Estatut de l'Associació Europea (EAE) satisfaria la necessitat d'un instrument jurídic per a qualsevol organització que duqués a terme activitats no comercials i de compromís social a favor de l'interès públic i sense ànim de lucre. La proposta de reglament tenia com a objectiu "permetre al conjunt de les associacions i fundacions actuar fora de les seves fronteres nacionals, en tot o en part del territori de la Comunitat"<sup>1568</sup>. En la proposta originària de 1992 (així com en la modificada) del Consell de la Regulació de l'Estatut per una Associació Europea, la fundació restava fora d'aquesta norma. Tanmateix, les fundacions eren indirectament afectades per aquest projecte en el seu art. 3.1, en què es preveia que l'associació europea podia ser constituïda per un mínim de dos entitats jurídiques. En el mateix projecte s'hi adjuntava un apèndix on s'especificava quines eren aquestes entitats legals, i s'inclouïa les fundacions a: Dinamarca; França; Alemanya; Grècia; Itàlia; Països Baixos; Portugal i Espanya. Com a equivalents d'establiments d'interès públic a Bèlgica i Luxemburg. I amb la denominació de *Charity* a Irlanda i Regne Unit<sup>1569</sup>. Per tant, dues associacions, o dues fundacions, o una associació i una fundació (o equivalent), podrien constituir una AE, deduïm que s'excloïa d'aquesta possibilitat a d'altres entitats jurídiques de l'economia social, com són les cooperatives i les mútues.

La possibilitat que dues fundacions constituïdes legalment en dos Estat membres distints poguessin crear una AE, va comportar un seguit de crítiques que no es van fer esperar. Alguns sectors recordaven insistentment que en una fundació no hi ha membres que puguin aportar 'coneixements o activitats' tal i com es definia en l'art. 1 de la proposta<sup>1570</sup>. Es considerava que la unió de dues fundacions respondria a la unió de dos patrimonis gestionats per patronats o consells

---

<sup>1568</sup> Considerant 9 de la Proposta modificada de l'EAE.

<sup>1569</sup> Crític respecte un possible projecte d'Estatut d'associació europea, P. LUXTON, assenyalava des del punt de vista del Regne Unit les diferències existents entre el que engloba *charity* i el tercer sector característic dels països continentals, així com les diferències entre els mecanismes de supervisió previstos en el sistema anglès respecte els continentals (no només en fundacions, que podria assimilar-se, sinó respecte tots els tipus de *charities*), i en definitiva, respecte la definició de *charity*. P. LUXTON, *The law of charities*, Oxford, 2001, pàg. 21-22.

<sup>1570</sup> Art. 1 Proposta de Reglament d'AE: "La AE serà una agrupació de caràcter permanent de persones físiques o jurídiques els socis de la qual posaran en comú els seus coneixements o activitats, per a un fi d'interès general o per al foment d'interessos sectorials o professionals, en els àmbits més variats".

d'administració<sup>1571</sup>, a més, tècnicament, seria una agrupació o federació de fundacions<sup>1572</sup>.

En les crítiques a la proposta de Reglament d'AE, estava latent la reclamació d'un Estatut propi per a la fundació, inquietud que es pot comprovar en la pregunta que S. GARRIGA va plantejar a la Comissió el juny de 2001<sup>1573</sup>:

“Nombroses institucions, entitats, persones físiques i jurídiques, de diferents països membres de la Unió es pregunten quan podran utilitzar un instrument jurídic similar al de les Fundacions dels Estats membres. Són diverses activitats que, sense tenir caràcter lucratiu, requereixen els esforços i voluntats de ciutadans de diversos països membres de la UE per a desenvolupar activitats amb fins altruistes i sense benefici mercantil. Per això, l'estatut de la Fundació Europea els serviria d'eina jurídica per a desenvolupar la seva tasca de mecenatge cultural, o de qualsevol altre tipus, a favor de l'interès comú i sense ànim de lucre. ¿Pot indicar la Comissió quina és la situació en què, actualment, es troba la pretensió de disposar d'un estatut de la Fundació Europea i de quina manera estima que podrà ser plenament operatiu, per als fins ressenyats, en un futur pròxim?”

La resposta del SR. LIINKANEN en nom de la Comissió, va ser clara: la fundació no disposava d'una proposta d'estatut, ja que aquestes estaven incloses entre les entitats jurídiques que podien beneficiar-se de la proposta de l'Estatut de l'Associació Europea.

La simplificació d'afegir les fundacions en la proposta de Reglament d'AE no era una solució adequada. Topava, principalment, amb l'inconvenient de la naturalesa pròpia d'ambdues figures, afins en algunes característiques, però absolutament allunyades des del punt de vista de la seva essència i que ja les ha diferenciades des del Dret romà: *universitatis personarum* – *universitas bonorum*. No reiterarem el discurs. A més, aquesta maldestre solució, deixava sense resposta a les donacions transfrontereres. Finalment, en la versió de proposta de 2002, es va deixar d'incloure les fundacions<sup>1574</sup>.

---

<sup>1571</sup> M<sup>a</sup>.P. GARCÍA RUBIO, “Persona jurídica sin ánimo de lucro”, S. CÁMARA LAPUENTE (coord.), *Derecho privado europeo*, Colex 2003, pàg. 271.

<sup>1572</sup> Tal i com afirma S. DE SALAS MURILLO, “Notas sobre el estatuto de asociación europea”, *Actualidad Civil*, n. 9, 1997, pàg. 194-195. Considerem que ha d'existir la possibilitat que fundacions de diferents Estats puguin agrupar-se en una associació reconeguda com a Europea, però caldrà ser curós en la denominació, de manera que es pugui entendre el caràcter federatiu de fundacions.

<sup>1573</sup> Pregunta escrita E-1620/01 de S. GARRIGA POLLEDO (PPE-DE) a la Comisión. Estatuto de la Fundación Europea. Diari Oficial núm. C 350 E de 11/12/2001, pàg. 0201 – 0202.

<sup>1574</sup> Va ser en la versió modificada de la proposta d'AE de 2002 en que es va deixar d'incloure les fundacions (2002-1471/02 DRS 75 SOC 563). Així es manifesta en la introducció de la Proposta d'Estatut de Fundació Europea de l'EFC, pàg. 4. “The EFC adopted in 2001 a statement to alert the Commission that the proposal for a European Association is clearly designed for associations as membership

### 2.3.2 El projecte d'associació europea

La proposta modificada d'Estatut d'Associació Europea davant de la Comissió Europea és del 1993, i la proposta de Directiva del Consell per la qual es completa l'Estatut d'Associació Europea en relació a la posició dels treballadors<sup>1575</sup>. Es preveia en l'Estatut d'AE que es crearia un ens supranacional, reservat a les associacions que complissin les condicions pertinents i que serien qualificades com a associacions europees. La importància del projecte requeia en el fet que el reconeixement d'associació europea s'estendria a cada un dels Estats membres, sense cap més formalitat complementària, de manera que la seva personalitat jurídica seria reconeguda de ple dret a tots els Estats membres, sense pretendre unificar les legislacions internes dels Estats<sup>1576</sup>.

A títol de petita mostra del que contenia la proposta d'Estatut d'Associació Europea, assenyalarem només els aspectes que es consideren més interessants en matèria de DIPr. Es preveia com a possibles membres de l'AE, les persones jurídiques que constaven en un llistat annex a la mateixa proposta. A aquestes se'ls exigia que tinguessin el seu domicili i la seva administració central, com a mínim, en dos Estats membres. Respecte les persones físiques, es requeria un mínim de set persones per constituir una AE, amb la condició que tinguessin la residència en dos Estats membres distints. S'admetia, també, la possibilitat de AE mixtes, per tant, formades per persones jurídiques i físiques.

En relació a la llei aplicable, en la proposta de Reglament no s'establia un règim jurídic únic, sinó que es feien remissions al Dret intern dels Estats membres disposant un ordre d'aplicació de fonts, a semblança del que succeeix amb la SE. L'art. 6 disposa aquest ordre: a) les disposicions del mateix Reglament; b) amb l'autorització del Reglament, per les disposicions contingudes en els estatuts de l'AE; c) supletòriament a les disposicions internes dels Estats membres i als estatuts, en les mateixes condicions que per als ens purament interns i segons la legislació de l'Estat del domicili de l'AE. El punt de connexió per determinar la

---

organisations and does not provide the opportunity for a European legal form of a foundation. In addition, it does not improve the situation of cross-border giving in Europe. In the amended version of the proposal for a Council Regulation on the Statute for a European Association, dated December 2002 (14791/02 DRS 75 SOC 563), foundations are no longer mentioned in the Preamble”.

<sup>1575</sup> Proposta modificada COM (93) 252 final – SYN 386 (93C 236/1 i 2 DOCE de 31.8.1993); Dictamen del Parlament Europeu (DO C 42 de 15.2.1993); Dictamen del Comitè Econòmic i Social (DO C 223 de 31.8.1992). <www.europa.eu>.

<sup>1576</sup> No s'admetria la discriminació de criteris en el reconeixement de les associacions estrangeres, STJCE de 29 de juny de 1999, *Comissió c. Bèlgica*, assumpte C-172/98; Bèlgica va ser condemnada pel TJCE perquè obligava en la seva norma que la majoria de membres de l'òrgan d'administració d'una associació de nacionalitat belga fossin de nacionalitat belga, es va considerar que tal disposició era contrària a la llibertat d'establiment.

lleï estatal aplicable, era el domicili de l'AE. Aquest domicili havia d'incloure's en els estatuts de l'AE, i necessàriament havia d'estar situat dins de la Comunitat, coincidint amb la seu de l'administració central (art. 4). Per tant, el legislador europeu havia optat de nou pel criteri de la seu social, de la mateixa manera que en la SE i la SCE. També es preveu una detallada i feixuga regulació sobre el canvi de domicili, destaquem positivament que el canvi de seu no comportaria ni dissolució ni la creació d'una persona jurídica nova, així s'evitarien càrregues fiscals inherents a aquestes operacions, i entre altres obligacions, caldria donar-se de baixa del registre de la seu originària, i la inscripció en el registre de la nova seu, fet que implicaria el canvi de llei aplicable (art. 5). El reconeixement de la personalitat jurídica, era constitutiva, ja que supeditava el seu reconeixement a la seva inscripció en el Registre de l'Estat membre del domicili de l'AE, s'exclourien, doncs, les associacions sense personalitat jurídica<sup>1577</sup>. La proposta preveia que l'AE hauria de tenir accés als mateixos mitjans de finançament que les associacions estatals, per tant, estaria implícit el reconeixement automàtic de les AE i el refús a les, tantes vegades practicades, discriminacions encobertes. Aquesta situació comportaria l'estudi dels sistemes de finançament o de subvencions dels Estats membres, per escollir-ne el més avantatjós per tal de situar-hi la seu social.

Les discussions sobre aquesta proposta de Reglament es van aturar durant la negociació del Reglament de SE. En el moment que es va aprovar aquest, es van reprendre els treballs, en un ambient que semblava trobar-se en un procés quasi definitiu d'aprovació, tanmateix, es va retirar el projecte per part de la Comissió el 17 de març de 2006, juntament amb la proposta d'estatut de la mutualitat europea.

#### **2.4 El Projecte retirat de Reglament de l'Estatut de la Societat Mutual Europea**

Les societats mutuels han esdevingut essencials en la prestació de serveis en el sector sanitari, en el mercat d'assegurances així com en el sector bancari o creditici. El seu pes econòmic les ha convertit en un operador més de l'economia

---

<sup>1577</sup> Estaríem d'acord en modificar la regulació, amb disposicions que poguessin incloure no només un tipus d'associació amb personalitat jurídica, sinó d'altres formes com el *trust* o les *unincorporated organisation* angleses, les 'somatia' gregues o els 'établissements d'utilité publique' belgues. Així, "...pour les buts du présent article on entend par 'association', toute société au sens du traité CE qui ne distribue pas des profits parmi ses membres et qui a la personnalité morale ou, à défaut, la capacité d'être titulaire de droits et d'obligations". A. IOAKIMIDIS, "La politique de la Communauté européenne à l'égard des associations sans but lucratif et le projet de règlement portant statut de l'association européenne", *La documentation française, Études & Documents*, n° 51, 2001, pàg. 409.



i mercat interior europeu<sup>1578</sup>. Tot i el seu caràcter societari, les mútues són empreses que es basen en valors de solidaritat i que tenen en el centre del seu sistema a l'usuari, característica que les situa com a entitats que presten serveis d'interès general.

Les regulacions sobre els diferents tipus de mutualitats en el Estats membres de la UE confecciona una amalgama de possibilitats molt ampli i difícil de classificar o etiquetar, per això, a títol de presentació exposem una definició àmplia emanada d'un document de consulta de la Direcció General de l'Empresa:

“Les mútues responen als mateixos principis que la resta d'elements de l'economia social (cooperatives i associacions<sup>1579</sup>): es tracta d'una agrupació voluntària de persones (físiques o jurídiques) amb la finalitat de satisfer les necessitats dels seus membres, i no de rentabilitzar una inversió. Aquest tipus de societats funcionen segons els principis de solidaritat entre els membres i de participació d'aquests en la gerència de l'empresa. S'inscriuen en l'àmbit del Dret privat. Els beneficis i excedents obtinguts no serveixen per remunerar una inversió; s'utilitzen per millorar els serveis ofertes als seus membres, finançar i desenvolupar l'empresa, augmentar els fons propis o, dins de certs límits, distribuir-se entre els membres seguint diversos esquemes.”<sup>1580</sup>

Aquest Reglament, però, no afectaria als règims de seguretat social dels Estats membres, ni aquells gestionats per mútues, així com tampoc afectaria a la llibertat de què disposen els Estats en confiar la gestió de la Seguretat Social a una ME.

A diferència del que succeeix amb les fundacions i associacions, i a l'igual que les cooperatives, a les mútues se les inclou en la definició europea de societats, de manera que gaudeixen de les llibertats comunitàries, essent-los també d'aplicació

---

<sup>1578</sup> Respecte la importància econòmica de les mutualitats per al mercat europeu vegeu: Comissió Europea, DG de l'Empresa, Document de Consulta: “Las mutualidades en una Europa ampliada”, 3.10.2003.

<sup>1579</sup> Subratllem que en aquesta ocasió no inclou les fundacions, tot i que en un apartat posterior proposa que en els pròxims anys s'hauria de definir la noció d'economia social i precisar els elements que la conformen així, les mútues, cooperatives, associacions i fundacions.

<sup>1580</sup> Comissió Europea, DG de l'Empresa, Document de Consulta: “Las mutualidades en una Europa ampliada”, 3.10.2003, pàg. 4-5. Són característiques comunes de les societats mutuals: l'absència de socis o accionistes ja que operen a través d'un fons d'establiment que és propietat col·lectiva i indivisible de la mutualitat; llibertat d'adhesió; finalitats no exclusivament lucratives de manera que no tenen com a objectiu principal obtenir beneficis, sinó atendre als interessos dels seus membres; solidaritat, ja que posen en comú recursos o activitats per a satisfer les necessitats de tots; democràcia; autonomia de gestió (no depenen de les subvencions públiques). Presentem una altra definició, que apareix en el portal virtual dedicat a l'Economia social de la Comissió: la mutualitat europea, com una agrupació de persones que garanteix als seus membres, mitjançant l'abonament d'una cotització, el pagament íntegre dels compromisos contractuals adquirits en el marc de les activitats autoritzades pels estatuts, en particular, previsió, assegurances, assistència sanitària o crèdit. La proposta d'Estatut distingeix entre mutualitats que es dediquen a la previsió social i aquelles mútues que exerceixen un altre tipus d'activitat (art. 1), en els debats del Consell molts Estats proposaven eliminar aquesta distinció.

algunes directives europees en matèria de societats i de serveis financers. Això no obsta, però, que les societats mutuals a la pràctica topin amb problemes a l'hora de desenvolupar activitats a escala europea. Com que no existeix una regulació específica en matèria de mútues, aquestes utilitzen els mecanismes existents per actuar extraterritorialment o en col·laboració amb altres mútues dins del territori europeu. Així, per exemple, a través de l'Agrupació Europea d'Interès Econòmic (AEIE)<sup>1581</sup>, o bé, creant filials segons el model de la societat de capital. Des de les mateixes organitzacions de mutualitats es sol·licita des de fa anys una regulació pròpia per aquest tipus de societat, i advoquen per l'aprovació d'un Estatut de Societat Mutual Europea, ja que consideren que facilitaria el desenvolupament de les seves activitats transfrontereres en la UE<sup>1582</sup>.

L'octubre de 2003 la Comissió va llançar una consulta sobre 'Les mutualitats en una Europa ampliada'<sup>1583</sup>. Ressaltem algunes conclusions obtingudes de les respostes: la majoria d'obstacles a la creació de mútues són de caràcter legal i administratiu; s'aprecia, en general, com a necessària l'aprovació d'un Estatut de Societat Mutual Europea perquè implicaria un reconeixement formal a nivell europeu i facilitaria les activitats transfrontereres<sup>1584</sup>. Recordem que el Reglament no substituiria la normativa legal dels diferents Estats membres, sinó que és configuraria com una opció, per tant, el seu ús seria facultatiu. La norma

---

<sup>1581</sup> Exemple: el 1990 es va crear 'Euresa', una AEIE que agrupava a cinc societats mútues d'assegurances de quatre Estats membres, una cooperativa d'assegurances i una societat anònima propietat de diversos moviments de l'economia social (actualment en són deu). Aquesta agrupació persegueix dos objectius: per una banda, compartir i potenciar els recursos i coneixements dels membres amb el fi de crear serveis i productes comuns i, per altra, ser un instrument que permeti als membres desenvolupar les seves activitats en tot Europa, <[www.euresa.org](http://www.euresa.org)>. Comissió Europea, DG de l'Empresa, Document de Consulta: "Las mutualidades en una Europa ampliada", 3.10.2003, pàg. 16. En els considerants de la proposta modificada de Reglament de ME, assenyalava que si bé les societats mutuals podien usar la forma de l'AEIE per fomentar determinats sectors d'activitat de manera conjunta preservant la seva autonomia, no satisfia les exigències específiques de la vida mutualista.

<sup>1582</sup> Com a exemple de la utilitat d'una ME es fa referència al sector dels transportistes per carretera que efectuen trajectes per tot Europa. Es podria constituir una ME per defensar davant dels tribunals els seus usuaris, en cas d'accident, assumint les despeses de defensa, amb independència del país de celebració del procés, i de l'Estat d'origen del camioner. Comissió Europea, DG de l'Empresa, Document de Consulta: "Las mutualidades en una Europa ampliada", 3.10.2003, pàg. 17.

<sup>1583</sup> Es pot consultar l'enquesta i les vint-i-vuit respostes rebudes, així com el resum de les respostes, a la secció de 'Social Economy', de la Comissió Europea en l'apartat d'*Enterprise*: <[www.europa.eu](http://www.europa.eu)> També s'hi pot trobar l'interessant estudi de dret comparat en matèria de mútues: *Legislation regarding mutuals in member states* (draft of 03/10/03).

<sup>1584</sup> Així s'exposa en un dels considerants de la proposta de Reglament: "Considerando, pues, que la Comunidad, en su afán de respetar la igualdad de condiciones de competencia y de contribuir al desarrollo económico, debe dotar a las mutualidades, entidades comunmente reconocidas en la mayoría de Estados miembros, de un instrumento jurídico adecuado que permita facilitar el desarrollo de sus actividades transnacionales."

comunitària no pretendria uniformar el dret en matèria de mútues, tot i que indirectament, comportaria un efecte harmonitzador.

Les normes bàsiques contingudes en el projecte de ME són les mateixes que en els altres Estatuts, amb petites diferències atribuïbles a les seves pròpies característiques, com per exemple, l'exigència d'un fons de 100.000 euros. Amb la intenció de no ser exhaustius, i per allò que ens interessa, exposem el contingut d'algunes disposicions: la ME gaudiria de personalitat jurídica a partir del moment de la seva inscripció en el registre del seu domicili; aquest domicili coincidiria amb el lloc de la seva administració central. La ME estaria subjecte a la legislació de l'Estat del seu domicili en relació a la seva formulació, control i publicitat dels comptes anuals i comptes consolidats<sup>1585</sup>; estarien formades per una o més entitats legals previstes en un annex, o per cinc-centes persones físiques residents en com a mínim dos Estats membres en que la ME desenvolupés el seu servei; la gestió de la ME podria optar entre el sistema dual o monista, i respecte la llei aplicable (art. 7) seguiria el mateix esquema que la SE.

Aquest Reglament comportaria necessàriament l'adaptació de les normatives estatals per tal de proporcionar un previsió legal eficient a la instal·lació, constitució o canvi de seu d'una ME. En aquest procés d'adaptació el legislador estatal disposaria de certa capacitat de decisió, per exemple, respecte el canvi de domicili en què l'autoritat s'hi pot oposar per raons d'interès públic<sup>1586</sup>; o que, l'autoritat de l'Estat on radicaria el domicili podria determinar quin tipus d'estructura regiria, si monista o dual<sup>1587</sup>. Un cop més, la majoria de disposicions són exactament iguals que en la SE, la SCE, i la proposta d'AE, tret de les qüestions característiques de les mutualitats.

---

<sup>1585</sup> Respecte els comptes, els Estats membres tenen la normativa harmonitzada a través de les directives: Quarta Directiva 78/660/CEE del Consejo sobre cuentas anuales; Séptima Directiva 83/349/CEE del Consejo; Octava Directiva 84/253/CEE del Consejo sobre la autorización a las personas encargada del control legal de documentos contables. <[www.europa.eu](http://www.europa.eu)>.

<sup>1586</sup> Art. 10.6 Proposta ME: "La legislación de un Estado miembro podrá prever, en lo que se refiere a las ME inscritas en su territorio, que en un cambio de domicilio, del que resultara un cambio de la legislación aplicable, no surta efecto si, en el plazo de dos meses a que se refiere el apartado 3, una autoridad competente de dicho Estado se opone al mismo. Dicha oposición sólo podrá fundamentarse en razones de interés público y será recurrible ante una autoridad judicial".

<sup>1587</sup> Art. 26 Proposta ME: "En las condiciones previstas en el presente Reglamento, los estatutos de la ME determinarán la estructura de la ME, bien con arreglo a un sistema dual (órgano de dirección y órgano de vigilancia), o bien con arreglo a un sistema monista (órgano de administración). No obstante, los Estados miembros podrán imponer uno u otro sistema a las ME con domicilio en su territorio".

Malgrat que es van reprendre els treballs en el projecte de regulació europea de ME a partir de 2003<sup>1588</sup>, ja s'ha anunciat que la Comissió va retirar les propostes de reglaments de ME i AE pel març de 2006.

---

<sup>1588</sup> El projecte de ME estava tant assumit que fins i tot la premsa feien ressò de la immediatesa de la seva aprovació, p.ex. en el titular de *Cinco Días*, “La UE última una norma que potencia la creación de mutuas europeas. Reglamento. La CE quiere acabar con el limbo legal en que viven estas sociedades”, de 21 de novembre de 2003. Així mateix succeïa, deu anys enrera, en una nota jurídica de l'any 1991, en què es presentava com imminent l'estudi i aprovació dels projectes d'associació, mútues i cooperatives europees: N. FONTAINE, “L'association européenne se prépare”, *Juris Associations*, 59, 1991, pàg. 11-12.

### CAPÍTOL III

## PROPOSTES DE REGLAMENT EUROPEU D'ESTATUT DE FUNDACIÓ EUROPEA

Obres doctrinals dedicades a l'estudi jurídic de les fundacions en el context europeu i, en concret, sobre una possible fundació europea, són escasses<sup>1589</sup>. No passa desapercebut, però, que en les darreres publicacions de diferents països en matèria de fundacions, es comença a incloure un apartat sobre les fundacions a Europa, i la seva possible regulació a través d'un Reglament o, si més no, es planteja la seva subjecció o no a les llibertats comunitàries. Considerem significativa aquesta inclusió, que si bé és tímida, mostra la incipient preocupació per aquesta matèria (fins al moment reservada en exclusiva als estudis emesos per les pròpies fundacions) pels sectors acadèmics<sup>1590</sup>. A continuació, es passa a comprovar si les institucions europees han iniciat o no a mostrar interès per una possible regulació europea que institueixi un Estatut de Fundació Europea.

### 1. ANTECEDENTS I CONTEXT

En l'actual procés de regulació o propostes de reglaments europeus en relació als ens components de l'Economia social, comprovem, un cop més, que manca un projecte oficial europeu d'Estatut de Fundació Europea. Mereix fer coneixedor al lector, però, que la inquietud per regular la fundació europea va iniciar-se a finals dels setanta, primer mitjançant un reglament europeu i, posteriorment, a través d'un tractat internacional que finalment no va aconseguir ser ratificat. Amb una resolució de 15 de març de 1978 s'inicia la proposta per la creació d'una fundació europea per a la mobilització de l'opinió pública d'Europa. Propulsor d'aquest

---

<sup>1589</sup> Destaquem: K.J. HOPT; W.R. WALZ; T. VON HIPPEL; V. THEN (eds.), *The European Foundation. A New Legal Approach*, Verlag Bertelsmann Stiftung, Gütersloh, 2006; A. SCHLÜTER; V. THEN; P. WALKENHORST (eds.), *Foundations in Europe. Society, Management and Law*, London, 2001; F. HONDIUS, "A Panorama of Trends and Developments of foundation Law in Europe", K.J. HOPT; D. REUTER (Ed), *Stiftungsrecht in Europa*, Carl Heymanns Verlag KG Köln, 2001, pàg. 573-592; E. ALFANDARI, *Associations et fondations en Europe*, Lyon-Paris, 1994; Y. GAMARRA, *Fundaciones y asociaciones no lucrativas en el marco de la Comunidad Europea*, Zaragoza, 1992; J. CARBERY, "La fondation européenne", *Revue du Marche Commun*, n. 283, 1985, pàg. 45-48.

<sup>1590</sup> Entre d'altres: M. GARDEÑES SANTIAGO, "Capítulo 22: Las fundaciones en el contexto internacional", BENEYTO PÉREZ, J.M. (dir.), *Tratado de Fundaciones*, Bosch, 2007, vol. II, pàg. 1200-1205; M.E. DI GIANDOMENICO; D. FESTA, *Consortzi, fondazioni e trust*, Maggioli Ed., 2005, pàg. 263-266; O. BINDER, *Guide juridique et fiscal du mécénat et des fondations à l'usage des entreprises et des entrepreneurs*, (3ed), 2005, Paris, pàg. 202; G. BENACCHIO, *Diritto privato della Comunità Europea*, CEDAM, (3ª ed.), 2004, pàg. 211; M. A. CABRA DE LUNA; B. FRAGUAS GARRIDO, *¿Qué son y qué quieren ser las fundaciones españolas? Una aproximación a sus roles y su futuro en el marco europeo*, Vodafone, 2004; M. GARDEÑES SANTIAGO, *Las fundaciones en derecho internacional privado español*, Madrid, Eurolex, 2003, pàg. 220-225; R. DE LORENZO, *El nuevo derecho de fundaciones*, Madrid, 1993, pàg. 201-246.

projecte fou LÉO TINDELMANS (primer ministre belga de l'època), que considerava necessari un instrument que promocionés el procés de desenvolupament de la Comunitat cap a la Unió Europea. La fundació proposada havia de ser una eina per fomentar la *'identité européenne'*. La idea inicial era que, en base l'art. 235 del TCEE, s'aprovés un reglament comunitari sobre fundació europea. Aquesta Fundació Europea estaria sotmesa a la llei d'un Estat membre i, segons J. CARBERY, el criteri per escollir l'Estat de la seu es basaria en la cerca de la legislació més favorable per a que els capitals privats provinguts del país de la futura seu de la fundació poguessin concedir les condicions més avantatjoses i les més favorables a la fundació. Però aquesta opció exigiria, a més, que els actes legislatius nacionals fossin aprovats en els altres Estats membres, per tal que les contribucions privades provinents d'aquests poguessin gaudir del mateix tracte garantit per la legislació més favorable del país de la seu de la fundació<sup>1591</sup>. Finalment, però, s'optà per regular una organització intergovernamental establerta per tractat internacional "Acord establint una Fundació Europea", firmat el 29 de març de 1982, que no es va arribar a ratificar<sup>1592</sup>.

La següent opció legislativa va ser, com s'ha exposat, incloure les fundacions en el projecte de Reglament instituint l'Estatut de l'Associació Europea. A finals dels noranta, la Comissió, a través d'un informe que encoratja als Estats membres a fomentar les associacions i les fundacions a Europa, incideix especialment en la importància econòmica i social de les fundacions<sup>1593</sup>. Va ser en aquest context, quan el Grup d'Experts sobre *Company Law* de l'àrea del Mercat Interior, elabora el "Pla d'acció per modernitzar el Dret de Societats", introduint entre els tipus de societats supranacional la figura de la fundació. Aquesta novetat venia condicionada per les crítiques que havien sorgit respecte la inclusió de les fundacions en el Projecte d'AE. Es creia convenient incloure en l'enquesta una qüestió sobre el paper i la importància que suposaria regular les fundacions en el si de la UE<sup>1594</sup>. El resultat obtingut va suposar el compromís de realitzar un

---

<sup>1591</sup> J. CARBERY, "La Fondation Européenne", *Revue du Marché Commun*, n. 283, 1985, pàg. 46.

<sup>1592</sup> Y. GAMARRA, *Fundaciones y asociaciones no lucrativas en el marco de la Comunidad Europea*, Zaragoza, 1992, pàg. 52-53.

<sup>1593</sup> *Comunicación de la Comisión sobre el Fomento del papel de las asociaciones y fundaciones en Europa*, junio 1997. COM (97) 241 final.

<sup>1594</sup> En el resum de les respostes a l'enquesta (maig de 2003), en l'apartat dedicat a la Societat Cooperativa i altres formes jurídiques d'empresa, en relació a l'elaboració d'una proposta sobre Fundació Europea, algunes respostes van considerar inútil adoptar altres formes jurídiques de societats europees. Per contra, altres opinions consideraven que el fet de dotar la fundació d'una forma jurídica europea facilitaria les operacions transnacionals, i aportaria un nou instrument de cooperació voluntària entre diferents tipus de fundacions. En general es trobava correcte efectuar un estudi sobre la viabilitat d'aquesta regulació. *Synthèse des réactions à la communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen «Modernisation du droit*

estudi sobre la viabilitat d'un Estatut de Fundació Europea, sense tenir, però, la consideració de prioritari. Es comprova tal compromís en la Comunicació de la Comissió al Consell i al Parlament Europeu sobre: “*Modernización del Derecho de sociedades y mejora de la gobernanza empresarial en la Unión Europea - Un plan para avanzar*”:

“En relació a la possible elaboració d'una proposta de Reglament sobre la Fundació Europea, la Comissió té intenció, abans de decidir la presentació de l'esmentada proposta, d'iniciar un estudi destinat a apreciar, de manera profunda, la viabilitat d'aquest estatut. Aquesta avaluació haurà de tenir en compte el que s'ha après de l'adopció i aplicació dels altres estatuts europeus. Cal preveure-ho, per tant, a mitjà termini.”<sup>1595</sup>

Aquest pla d'actuació de 2003, però, es va estroncar a causa de la manca de transparència de les activitats realitzades fins al moment, en un context d'escàndols de gestió d'empreses d'inicis del segle XXI, que va conduir a la Comissió a prendre la decisió d'interrompre la seva execució i revisar el Pla d'acció. Abans de continuar amb el pla, es va considerar necessari recuperar la confiança dels inversors, reformar i reforçar la normativa respecte la ‘governance’ de les societats<sup>1596</sup>. A aquesta interrupció, s'hi afegix la velocitat en què canvien les necessitats del mercat interior i l'ampliació d'Estats membres de la UE. La suma de factors va comportar el llançament d'una altra enquesta pel desembre de 2005 sobre les futures prioritats del ‘*Action Plan on Company Law and Corporate Governance*’. La consulta tenia com a finalitat aclarir i avaluar els objectius generals i les prioritats futures; la pertinència de mesures a mitjà i llarg termini a tenor de l'agenda de Lisboa; i la importància de modernitzar i simplificar el dret europeu de societats, a tenor de la iniciativa de ‘legislar millor’.

De nou, l'enquesta incloïa una qüestió sobre la necessitat d'un estudi per a la viabilitat o necessitat d'un Reglament d'Estatut de Fundació europea, (pregunta

---

*des sociétés et renforcement du gouvernement d'entreprise dans l'Union européenne – Un plan pour avancer» (mai 2003) Document des services de la direction générale du marché intérieur 15 novembre 2003.*

<sup>1595</sup> La DG del Mercat interior en el marc de: “A Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe: A Consultative Document of the High Level Group of Company Law Experts”, COM (2003) 284 final, Brussel·les, 21.5.2003. S'establia en el quadre de l'Annex 1 del mateix document, els terminis de les accions legislatives o d'estudi, que a mig termini (2006-2008) s'efectuarien, i en concret es preveia la realització d'un estudi per avaluar la necessitat de crear altres formes legals en la UE, com seria la Fundació Europea.

<sup>1596</sup> Per una aproximació ràpida, però completa, del Pla d'acció sobre el Dret de societats, formulat per la Comissió el 2003 i que es fonamenta amb *l'Informe Winter*, vegeu: J.M. EMBID IRUJO, “Aproximación al Derecho de sociedades de la Unión Europea: de las Directivas al Plan de Acción”, *Noticias de la Unión Europea*, n. 252, 2006, pàg. 5-15. Per suplir la crisi i recuperar la confiança dels inversors, es van dur a terme durant la primera fase del pla d'acció (2003-2005) la promoció de bones pràctiques de direcció, i es va crear el *European Corporate Governance Forum*, 2004 (ECGF), així com, propostes de directives en matèria comptable.

13)<sup>1597</sup>. Respecte les respostes rebudes per la Comissió<sup>1598</sup>, s'adverteix la pressió exercida pel *lobby* fundacional, en concret, pel CENTRE EUROPEU DE FUNDACIONS (EFC), que incideix en la necessitat de la realització de l'estudi en el termini de temps més breu possible<sup>1599</sup>. Abans dels resultats oficials de l'enquesta, la Sra. N. BERGER de la *DG Internal Market & Services*<sup>1600</sup>, sense respondre directament si s'inclouria o no l'estudi sobre un futur reglament sobre fundacions europees, va ponderar de forma genèrica les respostes rebudes en relació a aquesta matèria. Si bé les respostes provinents de fundacions coincidien en la necessitat d'elaborar aquest estudi, fora del sector fundacional, les respostes eren ambigües i, en general, escèptiques respecte la necessitat d'aital estudi, ja que no es considerava necessari o, si més no, poc prioritari un Estatut de Fundació Europea. Per tant, des del punt de vista de la Comissió Europea, malgrat que les fundacions són entitats que interessin a la UE, es consideraria prematur un Estatut de Fundació Europea, i per això caldrà esperar i comprovar si s'inclourà o no l'estudi de viabilitat de l'Estatut de Fundació Europea en el nou Pla d'Acció. S'adverteix que la prioritat recau en la Societat Privada Europea i, també, en la Directiva sobre la transferència de seu de les societats<sup>1601</sup>.

---

<sup>1597</sup> Directorate General for Internal Market and Services Consultation on "Future priorities for the action plan on modernising company law and enhancing corporate governance in the european union", desembre 2005, en el capítol 3.7 referit a les Cooperatives i altres formes d'empresa qüestionava sobre les fundacions: "a) Do you think there is a need for a specific regulation of the European Foundation? b) Do you think that national rules of Member States relating to foundations should be harmonised to some extent (as for other forms of enterprise)?".

<sup>1598</sup> Es va concloure l'enquesta el mes de març de 2006, amb la recepció de 266 respostes, provinents de països de la UE i de tercers Estats. Es pot consultar en: *Directorate General for Internal Market and Services: Consultation and hearing on future priorities for the Action Plan on modernising Company Law and enhancing corporate governance in the European Union*, 2006.

<sup>1599</sup> La sra. N. BERGER, DG Internal Market & Services, Directorate for Company Law, European Commission, va participar en el seminari "Towards a European Framework for Public Benefit Foundations" (ERA-EFC; Brussel·les, 14/9/2006), on va exposar les dades quantitatives de les respostes rebudes de l'enquesta, i va destacar que de les 266 respostes rebudes, sorprenentment 78 provenien de fundacions. L'apreciació es va acompanyar d'afalacs a un *lobby* fort i organitzat que actuava com a tal pressionant a la Comissió per tal que aquesta actués a tenor dels interessos d'aquest grup, però no es va estar d'afegir, amb cert to de retret, que la gran majoria de les respostes responien a un '*model letter*' que en ocasions no s'havien pres la molèstia d'esborrar les instruccions de com trametre'l.

<sup>1600</sup> La Sra. N. BERGER és adjunta del cap d'unitat d'elaboració i coordinació de la política de mercat interior, DG Internal Market & Services, Directorate for Company Law. En la seva intervenció intitulada: "How does a European Legal Form for Foundations fit into Future Priorities of the European Commission on Company Law?", en el seminari: "Towards a European Framework for Public Benefit Foundations" (ERA-EFC; Brussel·les, 14/9/2006), no publicat.

<sup>1601</sup> Vegeu també: 'Hearing on future priorities for the Action Plan on Company Law and Corporate Governance - 3 May 2006, Brussels', *Single Market News*, n° 42, July 2006; Summary report: *Consultation and hearing on future priorities for the Action Plan on modernising Company Law and enhancing Corporate Governance in the European Union*, Brussel·les 3.5.2006. Informació: <[http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/company/index_en.htm)>. Juntament amb aquestes matèries, i en



## 1.1 El Centre Europeu de Fundacions (EFC)

Mereix descriure, concisament, el paper fonamental de “*European Foundation Centre*” (EFC) en el desenvolupament normatiu de les fundacions en el marc europeu. Aquesta associació es va constituir el 1989 per part de set grans fundacions europees, per servir de plataforma d’intercanvi d’experiències i de desenvolupament de projectes comuns, amb la finalitat de consolidar el seu treball i cooperació a nivell europeu i mundial<sup>1602</sup>. Des del Centre Europeu de Fundacions, s’han realitzat nombrosos estudis jurídics, sociològics i comparatius al llarg dels darrers anys. Destaquem: el recent anàlisi comparatiu “*Foundations’ Legal and Fiscal Environments, Mapping the European Union of 27*” (2007); “*Principles of Accountability for International Philanthropy, An Aspirational Tool for International Donors*”, (2007); “*Principles of Good Practice*” (2007) en el qual s’estableixen els principis i els procediments que han de respectar les fundacions independents per tal d’aconseguir una utilització eficaç de recursos i elevar el grau de responsabilitat, no només respecte al públic en general i als beneficiaris dels ajuts i a les autoritats reguladores, sinó també dins de la pròpia missió i objectius de cada fundació en particular<sup>1603</sup>; “*Model Law for Public Benefit Foundations*” (2003)<sup>1604</sup>.

La més gran ambició, però, rau en l’aprovació d’un Estatut de Fundació Europea i, per això, n’han redactat un esborrany de proposta de reglament. Els treballs es van iniciar l’any 2001, amb l’estudi comparatiu de la regulació jurídica i fiscal de les fundacions als diferents Estats Membres, que va donar com a resultat els

---

el context de ‘Better Regulation’, una altra de les prioritats és simplificar les normes de la UE en dret societari sobre comptabilitat i auditoria.

<sup>1602</sup> És una associació sense afany de lucre i independent que es regeix per la llei belga, on hi té la seva seu. Actualment consta de més de 200 membres associats i subscriptors; 350 comunitats filantròpiques; i manté contacte amb aproximadament 50.000 organitzacions; destacar que les fundacions associades són de grans dimensions. Es pot consultar els seus membres en el web de l’EFC <[www.efc.be](http://www.efc.be)>. En l’estudi M.A. CABRA DE LUNA; B. FRAGUAS GARRIDO, *¿Qué son y qué quieren ser las fundaciones españolas? Una aproximación a sus roles y su futuro en el marco europeo*, Vodafone, 2004, pàg. 52, es palesa que les fundacions espanyoles entrevistades coneixen l’associació i la tasca que desenvolupa l’EFC. En la majoria dels casos es considera com un *lobby* en àmbit europeu, que coordina, informa i lidera corrents de treball. Malgrat això, hi ha opinions que consideren que té un escàs paper pràctic. En el mateix estudi realitzat al Regne Unit, només les grans fundacions, amb alguna excepció, coneixen de l’existència del EFC, tot i que no hi mantenen vincles. Per altra banda, les fundacions de dimensions reduïdes, consideren que les possibles iniciatives europees les marginarien. D. LEAT, “United Kingdom”, H.K. ANHEIER; S. DALY (eds.), *The Politics of Foundations*, Routledge, 2007, pàg. 110-111.

<sup>1603</sup> Hi ha hagut diverses versions, la darrera de 2007. Aquest codi de les bones pràctiques és un document facultatiu. En relació al seu coneixement per part de les fundacions espanyoles, el 83% dels enquestats no coneix aquest codi, i els que sí que el coneixen, no hi estan familiaritzats. M. A. CABRA DE LUNA; B. FRAGUAS GARRIDO, *¿Qué son y qué quieren ser las fundaciones españolas? Una aproximación a sus roles y su futuro en el marco europeo*, Vodafone, 2004, pàg. 51.

<sup>1604</sup> Es poden trobar aquests documents: <[www.efc.be](http://www.efc.be)>.

“Principis jurídics i fiscals fonamentals”<sup>1605</sup>. Posteriorment, va elaborar entre el 2002 i el 2003, una proposta de “Llei tipus de les fundacions d'utilitat pública”<sup>1606</sup>. En l'Assemblea General dels membres de l'EFC de primer de juny de 2004, es va examinar la proposta de reglament i es va distribuir entre els quatre-cents participants. En el transcurs de la Conferència sobre Economia Social Europea celebrada a Cracòvia, l'octubre de 2004<sup>1607</sup>, el Centre Europeu de Fundacions va presentar una proposta d'Estatut de Fundació Europea, que mesos després es publica com: “*Proposition de règlement portant statut de la fondation européenne*”, EFC, Brussel·les, gener 2005<sup>1608</sup>. Destaquem, també, la celebració a Brussel·les d'una conferència de treball, organitzada per l'EFC i l'ERA (*Academy of European Law*) amb el suport de la Unió Europea, intitulada “*Towards a European Framework for Public Benefit Foundations*” (2006)<sup>1609</sup>. Pel setembre de 2007, es va constituir l'*Advocacy Task Force*, amb la finalitat principal d'actuar com a interlocutor amb les institucions europees, en concret, respecte l'elaboració d'un Estatut de Fundació Europea<sup>1610</sup>.

## 1.2 Argumentació a favor d'una fundació europea: finalitat i utilitat

La finalitat principal d'un possible Estatut de Fundació Europea (FE) seria la de crear un ens propi europeu, supranacional, que facilités l'activitat fundacional arreu d'Europa, incrementant el nombre de fundacions que cooperessin

---

<sup>1605</sup> *Fundamental Legal and Fiscal Principles for Public Benefit Foundations*, en: EFC, Foundations for Europe. Rethinking Our Legal and Fiscal Environments, 2003, <www.efc.be>.

<sup>1606</sup> *Model Law for public benefit foundations in Europe*, en: EFC, Foundations for Europe. Rethinking Our Legal and Fiscal Environments, 2003, <www.efc.be>.

<sup>1607</sup> European Social Economy Conference, “Social Entrepreneurship and Economic Efficiency”, Krakow, Poland, 28th – 29th 2004. Consultar: <www.krakow2004.coop>.

<sup>1608</sup> Aquest text va ser debatut en la conferència celebrada a Cracòvia amb representants de la Comissió Europea. Disponible també en anglès, <www.efc.be/projects/eu/legal/default.asp>.

<sup>1609</sup> La majoria de participants eren gestors o assessor de fundacions, també advocats d'importantes firmes, i entre els conferenciants hi havia alguns acadèmics. Del seminari se'n va desprendre la necessitat d'una normativa europea que facilités les activitats transfrontereres de les fundacions i, sobretot, alguna mesura que permetés beneficiar-se dels avantatges fiscals en les donacions transfrontereres. Es discutí i afirmà la inclusió de les donacions fundacionals dins de la llibertat de circulació de capitals, com també la llibertat d'establiment per a les fundacions que desenvolupessin activitats econòmiques. Les propostes de reglament europeu van ser exposades a grans trets, però no van provocar excessiu entusiasme, probablement, per la intervenció de la representant de la Comissió Europea, que va relegar la FE com un projecte a llarg termini. “Towards a European Framework for Public Benefit Foundations” (ERA-EFC (206D22); Brussel·les, 14/9/2006).

<sup>1610</sup> “The Advocacy Task Force focuses on a few areas of actions which aim to help: Implement EFC proposals and decisions in relation to EU initiatives - The key priority in this respect is the European Foundation Statute; Advance the dossiers of interest at EU level identified by the EFC Governing Council and Committees (i.e. the tax treatment of cross-border donations, the prevention of terrorist financing, better understanding of public benefit foundations in EU circles); Identify areas of relevance and opportunities for foundations at EU level with a view to promoting the sector and advancing its role in European strategies and proposals.” <www.efc.be>.

transnacionalment, agilitant i afavorint les aportacions dineràries o patrimonials intraeuropees<sup>1611</sup>. Donades les dificultats que enclouria l'harmonització d'ordenaments jurídics tan antagònics, tal i com exposàvem en la primera part, i que en cap cas s'han propiciat des de les institucions europees, comporta considerar com el camí més apropiat la regulació d'un tipus propi de fundació comunitària<sup>1612</sup>.

Donat que, de moment, no es reconeixen a les fundacions que desenvolupen activitats econòmiques el gaudiment de les llibertats comunitàries, per l'exclusió de l'art. 48 TCE, es corrobora, un cop més, la necessitat de preveure una alternativa a aquestes institucions que formen part del mercat interior i de l'Europa dels ciutadans. Considerem, a priori, que la solució més òptima seria incloure a les fundacions com un actor més del mercat interior i que, per tant, poguessin gaudir de les llibertats comunitàries, tal i com s'inicia a deduir de la jurisprudència del TJCE. Tanmateix, aquest posicionament del Tribunal de Justícia hauria d'acabar de confirmar-se, com a mínim, respecte la llibertat d'establiment i de lliure circulació de capitals per a les fundacions que desenvolupen activitats econòmiques. Val a dir, però, que malgrat el TJCE consolidés la jurisprudència recent i determinés que fossin d'aplicació les llibertats comunitàries a les fundacions o a un tipus d'aquestes, es planteja el dubte, arrel de l'experiència en l'àmbit societari, que aquesta seria una autèntica garantia a l'efectiva circulació de fundacions nacionals arreu dels Estats membres. En aquest context, la resposta a la necessitat de les fundacions es desdibuixa en un Reglament d'Estatut de Fundació Europea, a semblança de la Societat Europea i la Societat Cooperativa Europea.

---

<sup>1611</sup> *Newsletter of the European Foundation Centre Secretariat*, n°1/2005, pàg. 2.

<sup>1612</sup> "In the light of these fundamental, historically developed differences, it is obvious that harmonization of the national foundation laws is not a desirable solution. (...)" K.J. HOPT; W.R. WALZ; T. VON HIPPEL; V. THEN (eds.), *The European Foundation. A New Legal Approach*, Verlag Bertelsmann Stiftung, Gütersloh, 2006, pàg. 46. Part de la doctrina acadèmica i pràctica italiana, després de descriure el complicat i variat esquema tipològic de les fundacions italianes, veuen en la 'fundació europea' una eina útil per harmonitzar el dret fundacional dels diferents països. "Costituire nel suo nucleo essenziale questo 'diritto comune' è operazione necessaria al fine di realizzare la figura di 'fondazione europea' o di diritto comunitario che è da tempo allo studio e che si auspica venga messo al più presto nell'agenda del sistema istituzionale dell'Unione Europea. Il necessario confronto delle esperienze giuridiche che è, metodologicamente, un presupposto di questo lavoro costruttivo sul piano del diritto europeo spinge alla messa a punto del nucleo centrale del diritto nazionale delle fondazioni. Conseguire il risultato di dar vita alla 'fondazione europea' significa dare non lieve apporto alla creazione di quel tessuto connettivo europeo, all'insegna del principio di sussidiarietà, che sarà il test più vero della solidità della costruzione europea. Seppure sarà opportuno un certo grado di armonizzazione delle legislazioni, la definizione di una figura di fondazione europea, come possibile scelta dei futuri fondatori, può costituire un passo di grande rilievo storico." V.A., *Le Fondazioni in Italia Libro bianco*, Consiglio italiano per le Scienze Sociali, Roma, 2002, pàg. 54-55.

Ara bé, sobre aquesta proposta sorgeixen inevitablement varies qüestions: n'hi ha demanda? Quin seria l'àmbit d'actuació? No n'hi ha prou amb els acords de col·laboració puntuals? Seria eficient una FE? Quina seria l'acollida per part de la ciutadania europea? En definitiva, cal una FE?

Per tal de provar de respondre a aquestes qüestions, s'ha optat per unificar diferents argumentacions esgrimides a favor d'un Estatut de Fundació Europea que a grans trets serien les següents<sup>1613</sup>:

a) **Millorar les activitats transfrontereres de les fundacions:** la pràctica demostra que les fundacions necessiten superar un seguit d'entrebancs jurídic-administratius (de dret civil, administratiu i fiscals) quan pretenen actuar fora de les seves fronteres amb cooperació amb una altra fundació, o quan volen instal·lar-se en un altre país a través d'una delegació. A més, cada cop amb més freqüència, hi ha fundacions pertanyents a empreses transnacionals que tampoc troben facilitats en les seves actuacions; així com tampoc, les fundacions amb vocació 'europea' en àmbits culturals o del medi ambient. No només les fundacions com a institucions estan perjudicades per la manca d'harmonització de les normes nacionals a escala europea, sinó que també les fundacions que perceben donacions de diferents països europeus. Finalment, també es troben perjudicades les fundacions que emprenen activitats econòmiques (normalment en el sector de serveis de salut o serveis socials) en diferents països.

En tots aquests casos l'argument clau a favor d'una FE no és que actualment sigui impossible desenvolupar aquestes activitats, sinó que els mecanismes previstos són molt ineficaços. Per això, es considera que una entitat comunitària com seria la FE beneficiaria els interessos econòmics i socials d'Europa, en concret, les inversions privades; estrenyeria els llaços en sectors culturals i acadèmics; i es promouria la inversió empresarial.

b) **Proporcionar un nou instrument de cooperació entre donants i fundacions tot aplicant desgravacions fiscals per a les donacions:** es palesa l'augment de projectes de cooperació transnacional i de cofinançament entre fundacions europees, per això, la regulació de la Fundació Europea seria un instrument facultatiu facilitador de la cooperació. Malgrat que la UE no té

---

<sup>1613</sup> Principalment utilitzem els arguments proposats per l'EFC en: *Proposal for a Regulation on a European Statute for Foundations*, Brussels, 2005, pàg. 5-6, <www.efc.be>; així com, les argumentacions de l'obra de: K.J. HOPT; W.R. WALZ; T. VON HIPPEL; V. THEN (eds.), *The European Foundation. A New Legal Approach*, Verlag Bertelsmann Stiftung, Gütersloh, 2006, pàg. 48-52. Vegeu EUROPEAN FOUNDATION CENTRE, "The European Foundation Statute: Frequently Asked Questions (FAQs)", Advocacy Task Force (EFC), July 2008.

atribuïda competència en l'harmonització de dret fiscal, la regulació podria incloure determinades normes fiscals annexes a aquesta figura.

c) **Garantir la igualtat de drets de les fundacions en comparació amb les altres organitzacions:** no hi ha argument possible que justifiqui perquè les fundacions no poden tenir una regulació pròpia. La possibilitat que les fundacions puguin constituir associacions europees (si s'aprovés l'AE tal i com estava redactat), no obstant que les fundacions necessitin una regulació que atengui a les característiques pròpies dels ens fundacionals així com les donacions transnacionals.

d) **Resultats positius d'una fundació europea:** es preveu que pot aportar avantatges psicològics/socials. L'etiqueta de 'Fundació Europea', podria tenir efectes positius en la imatge de les fundacions, ja que permetria promocionar les actuacions internacionals i evitaria la desconfiança que provoquen les formes legals estrangeres.

Dediquem les línies següents a desgranar aquest arguments. En relació a la FE com a instrument nou i útil de cooperació transfronterera, assentiríem en el fet que certament els projectes comuns entre fundacions nacionals de diferents Estats són una realitat que creix diàriament. Hi ha moltes fundacions que tenen fins comuns, tots aquells projectes de recerca en la medicina, o d'educació, culturals o de desenvolupament en tercers països, són absolutament compartibles, d'aquí que es pot preveure increments en col·laboracions econòmiques i en projectes comuns entre fundacions de diferents Estat membres de la UE. Aquestes col·laboracions preexisteixen a un instrument europeu com seria una FE. Com s'ha apuntat en el primer capítol de la present part, s'utilitzen mecanismes de col·laboració entre fundacions de diferent nacionalitat: contractes, *joint ventures*, etc. Seria doncs imprescindible per aquests casos una Fundació europea? En principi, des d'un punt de vista jurídic (deixem de banda el fiscal), la resposta seria negativa en relació a projectes puntuals.

Si per contra, dues fundacions situades en dos Estats membres diferents de la UE que comparteixen el mateix fi, decidissin unir-se de forma permanent, aleshores podria resultar útil la fusió d'ambdues per convertir-se en una FE. De la mateixa manera, si per qüestions de logística una fundació requereís canviar la seu en un altre Estat membre, aquesta regulació europea facilitaria enormement les coses. En aquest punt es plantejaria l'argumentació més favorable a la previsió legal i expressa d'una FE (arguments que han propiciat l'aprovació de la SE). I, finalment, respecte la necessitat de constituir delegacions en cada Estat membre

on es pretén actuar de forma permanent, atenent a les repercussions jurídiques i administratives estatals que se'n desprenen, es trobarien superades, en el cas d'una possible FE, per l'atorgament de personalitat jurídica pròpia comunitària, de manera que seria reconeguda en tots els Estats membres podent-se establir en qualsevol Estat de la UE.

L'exigència per part de determinats ordenaments jurídics nacionals de requisits interminables i, en algunes normatives, poc transparents, massa sovint desmotiven les fundacions estrangeres, que recordem que ja haurien passat per un procediment de constitució legalment previst en el seu Estat d'origen. Per superar els procediments de reconeixement, sembla que el camí més encertat és la regulació europea d'una FE, sempre amb el benentès que existeixi vocació europea de la fundació (sigui per l'actuació en, com a mínim, més d'un Estat membre, sigui perquè els fundadors o donants tinguin diferents orígens). Entenem que aquesta FE superaria, en part, la limitació de l'art. 48 CE i, sense cap dubte, promocionaria les actuacions extraterritorials de les fundacions, sense necessitat de sotmetre's a llargs procediments de reconeixement.

Els arguments de més pes serien doncs: aconseguir el reconeixement automàtic; la possibilitat de fusions, i el canvi de seu, per unes institucions que integren el mercat interior i que són essencials per la cohesió social anhelada per les institucions europees. Tot i els raonaments jurídics, la principal necessitat i urgència rau en solucionar els problemes fiscals existents, no només de les actuacions extraterritorials de les fundacions en projectes i col·laboracions puntuals i en les tributacions per rendiments econòmics en Estats diferents del lloc on es troba la fundació, sinó també, en les donacions transnacionals.

Per altra banda, respecte els efectes positius de l'etiqueta d'europea a una fundació, segons el Centre Europeu de Fundacions (EFC), aquestes fundacions europees podrien contribuir al desenvolupament dels objectius i polítiques europees, sobretot respecte aquelles àrees que provoquen més interès en els ciutadans europeus, i als residents de tercers Estats<sup>1614</sup>. Actualment, les fundacions són vinculades, en general, a una nacionalitat per tal d'identificar el seu origen, per això, es considera ideal que els ciutadans identifiquin una fundació com a 'europea', amb la implicació que aquesta beneficia a una pluralitat de ciutadans europeus, o territoris de diferents Estats membres, o que s'actua conjuntament per assistir a un tercer Estat. L'etiqueta d'europea pot comportar

---

<sup>1614</sup> H. SURMATZ, "European Company Law and a European Foundation Statute", *SEAL* (EFC), vol. 8, n. 1, 2006, pàg. 16.

seguretat en el ciutadà de qualsevol Estat membre a l'hora de fer-hi una aportació, i també com a possible beneficiari. El projecte d'Estatut, se n'ha preocupat molt de les donacions transfrontereres, i la raó es basa en les dades numèriques que corroboren que els ciutadans europeus són donants, o participen a través de quotes a fundacions, són petits contribuents d'una importància cabdal per a les fundacions. La qüestió seria si els ciutadans estan preparats per col·laborar amb fundacions europees. La voluntat filantròpica sovint xoca amb la malfiança d'aquell que participa com a donant, el qual legítimament exigeix garanties en l'efectiva i adequada utilització del fons que ha aportat, i quan més propera és l'entitat més possibilitats de comprovar l'eficiència, mentre que quan més llunyana, més desconfiança es genera<sup>1615</sup>. Per això, es pot dubtar que augmentin les donacions transfrontereres canalitzades a través d'una FE. Als ciutadans europeus encara ens manca consciència i sentiment, diguem-ne, 'europeista'. Tot i això, sí que es cert, que cada cop hi ha més ciutadans europeus que no resideixen en el seu Estat d'origen, i que farien aportacions filantròpiques a fundacions situades en el seu Estat nacional, en aquest cas, la utilitat de la FE és evident. Juntament amb els ciutadans, entesos com a persones físiques, són cada dia més importants les aportacions econòmiques a fins fundacionals per part de les empreses. Finalment, les institucions europees distribueixen importants sumes a través de subvencions, i canalitzar-les a través de Fundacions Europees, implicaria un control més eficient.

En aquest mateix sentit, una de les raons més noves que s'esgrimeixen per demostrar la utilitat de la FE rau en la necessitat de garantir la legalitat de les fundacions transnacionals, com a mínim les europees, com a eina per combatre tant el blanqueig de capital com el finançament al terrorisme. En ocasions, s'utilitzen fundacions per recaptar fons que després s'utilitzen per terroristes, per això, amb una regulació que controlés la legalitat de les fundacions, establint estàndards de comptabilitat, proporcionant transparència en els objectius fundacionals i en les destinacions dels patrimonis, comportaria una

---

<sup>1615</sup> Fem el següent plantejament, una fundació europea que recapta fons per a finançar projectes de recerca en medicina per lluitar contra el càncer. La fi de la fundació beneficia a tota la comunitat, no només europea sinó mundial, però seria europea perquè atorga ajuts econòmics a estudiants o equips mèdics pertanyents a Estats membres de la Unió. Un ciutadà europeu preocupat per la lluita contra el càncer podria fer la seva donació a aquesta fundació, la qual finançarà el millor projecte d'investigació europeu, encara indeterminat. Posem per cas que el ciutadà europeu és de nacionalitat alemanya, i hi ha una fundació alemanya que també atorga beques de recerca en la mateixa matèria, a estudiants o laboratoris alemanys. A quina fundació atorgarà la seva donació? Amb molta probabilitat a la fundació del seu país, per la simple raó de proximitat, perquè li serà més fàcil comprovar que s'utilitzen els seus diners de forma efectiva, i perquè, a més, beneficia el desenvolupament de la recerca del seu país. El mateix exemple seria extrapolable a qualsevol país i en qualsevol matèria.

harmonització indirecta que podria resultar útil per evitar que fundacions subvencionin organitzacions terroristes, o siguin utilitzades per blanquejar diners<sup>1616</sup>.

Les fundacions, com a mínim les de grans dimensions, reclamen de fa temps aquest Estatut de Fundació Europea, més llunyanes i escèptiques es troben les fundacions de mides mitjanes i petites. D'altra banda, els juristes que estudiem aquesta matèria podem posar més en dubte la seva urgència, tal i com ho fa la Comissió Europea. Tanmateix, es considera interessant l'estudi de les propostes d'Estatut de FE que s'han realitzat a instàncies privades. Com assenyala el grup d'experts que han elaborat un dels projectes, aquest esborrany de projecte d'Estatut de fundació europea, en el cas que no s'aprovés, si més no podria servir de llei model per a les legislacions nacionals<sup>1617</sup>.

## 2. LES PROPOSTES DE REGLAMENT '*FUNDATIONE EUROPAEA*'

Actualment coexisteixen dos esborranys de propostes o projectes que regulen un Estatut de Fundació Europea. Ambdós textos han estat elaborats per institucions privades:

- '*Proposal for a Regulation on a European Statute for Foundations*' (2005); del Centre Europeu de Fundacions, en el que han participat pluralitat de fundacions dividits en grups de treball i la pròpia secretària de l'associació<sup>1618</sup>.
- '*European Foundation Project: Draft*' (2006); resultat de la col·laboració entre la *Bertelsmann Stiftung*, la *Compagnia di San Paolo* i la *ZEIT-Stiftung Ebein and Gerd Bucerius*. En aquesta proposta han participat bàsicament acadèmics i experts de diversos països

---

<sup>1616</sup> *Vid.* part I, cap. II, apartat 1.2.3.

<sup>1617</sup> K.J. HOPT; W.R. WALZ; T. VON HIPPEL; V. THEN (eds.), *The European Foundation. A New Legal Approach*, Verlag Bertelsmann Stiftung, Gütersloh, 2006, pàg. 58.

<sup>1618</sup> Destacar la tasca d'E. FAURE, directora dels afers europeus, i de H. SURMATZ, assessora jurídica. <www.efc.be>. En el darrer document de la EFC que respon a les qüestions més freqüents en relació a un possible reglament europeu que reguli la fundació europea (juliol 2008), s'intueixen canvis en una possible nova proposta d'Estatut de Fundació Europea sobre la que s'està treballant. En aquesta es presenten canvis importants que afectarien al present estudi, dels quals destaquem la renúncia a un organisme central i europeu de registre, optant pels registres estatals en què la FE tingués situada la seva seu, la qual es podria traslladar a un altre Estat membre per simple decisió del Consell de direcció. De les indicacions que es presenten es dedueix una aproximació a la proposta més germànica "European Foundation Project: Draft" (2006). Al no ser publicada encara la nova proposta, s'opta per mantenir la descripció de l'esborrany de projecte presentat per la EFC (2005). Vegeu: EUROPEAN FOUNDATION CENTRE, "The European Foundation Statute: Frequently Asked Questions (FAQs)", Advocacy Task Force (EFC), July 2008.



d'Europa, essent els editors: K.J. HOPT, W.R. WALZ, T. VON HIPPEL i V. THEN<sup>1619</sup>.

Ens referirem en la resta de l'estudi a la 'proposta de l'EFC' quan analitzem la '*Proposal for a Regulation on a European Statute for Foundations*' (2005) del Centre Europeu de Fundacions; i, al 'projecte d'experts', en relació a l'*European Foundation Project: Draft*' (2006). Les dues propostes tenen aspectes en comú i, per això, s'estudiaran conjuntament, i en allò que difereixin i que sigui d'importància per al present estudi, es puntualitzarà.

En el cas de la seva aprovació, la Fundació Europea, segons la introducció de la proposta de l'EFC, seria utilitzada de forma "*facultativa i complementària*" pels donants i les fundacions que intervinguessin en una pluralitat d'Estats Membres de la Unió Europea, evitant així la creació de pluralitat de fundacions segons el dret de cada Estat on es pretengui actuar, així com permetria millorar les activitats transfrontereres dels donants i de les fundacions. També per al grup d'experts, la FE s'hauria de concebre com un instrument complementari i opcional, de la mateixa manera que ho són l'AEIE, la SE o la SCE.

## **2.1 La base jurídica d'un possible Reglament regulador de l'Estatut de la Fundació Europea**

La Comunitat Europea disposa de les competències que li assigna el propi Tractat, per tant, es basa en el principi atributiu. Tanmateix, tal atribució no implica una fixació definitiva i estàtica de les competències comunitàries, sinó que les diferents modificacions introduïdes pels Tractats i les interpretacions teleològiques i extensives per part del TJCE de l'activitat comunitària, revelen un caràcter dinàmic i progressiu d'atribució que amplia els àmbits materials en què els Estats transfereixen competències a la Comunitat. És a través del 'principi dels poders implícits' que es justifica l'ampliació de competències de la Comunitat quan aquestes són necessàries per a realitzar les funcions que li són atribuïdes en el Tractat<sup>1620</sup>. Per això, s'exigeix que tota actuació comunitària disposi d'un fonament jurídic, que és la base jurídica que atorga la competència a la Comunitat en una matèria o per a la consecució d'un objectiu. A continuació cercarem esbrinar quina seria la base jurídica per elaborar un Estatut de Fundació Europea.

---

<sup>1619</sup> K.J. HOPT; W.R. WALZ; T. VON HIPPEL; V. THEN (eds.), *The European Foundation. A New Legal Approach*, Verlag Bertelsmann Stiftung, Gütersloh, 2006, pàg. 46-47.

<sup>1620</sup> P. ANDRÉS SAÉNZ DE SANTA MARÍA et al., *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, 2ª ed., Eurolex, Madrid, 1999, pàg. 134 i ss.

La possibilitat que les institucions europees regulin un Estatut de Fundació Europea topa amb un escull des del mateix plantejament inicial, aquest és precisament la determinació de la seva base jurídica. A continuació, valorarem quin dels dos articles, l'art. 95 TCE i l'art. 308 TCE, podria servir de base jurídica per a la regulació de la FE<sup>1621</sup>.

L'art. 95 TCE, regulat en el Capítol III, intitulat "Aproximació de les legislacions"<sup>1622</sup>, preveu que el Consell, adopti les mesures necessàries per aproximar les disposicions legals, reglamentàries i administratives dels Estats membres, per tal d'aconseguir els objectius anunciats en l'art. 14 (mercat interior), prèvia consulta del Consell Econòmic i Social, per tant, per codecisió. En l'atribució de la competència al Consell, ha de tenir-se en compte el principi de subsidiarietat i les excepcions a l'aplicació de l'art. 95, que exclou del seu àmbit d'aplicació determinades matèries: les normes fiscals, les relatives a la lliure circulació de persones i les relatives als drets i interessos dels treballadors per compte aliè. La utilització de l'art. 95 TCE com a base jurídica, reposa en una argumentació dèbil i, a més, aquest article ha estat reservat generalment com a base per dictar directives, tot i que no exclusivament.

L'art. 308 TCE<sup>1623</sup>, és el precepte utilitzat per atribuir competència a totes aquelles matèries no previstes en el TCE que es consideren que serveixen als

---

<sup>1621</sup> Una altra possibilitat seria la utilització de l'art. 16 TCE: "Sin perjuicio de los artículos 73, 86 y 87, y a la vista del lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Comunidad y los Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación del presente Tratado, velarán por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones que les permitan cumplir su cometido." Vegeu, entre d'altres: O. PORCHIA, "Alcune considerazioni sull'art. 36 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea: l'accesso ai servizi di interesse economico generale", *Il Diritto dell'Unione Europea*, 4-2002, pàg. 633-651. Aquest article 16 TCE, però, a la pràctica sempre s'ha utilitzat en matèries sobre serveis d'interès econòmic general, en concret amb els serveis en xarxa, malgrat que originàriament tractava un àmbit més ampli, els serveis públics en general compresos els que podríem anomenar socials, com serien les finalitats d'interès públic que tenen les fundacions. Caldria acompanyar aquest article 16 amb el 308, i probablement caldria forçar la interpretació, tampoc seria fàcil subsumir la finalitat pública exercida per una entitat privada com a servei públic generalment executat per l'administració pública, potser cabria encabir les fundacions constituïdes per ens públics. És una idea que no ha estat mai contemplada per l'economia social, ni en les dues propostes d'Estatut de fundacions. A més, en la Directiva de serveis, es distingeixen expressament els serveis d'interès econòmic general dels serveis d'interès general que ofereixen les fundacions. El nou redactat del TFUE de l'art. 308 (art. 352 TFUE) es remet a les polítiques de la UE en general. Deixarem apartada la possibilitat de l'art. 16 TCE.

<sup>1622</sup> Art. 95.1 TCE: "No obstante lo dispuesto en el artículo 94 y salvo que el presente Tratado disponga otra cosa, se aplicarán las disposiciones siguientes para la consecución de los objetivos enunciados en el artículo 14. El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251 y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptará las medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior." En el Tractat de Lisboa, l'art. 95 passa a ser l'art. 114 (TFUE).

<sup>1623</sup> Art. 308 TCE: "Cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado

objectius del mercat interior (d'aquí que es conegui aquest article com el '*catch-all*')<sup>1624</sup>. Aquest seria el cas de la fundació, matèria no inclosa en el TCE, però que participa en el mercat intern, de manera que aquests ens (o un tipus d'aquests) haurien de gaudir d'un espai sense fronteres, on tinguessin garantida la circulació sobretot pel que fa a les seves activitats, de serveis i capitals, sense patir cap discriminació en comparació a d'altres entitats<sup>1625</sup>.

L'art. 308 TCE, ha estat la base jurídica per elaborar els tres reglaments europeus: AEIE, SE, SCE. En l'Estatut de SE es va utilitzar l'art. 308 TCE com a base jurídica, ja que si atenguéssim a allò que estableix l'art. 44.1.2g) de TCE, en matèria de dret societari no cabrien els reglaments, sinó que l'instrument idoni serien les directives. Per això, es considera que l'art. 308 TCE ha estat i podria ser causa d'excessos per part dels poders legislatius de la Unió<sup>1626</sup>. Més problemàtica va resultar la seva utilització en el Reglament de SCE, com s'analitza a continuació.

---

haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará las disposiciones pertinentes.” (art. 352 TFUE).

<sup>1624</sup> Es va preveure expressament per tal d'establir un procediment d'ampliació de poders, de manera que les institucions comunitàries disposen dels poders d'acció necessaris per a assolir els objectius previstos en el Tractat quan no hi ha una atribució expressa de competències. El recurs a l'art. 308 TCE es caracteritza per precisar una connexió amb un objectiu comunitari relacionat amb el funcionament del mercat comú, exigir unanimitat del Consell, conferir llibertat d'instruments normatius, i ser de naturalesa subsidiària, per tant només pot utilitzar-se aquest precepte quan no hi hagi una altra disposició al Tractat que atribueixi poders a la Comunitat. P. ANDRÉS SAÉNZ DE SANTA MARÍA et al., *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, 2ª ed., Eurolex, Madrid, 1999, pàg. 136.

<sup>1625</sup> Una de les raons que justificarien la competència legislativa de la Comunitat en matèria de fundacions seria precisament, relacionant la fundació amb el mercat interior i les llibertats comunitàries i amb el principi de no discriminació. Aquesta no és una tècnica desconeguda pel TJCE, la jurisprudència més significativa serien: el cas *Hunnard* (C-20/92, 1.7.1993); i la ja exposada jurisprudència sobre la llibertat d'establiment de les societats: *Daily Mail and General Trust*; *Centros*; *Überseering*; *Inspire Art*; *Sevic*. A. BORRÁS, “Le droit international privé communautaire: réalités, problèmes et perspectives d'avenir”, *RCADI*, vol. 317, 2005, pàg. 379 i ss. *Vid.* part I, cap. I, apartat 2.2.4. Així mateix, en els considerants de les propostes modificades de Reglaments d'estatuts de Cooperatives, Associacions i Mútues de 1993 justificava la seva regulació (i recordem que en l'AE s'inclouia les fundacions): “Considerant que la plena realització del mercat interior implica la plena i total llibertat per a l'exercici de qualsevol activitat que contribueixi al objectius de la Comunitat, sigui quina sigui la forma social que revesteixi l'exercici de tal activitat”. Es fa evident que en l'imaginari jurídic del legislador comunitari les fundacions haurien d'estar incloses com a beneficiàries de les llibertats comunitàries en la consecució del mercat interior (art. 14 TCE).

<sup>1626</sup> Amb aquesta base jurídica també es va aprovar el Reglament de l'AEIE; de l'Empresa Comuna a les activitats del sector industrial d'hidrocarburs; i per la creació d'empreses comunes en el camp d'aplicació del Tractat de la CEE. E. LINDE PANIAGUA, “Capítulo III: El mercado interior (Libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales)”, E. LINDE PANIAGUA (coord.), *Políticas de la Unión Europea*, 5ª ed., Colex, 2005, pàg. 136.

### 2.1.1 La base jurídica del Reglament de la Societat Cooperativa Europea

En relació a l'únic Reglament aprovat d'un dels ens que formen part de l'Economia social, ens referim a la Societat Cooperativa Europea (SCE), aquesta norma usa com a base jurídica l'art. 308 TCE. No va ser precisament una determinació planera, ans al contrari, en la descripció cronològica del procediment legislatiu, sobresurt que inicialment la base jurídica era la de l'art. 95 TCE (anterior art. 100 A TCE i actual art. 94 TFUE). Tot i això, a partir de la primavera de 2002, es va modificar, optant per l'art. 308 TCE. El Parlament, però, va proposar tornar a canviar la base jurídica a favor de l'art. 95 TCE, i la Comissió s'adherí a la proposta (14 de maig 2003). Malgrat tot, el Consell adoptà formalment el Reglament mantenint com a base jurídica l'art. 308 CE (22 de juliol de 2003). Arrel de l'aprovació, el 15 d'octubre de 2003, es va interposar recurs davant del TJCE (Assumpte C-436/03)<sup>1627</sup>, per tal d'anul·lar el Reglament 1435/2003, i en cas de ser anul·lat, que el Reglament continués produint efectes fins que entrés en vigor una nova normativa, adoptada dins d'un termini raonable, amb la base jurídica correcta. El 12 de juliol de 2005, es presentaren les conclusions de l'Advocadessa General, Sra. C. STIX-HACKL i, finalment, es publica la Sentència del Tribunal de Justícia (Gran Sala) de 2 de maig de 2006, que desestima el recurs<sup>1628</sup>.

En les alegacions dels demandants, el Parlament (coadjuvant la Comissió), critica la utilització de la base jurídica de l'art. 308 TCE, el qual preveu una decisió unànime del Consell després de consultar el Parlament Europeu, quan la base jurídica encertada hauria estat l'art. 95 TCE, per tant, per codecisió segons l'art. 251 TCE. Argumenten que no es crea un ens 'supranacional' ja que no es diferencia en res als models de cooperatives existents en els Estats membres, i que el Reglament remet sistemàticament al Dret nacional de l'Estat membre del domicili social. Per tant, la Societat Cooperativa Europea (SCE) segueix subjecte a la normativa interna de cada Estat membre, tot i existir un marc comunitari per facilitar la gestió transfronterera. El concepte d'aproximació de les disposicions legals, reglamentàries i administratives dels Estats membres i, tal i com fonamenta en la interposició del recurs, "ha d'interpretar-se de manera que inclogui les mesures d'aproximació per via reglamentària que tinguin per objecte crear una harmonització a nivell comunitari per superar els límits de l'aplicació territorial

---

<sup>1627</sup> DOUE C 289 de 29.11.2003.

<sup>1628</sup> DOUE C 143/4 de 17.6.2006.

del Dret dels Estats membres en la mesura necessària per contribuir a l'establiment i funcionament del mercat interior". No essent aquest el resultat del reglament, s'hauria de tenir com a base jurídica l'art. 95 TCE en la mesura que procedeix a una aproximació de les legislacions dels Estats membres per via reglamentària i contribueixen a l'establiment i funcionament del mercat interior. Consideren que la forma jurídica de la SCE és la d'una "*societat nacional de caràcter europeu*", perquè remet al Dret nacional, que és l'aplicable a certs aspectes. El Reglament hauria d'haver-se basat en l'art. 95 TCE pel seu objectiu i contingut, i en particular perquè contribueixi a l'establiment i funcionalment del mercat interior<sup>1629</sup>.

Per contra, la part demandada, el Consell<sup>1630</sup>, al·lega que el Reglament crea una nova figura jurídica, una estructura comunitària paral·lela que no és una mera aproximació de legislacions en el sentit de l'art. 95 TCE. Es justifica l'ús de l'art. 308 TCE com a base jurídica, ja que es compleixen els dos requisits previstos: primer, que una acció de la Comunitat resulti necessària per aconseguir, en el marc del mercat comú, els seus objectius; segon, que el Tractat CE no hagi previst els poders d'acció necessaris al respecte.

La qüestió fonamental rau en si el Reglament crea o no una nova figura jurídica, i en cas afirmatiu, si aquesta nova forma jurídica es podia regular en base a l'art. 95 o l'art. 308 TCE. L'Advocadessa General del Tribunal de Justícia, Sra. C. STIX-HACKL, utilitza la jurisprudència en matèria de creació de nous títols en el Dret sobre propietat intel·lectual per fer-ne una interpretació per analogia, de la qual es desprèn que per tal de crear determinades figures jurídiques comunitàries es pot usar com a base jurídica l'art. 308 TCE. S'afirma que la creació de noves figures

---

<sup>1629</sup> L'art. 95 TCE s'usa com a base jurídica quan concorren els requisits en aquest expressats, per tant, que es tracti de mesures relatives a l'aproximació de les legislacions que tinguin per objecte l'establiment i el funcionament del mercat interior. També s'aplica de forma supletòria respecte a les competències d'harmonització especials. L'art. 95 TCE es remet a l'art. 14 TCE, mercat interior, però no és l'únic article per realitzar els objectius del mercat interior, ni tampoc una competència general. L'art. 95 TCE només pot servir de base als actes que tinguin per objecte l'establiment i el funcionament del mercat interior. Per tal d'aconseguir harmonització en matèria de societats cooperatives, eliminant o reduint les disposicions legals, reglamentàries i administratives dels Estats membres, es podria haver utilitzat una directiva. Però, mitjançant un reglament es poden substituir les normes nacionals sobre societats cooperatives per disposicions uniformes d'àmbit comunitari, ja que estableix normes uniformes i directament aplicables. Però tampoc ha estat aquest el resultat del Reglament. S'exclou la base jurídica de l'art. 44 TCE per incomplet. Donat que la societat cooperativa s'inclou en les normes jurídiques sobre societats, s'ha de considerar l'art. 44 TCE com a precepte utilitzable per a l'aproximació de les normatives nacionals sobre societats. Però no de forma completa, ja que no inclou la coordinació, ni la creació de noves formes societàries. Aquest article només permet l'eliminació dels obstacles al lliure establiment, però no la lliure prestació de serveis. No n'hi ha prou en garantir el lliure establiment de les societats, sinó que cal eliminar també els obstacles a les demés llibertats segons l'art. 14 CE, mercat interior.

<sup>1630</sup> Coadjuvants al Consell, el Regne Unit de Gran Bretanya i Irlanda del Nord i el Regne d'Espanya.

jurídiques comunitàries, que coexisteixin amb figures jurídiques nacionals, no està coberta per l'art. 95 TCE. No queda tan clar, però, quan estem davant de figures jurídiques, la validesa de les quals depengui de normes nacionals: “queda oberta la qüestió de per on transcorre la frontera entre figures jurídiques autèntiques o absolutament noves i aquelles figures noves per les quals el Dret nacional també és vàlid”(apartat 73). En els fonaments, es descarta la necessitat de qualificar la SCE, tal i com fa el Parlament en les seves alegacions atribuint-li el qualificatiu de “societat nacional de caràcter comunitari”. L'amalgama de possibles qualificacions que podria rebre la SCE serien: una figura societària d'àmbit europeu; una figura jurídica europea; una persona jurídica del Dret comunitari o una estructura mercantil supranacional. Per tant, cal atendre al contingut del reglament i no a la qualificació de la figura jurídica. Si s'atén als considerants del Reglament de la SCE, el 14è, accentua el “caràcter específicament comunitari” de la SCE, i en el 12è, expressament declara “la creació d'una forma jurídica d'abast europeu per a les cooperatives, que es basa en principis comuns però que tingui en compte les seves característiques específiques, (...)”.

De fet, i com es reitera en les conclusions, la mateixa part demandant, el Parlament, no nega que el Reglament crea una nova figura jurídica, de fet, considera que és una estructura comunitària paral·lela a les nacionals. Ara bé, especifica que aquesta només pot existir juntament amb el Dret nacional, per tant, el Reglament no contindria un marc jurídic complet. Per contra, argumenta l'Advocada General, que les SCE són clarament autònomes en relació a les cooperatives de Dret nacional, des del punt de vista formal. Malgrat això, i des del punt de vista material, se li apliquen les disposicions nacionals, en base a les remissions que en fa el Reglament. Tanmateix, aquesta remissió al dret nacional, en el mateix Reglament (art. 8) estableix de forma clara la jerarquia de les normes aplicables en cada cas, atorgant la primacia al mateix Reglament. També s'esgrimeix a favor que ens trobem davant d'una autèntica figura nova, que el reglament inclou “genuïnes novetats”, com són les disposicions sobre la seva constitució *ex novo*, sense fusió o transformació de les persones jurídiques preexistents. I que, a més, no altera el dret nacional de societats cooperatives (malgrat que en el reglament es preveu que els ordenaments nacionals hagin d'adaptar les seves normatives per al correcte desenvolupament de les SCE). Així, les SCE no substitueixen les cooperatives nacionals, sinó “que són diferents d'aquestes i coexisteixen amb elles”. Per tant, pel fet de considerar que es crea una figura jurídica nova, d'abast comunitari, (malgrat les remissions al dret nacional), no serviria l'art. 95 TCE com a base jurídica del Reglament, ja que

l'essència d'aquesta norma comunitària no seria l'objectiu que persegueix (eliminar els obstacles resultants de la limitada validesa territorial del Dret nacional), sinó la creació de noves figures jurídiques comunitàries que només poden establir-se a través de l'art. 308 CE<sup>1631</sup>. Amb tots aquests fonaments, la conclusió de l'Advocadessa General, Sra. C. STIX-HACKL, és que el Reglament no podria basar-se en l'art. 95 TCE i que es compleixen els requisits per l'aplicació de l'art. 308 TCE, que constitueix la seva base jurídica.

La Sentència del Tribunal de Justícia es dicta el 2 de maig de 2006, i desestima el recurs. En les seves apreciacions, exposa que el contingut i l'objectiu del Reglament era establir una forma jurídica nova comunitària, que segons l'art. 8 la SCE es regeix en primer lloc pel mateix Reglament, i que les remissions es realitzen només amb caràcter subsidiari per aquelles matèries no regulades pel mateix Reglament. Que en l'art. 2 s'estableixen els requisits que són de naturalesa comunitària, que en l'art. 7 es preveu el trasllat de domicili social específicament per a la SCE, i que en l'art. 9 disposa que la SCE rebrà en cada Estat membre el mateix tracte que una societat cooperativa constituïda segons la legislació de l'Estat membre on tingui el seu domicili social, s'entén que la SCE coexisteix amb les societats cooperatives de Dret nacional:

“En aquestes circumstàncies, no pot considerar-se que el Reglament impugnat, que deixa intactes les distintes normatives nacionals existents, tingui per objecte aproximar les legislacions dels Estats membres aplicables a les societats cooperatives, sinó crear una nova forma de societat cooperativa que es superposi a les nacionals.

No desvirtua aquesta afirmació que el Reglament impugnat no fixi de manera exhaustiva el conjunt de normes aplicables a les societats cooperatives europees i remeti, en alguns extrems, al Dret de l'Estat membre en el territori del qual tingui el seu domicili social la societat cooperativa europea, donat que aquesta remissió té, com s'ha assenyalat abans, caràcter subsidiari.

De les consideracions precedents resulta que l'article 95 CE no pot constituir una base jurídica adequada per a l'adopció del Reglament impugnat, que fou adoptat, amb total legalitat, sobre la base de l'article 308 CE.

Per no ser fonamentat l'únic motiu de recurs, procedeix, en conseqüència, a desestimar aquest.”<sup>1632</sup>

---

<sup>1631</sup> Considerants 96, 97, 98.

<sup>1632</sup> Apartats 44 a 47. Sentència del Tribunal de Justícia (Gran Sala) de 2 de maig de 2006, DOUE C 143/4 de 17.6.2006.

### 2.1.2 La base jurídica per a la proposta de Reglament instituint la fundació europea

Comprovem que tant en la proposta de reglament elaborada per l'EFC, com en el projecte dels experts, s'opta per deixar oberta ambdues possibilitats de base jurídica, sense posicionar-se explícitament per l'art. 95 TCE o per l'art. 308 TCE.

S'ha expressat àmpliament en el present estudi que les fundacions, en molts casos, desenvolupen activitats econòmiques i, per tant, cabria la possibilitat d'incloure-les com a ens participants en la consecució del mercat interior (art. 95 TCE), o com a element que actua en el funcionament del mercat comú i compleix objectius de la Comunitat (art. 308 TCE). A tenor, però, de la recent decisió del TJCE sobre la base jurídica del Reglament de SCE, bloquejaria la dicotomia, ja que segons l'argumentació jurisprudencial s'aplicaria per analogia a un possible Reglament d'Estatut de Fundació Europea la base jurídica de l'art. 308 TCE. En matèria de fundacions, també es podria considerar necessari que la Comunitat legisli sobre aquesta per tal d'assolir el funcionament del mercat interior com a un dels objectius comunitaris. El procediment legislatiu d'aprovació del Reglament seria per unanimitat del Consell, a proposta de la Comissió i prèvia consulta al Parlament Europeu.

Amb el nou redactat introduït pel Tractat de Lisboa, es continuen permetent accions legislatives en aquelles matèries no previstes expressament per tal d'aconseguir els objectius fixats en l'àmbit de les polítiques definides en els Tractats. La novetat seria la concepció àmplia de polítiques definides en els Tractats (TUE i TFUE), sense limitar-se a la consecució del mercat intern, introduint-se, per exemple, la cohesió social (art. 3 TUE)<sup>1633</sup>.

---

<sup>1633</sup> La determinació de la base jurídica per dictar normes comunitàries ha estat íntimament vinculada, durant els darrers cinquanta anys, a la consecució del mercat interior. A. BORRÁS es planteja si aquesta persistent vinculació amb el mercat interior implicaria la renúncia a l'Europa políticament integrada. Estima que l'objectiu de la creació d'un espai de llibertat, de seguretat i de justícia hauria de ser separat de l'objectiu de la consecució del mercat interior, omplint de contingut el valor de la ciutadania europea. Assenyalava que en aquesta direcció semblava dirigir-se el projecte fallit de Tractat de la Constitució per Europa, en el qual es distingia un vertader espai judicial europeu diferent de l'objectiu del mercat interior en l'art. I-3, 2n "La Unió ofereix als seus ciutadans un espai de llibertat, de seguretat i de justícia dins de les fronteres interiors, i un mercat interior on la concurrència és lliure i no falsa." A. BORRÁS, "Le droit international privé communautaire: réalités, problèmes et perspectives d'avenir", *RCADI*, vol. 317, 2005, pàg. 364-369. En aquest sentit, es modifica l'art. 308 TCE, actual art. 352 TFUE, que no es limita al mercat interior, sinó a les polítiques previstes en els Tractats: "Cuando se considere necesaria una acción de la Unión en el ámbito de las políticas definidas en los Tratados para alcanzar uno de los objetivos fijados por éstos, sin que se hayan previsto en ellos los poderes de actuación necesarios a tal efecto, el Consejo adoptará las disposiciones adecuadas por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo. Cuando el Consejo adopte dichas disposiciones con arreglo a un procedimiento legislativo especial, se pronunciará también por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo. (...)".



En conclusió, doncs, atenent a la interpretació del Tribunal de Luxemburg, i atenent al nou redactat del Tractat de Funcionament de la Comunitat Europea (TFUE), ens posicionariem a favor d'utilitzar com a base jurídica per a un possible Reglament de FE l'art. 308 TCE (art. 352 TFUE), no sense fer-ne unes precisions.

Mereix les nostres puntualitzacions el raonament del TJCE segons el qual l'art. 308 TCE no serveix per harmonitzar les normatives nacionals. En concret, en relació al recurs interposat al Reglament de la SCE, s'esgrimeix que si la seva finalitat de crear tal figura hagués estat l'harmonització de les normes estatals, llavors hauria estat més adequada la base jurídica de l'art. 95 TCE. Certament, coincidim en el fet que la finalitat principal d'instituir una SCE (o d'altres entitats privades 'europees') no seria l'harmonització, però sí que es palesa que a través de les normes d'adaptació internes per fer aplicable el Reglament en els diferents Estats membres, es produeix de retruc una certa harmonització normativa. Com és sabut, les adaptacions legals estatals, són només respecte la figura 'europea' (la SCE i la SE), i no respecte les figures jurídiques estatals, inevitablement però, s'incorporen normes genèriques que admeten indirectament una certa harmonització. El cas més evident seria, per exemple, respecte el Reglament de SE, la previsió normativa que determinats ordenaments nacionals han hagut d'incorporar respecte el sistema dual de *governance*. Per altra banda, respecte la SCE, s'ha expressat per la doctrina que la mancança d'harmonització prèvia a través de directives comunitàries (com si ha succeït en el dret de societats), es podria veure suplerta a través del Reglament de SCE, el qual implica unes adaptacions en els ordenaments interns. Per això, considerem que si bé la finalitat dels Reglaments que institueixen ens suposadament 'supranacionals' no és l'harmonització de les normes nacionals o territorials, si que aquestes inevitablement comporten una certa harmonització legislativa. A més, juntament amb les adaptacions legals necessàries per a fer viable l'aplicació dels reglaments europeus, els legisladors estatals, probablement, es poden trobar 'forçats' a modificar les seves legislacions nacionals per tal de ser més competitives respecte les normatives de la resta d'Estats membres que poden ser més atractives a l'hora d'escollir la seu social (administració central) i, per tant, el dret aplicable. El perill de l'efecte *race to the bottom* existeix, i més encara quan es possibilita el trasllat de seu social sense necessitat de dissolució de l'empresa ja constituïda. El canvi de

seu implica el canvi de dret aplicable, per tant, el perill de curses per legislar amb l'objectiu de fer més atractiu el propi ordenament està latent<sup>1634</sup>.

### **2.1.3 La fundació europea: creació d'una figura supranacional europea?**

Acceptant que la regulació sobre fundacions s'hauria d'incloure en la consecució de les polítiques comunitàries, es fa precís filar més prim, i encetar la discussió de si la proposta de Reglament de fundació europea crearia o no un ens propi europeu o comunitari o 'supranacional'. Per això, s'analitzen les figures ja existents, en concret el posicionament del TJCE en relació de l'Estatut de Societat Cooperativa Europea, que s'ha exposat en línies anteriors i, especialment, la reacció de la doctrina en relació a la Societat Europea.

Ja en els projectes d'Estatut de SE dels anys setanta es plantejava la mateixa qüestió: ¿és una societat de tipus europeu o és una veritable societat europea? La resposta de Y. LOUSSOUARN no deixava espai al dubte. Es distingien dues possibilitats, per una banda, la 'societat de tipus europea', amb una normativa uniforme que s'integraria en les legislacions dels Estats membres, i les llacunes legals es suplirien per les lleis nacionals que intervindrien supletòriament. Per altra banda, la 'societat veritablement europea o de dret europeu' apareixeria com una societat de tipus supranacional, amb una regulació completa, la seva vinculació seria europea, i només justificable per les jurisdiccions europees. De fet, considerava que la societat europea estaria alliberada de qualsevol connexió estatal, i justificava que una connexió subsidiària de la societat europea a una norma nacional li hauria estat "psicològicament malèfic". Aquest segon tipus era el que en aquell moment havia proposat la Comissió. Per això, en l'article dedicat a la llei aplicable, es disposava que la societat europea es regiria pel mateix Estatut i, sinó, pels principis generals de dret comunitari; en el cas que aquests no fossin

---

<sup>1634</sup> Tot i això, no seria adequat transmetre de forma anticipada un discurs alarmant en què la tendència es dirigís cap a un poc desitjable 'bad law'. En general, els legisladors dels Estats membres, tampoc han reaccionat més enllà d'adaptar la seva normativa tècnicament i, en alguns casos, com per exemple, la norma espanyola, dista molt de ser competitiva i atractiva per a que possibles SE decideixin establir o traslladar la seva seu social (centre d'administració) en territori espanyol. *Ley 19/2005, de 14 de noviembre sobre la sociedad anónima europea con domicilio en España*, (BOE de 15.11.2005). En aquest punt, s'ha parlat de 'deslocalització', G. PARLEANI deixa clar que les deslocalitzacions revelen una de les bases fonamentals del dret comunitari, que és la concurrència de lleis. Per aquest autor, la utilització de les diferents lleis nacionals per 'optimitzar' la gestió d'una empresa és normal, tot i que a vegades s'ha vist amb reticència en distints països (com França), on s'ha qualificat de *dumping* social o fiscal. G. PARLEANI, "Le règlement relatif à la société coopérative européenne, et la subtile articulation du droit communautaire et des droits nationaux", *Revue des Sociétés*, 1/2004, pàg. 88. El *dumping* consisteix en el fet que una empresa estrangera, amb el desig de penetrar en el mercat nacional, practica una política voluntària de preus massa baixos en relació als preus reals de producció. Hi ha sectors partidaris de prendre represàlies i mesures proteccionistes per tal de defensar les empreses locals respecte la concurrència internacional deslleial.

suficients, pels principis comuns dels Estats membres. Finalment, per aquelles matèries no regulades per l'Estatut, es remetrien a les lleis nacionals. Aquesta remissió però, s'havia d'estendre a matèries de dret no societari. Per tant, no hi havia remissió als drets nacionals, ans al contrari, s'excloïa expressament<sup>1635</sup>.

Aquesta consideració dels anys setanta és extrapolable a l'*opinio iuris* de part de la doctrina actual, i en concret la recull el Parlament Europeu quan decideix interposar el recurs d'anul·labilitat a la base jurídica del Reglament de SCE. Tanmateix, l'argumentació contrària del Tribunal de Justícia, com s'ha comprovat, no és tan escrupulosa en considerar que les remissions al dret nacional no implica que no es constitueix una entitat pròpia de dret europeu, en concret, un ens supranacional.

Malgrat el dictat de la Sentència del TJCE i de les conclusions de l'Advocadessa General que consideren la Societat Cooperativa Europea com un ens supranacional europeu, la doctrina és refractària a combregar amb aquesta idea. La multiplicació de normatives en dret intracomunitari que coexisteixen amb normatives nacionals adaptades al Reglament implica l'existència de tants tipus de SE i SCE com Estats membres hi hagi. Així, aquesta regulació que suposadament crea un ens supranacional, en realitat ha propiciat, una entitat de caràcter supranacional regulat per vint-i-set normatives nacionals, revestides d'una certa, però ni molt menys completa harmonització europea<sup>1636</sup>. Situació, que implica necessàriament recórrer al Dret internacional privat per determinar la llei aplicable, que contenen els mateixos reglaments comunitaris (hi ha discussions al respecte de si és una norma conflictual o una norma material indirectament conflictual). Atenent l'exposat resulta qüestionable si efectivament s'ha assolit una de les justificacions de la regulació de la SE, segons L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA "... l'exigència de reestructurar els factors productius en dimensions adequades a la UE i d'aquí l'objectiu inicial de constituir societats subjectes a una disciplina única, vàlides en tot el territori de la UE, i que les seves normes siguin interpretades i aplicades de manera uniforme en l'interior de la Comunitat." El mateix autor, palesa les dificultats tècniques de l'art. 9 del Reglament de SE, donat que la remissió que efectua als ordenaments nacionals produeix falta

---

<sup>1635</sup> Y. LOUSSOUARN, "La proposition d'un statut des sociétés anonymes européennes et le droit international privé", *RCrDIPr*, 1971, pàg. 405-413.

<sup>1636</sup> *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento europeo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones, Estrategia para el mercado interior: Prioridades del período de 2003 – 2006*, Brussel·les, 7.5.2003 COM (2003) 238 final, pàg. 28: "Las empresas necesitan mejores normas, tanto nacionales como de la UE: El 87% de las empresas estima que la prioridad fundamental es disponer de un único conjunto de normas, en lugar de quince y, pronto, veinticinco."

d'harmonia entre algunes disposicions materials del Reglament. A més, adverteix que la SE teòricament 'comunitària', (l'autor li atribueix 'nacionalitat comunitària'<sup>1637</sup>) està inevitablement lligada a un ordenament intern del país on hi ha el seu domicili social. Aquesta situació comporta problemes de 'caracterització jurídica' i problemes derivats de la interpretació de les normes de Dret comunitari i de la determinació del dret aplicable. No es reprimeix quan exposa que el model híbrid i piramidal establert en l'art. 9 comportarà seriosos problemes d'interpretació i d'aplicació per part de professionals, jutges i magistrats que haurien d'estar especialment qualificats per tal d'aplicar-lo correctament<sup>1638</sup>. La no unificació de la normativa aplicable, es fonamenta en la remissió als ordenaments nacionals, a través de la utilització del criteri de la seu real en els Reglaments. Aquesta opció, suscita certes crítiques, així, F.J. GARCIMARTÍN, en relació al Reglament de SE, considera que l'exigència que la SE es domiciliï en l'Estat on té la seva administració central ve a reconèixer implícitament que "la SE té poc d'europea i molt de nacional"<sup>1639</sup>. Aquest tipus de raonaments s'estenen al llarg de la doctrina europea, que en la majoria d'ocasions, afirma que la SE no és un 'tipus societari supranacional'. S'admetria tímidament, després de la Sentència del TJCE en relació a la SCE, que és un tipus societari que coexisteix amb la resta de tipologia de societats regulades en els ordenaments dels Estats membres. En aquest sentit, a títol d'exemple, E. LINDE PANIAGUA en relació als estatuts de SE i SCE considera que "... no han unificat el dret de societats en la Unió, en què existeix en cada Estat membre una normativa singular, tot i que cada cop més harmonitzada. De manera que els estatuts, tant el de la societat anònima europea com el de la societat cooperativa europea el que fan és instaurar formes jurídiques operatives en la totalitat de la Unió Europea, compatibles amb les formes de les societats nacionals"<sup>1640</sup>.

---

<sup>1637</sup> Hi ha sectors doctrinals que atribueixen 'nacionalitat europea' a la SE (i per extensió, afegixo la SCE), ja que el seu fonament jurídic es troba en el dret comunitari (F. Blanquet; M.C Roth), per contra, un altre sector doctrinal és més prudent, i atenent a la lectura de l'art. 10 RSE semblaria no admetre l'afirmació que la SE té una nacionalitat europea. J. BÉGUIN, "L'avènement de la société européenne", *Mélanges P. Lagarde: Le droit international privé: esprit et méthodes*, Dalloz, 2005, pàg. 88.

<sup>1638</sup> L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, "El reglamento de la Sociedad Europea en el marco del Derecho comunitario de sociedades: consideraciones de política y técnica jurídicas", G. ESTEBAN VELASCO; L. FERNÁNDEZ DEL POZO (coords.), *La sociedad anónima europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, Marcial Pons, 2004, pàg. 25; 33 i ss; 44.

<sup>1639</sup> F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "El Reglamento de la Sociedad Europea: una primera lectura", *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, 2002, n. 217, pàg. 15-16. En el mateix sentit, V. MAGNIER, "La société européenne en question", *RCrDIPr*, 2004, pàg. 565.

<sup>1640</sup> E. LINDE PANIAGUA, "Capítulo III: El mercado interior (Libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales)", E. LINDE PANIAGUA (coord.), *Políticas de la Unión Europea*, 5ª ed., Colex, 2005, pàg. 137.

Per tal de redireccionar el debat respecte la consideració d'entitat supranacional d'una possible FE, s'analitzen els esborranys de Reglaments existents. Per una banda, la proposta presentada per l'EFC, la creació d'un ens propi europeu és més plausible. Efectivament, aquesta proposta regula detalladament una FE, amb un registre propi de naturalesa comunitària, una entitat supervisora també comunitària, i la remissió al dret nacional és mínima. Al contrari succeeix en el projecte dels experts, en el qual s'estableixen només les directrius essencials de la FE, amb remissions als ordenaments estatals i la supervisió i control exercides per les diferents administracions nacionals. Aquesta segona proposta s'assimila més als Reglaments de SCE i de SE, per tant, es plantejaria de nou la vertadera creació d'un ens comunitari.

En aquest punt, es considera oportú reprendre els exemples que utilitza el Parlament per argumentar l'ús inadequat de la base jurídica de l'art. 308 TCE, en concret: el Reglament 2001/94 del Consell, de 27 de juliol de 1994, relatiu a la protecció comunitària de les obtencions vegetals i; el Reglament 40/94 del Consell, de 20 de desembre de 1993, sobre la marca comunitària. En ambdós casos, es creaven òrgans administratius comunitaris, dotats de personalitat jurídica i d'autonomia financera i administrativa, fet que no succeeix en el Reglament de la SCE. Com s'ha assenyalat, en la proposta de l'EFC, sí que es proposen la creació d'organismes propis comunitaris de registre i de supervisió, i les remissions als ordenaments nacionals són reduïdes, característiques que ens fa considerar que la FE de la proposta de l'EFC estaria més propera a ser una autèntica entitat supranacional europea, justificant-se la base jurídica de l'art. 308 TCE. Respecte al projecte d'experts, tot i considerar que la proposta Reglament no crearia un ens supranacional, sinó, en tot cas, una fundació europea de base nacional (o territorial), de manera que no seria d'aplicació l'art. 308 TCE, es podria donar el cas que el Tribunal de Luxemburg es posicionés en el mateix sentit que en la SCE.

No podem passar de llarg l'anàlisi del Reglament sobre l'estatut i finançament dels partits polítics que crea les fundacions afiliades als partits polítics europeus<sup>1641</sup>. La base jurídica del tal Reglament es fonamenta en l'art. 191 TCE (art. 10.4 TUE i art. 224 TFUE)<sup>1642</sup> que preveu la regulació de l'estatut i

---

<sup>1641</sup> Reglamento (CE) No 1524/2007 del Parlamento europeo y del Consejo de 18 de diciembre de 2007 por el que se modifica el Reglamento (CE) no 2004/2003 relativo al estatuto y la financiación de los partidos políticos a escala europea. DOUE, L 343, 27.12.2007.

<sup>1642</sup> Art. 191 "Los partidos políticos a escala europea constituyen un importante factor para la integración en la Unión. Dichos partidos contribuyen a la formación de la conciencia europea y a expresar la voluntad política de los ciudadanos de la Unión. El Consejo, de conformidad con el procedimiento previsto en el

finançament dels partits polítics a escala europea, en cap cas legítima per regular altres qüestions. Si l'estatut dels partits polítics a escala europea ja es va preveure en el Reglament 2004/2003, s'ha d'entendre doncs, que s'ha regulat una fundació europea com a 'norma relativa al finançament dels partits polítics'? D'entre les funcions que s'atribueixen a aquestes fundacions, no hi figura el finançament dels partits polítics. No considerem encertada la base jurídica de l'art. 191 TCE per regular un 'fundacions polítiques a escala europea' matèria no prevista tampoc en l'art. 10.4 TUE. No seria d'aplicació l'art. 95 TCE (art. 114 TFUE), perquè el Reglament no pretén aproximar les disposicions legals dels Estats membres per a la consecució del mercat interior i el seu funcionament. Probablement, s'hauria d'haver utilitzat l'art. 308 TCE amb una interpretació àmplia, que no caldria segons el nou redactat de l'art. 352 TFUE. No és de preveure, però, que es plantegin dubtes respecte la base jurídica de tal Reglament, tenint en compte que tal institució beneficia a tots els partits polítics europeus, que al cap i a la fi són els que aproven les normatives europees.

La subsegüent qüestió que es planteja és, doncs, la naturalesa jurídica de les 'fundacions polítiques a escala europea'<sup>1643</sup>. En principi, el reglament no estaria instituint un ens supranacional, donat que aquestes fundacions es constitueixen i regeixen per un dret nacional, tot i que disposa unes característiques mínimes com són: la necessitat d'ostentar personalitat jurídica; que els membres pertanyin a Estats diferents; que es rendeixin comptes respecte les subvencions europees percebudes al Parlament Europeu; i també estableix algunes normes sobre la percepció de donacions o rendiments. Per tant, no preveu una regulació especial per aquestes fundacions, que estaran subjectes a una llei estatal. El que sí és cert, és que crea una institució nova amb l'etiqueta d'europea, que percebrà fons europeus, que no existia anteriorment en les regulacions nacionals o territorials, i

---

artículo 251, establecerá el estatuto de los partidos políticos a escala europea, y en particular las normas relativas a su financiación.” Després del Tractat de Lisboa, l'art. 191.1 TCE estaria derogat i substituït, en substància, per l'art. 10.4 TUE “Los partidos políticos a escala europea contribuirán a formar la conciencia política europea y a expresar la voluntad de los ciudadanos de la Unión”. L'apartat segon de l'art. 191 TCE es substituïria per l'art. 224 TFUE: “El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, establecerán mediante reglamentos el estatuto de los partidos políticos a escala europea, a los que se hace referencia en el apartado 4 del artículo 10 del Tratado de la Unión Europea, y en particular las normas relativas a su financiación.”

<sup>1643</sup> La definició es troba en l'art. 2.2 del Reglament 1524/2007, “fundaciones políticas a escala europea”: una entidad o red de entidades que tiene personalidad jurídica en un Estado miembro, con que está afiliada a un partido político a escala europea y que a través de sus actividades, dentro de los objetivos y los valores fundamentales perseguidos por la Unión Europea, apoya y complementa los objetivos del partido político a escala europea (...)”

que ara coexistirà amb les fundacions polítiques nacionals, en aquells ordenaments en què estiguin regulades<sup>1644</sup>.

## 2.2 Contingut de les propostes de la regulació de la fundació europea

### 2.2.1 Les diferències principals en les propostes

S'assenyalen a continuació les diferències principals entre els dos esborranys de propostes de Reglament de fundació europea, que serien<sup>1645</sup>:

- La proposta de l'EFC requereix que la FE tingui la seva finalitat fundacional d'interès públic en una **dimensió europea o internacional** (art. 2 proposta EFC) i que desenvolupi les seves activitats en com a mínim dos Estats membres (art. 1.4 proposta EFC). L'EFC ho justifica perquè aquesta exigència permetria distingir entre les fundacions europees i la majoria de fundacions nacionals que de forma general, no intervenen en més d'un Estat. De manera que una fundació amb fins comunitaris però que no travessa fronteres en l'exercici de la seva activitat, no podria aplicar-se-li l'Estatut de FE. En canvi, en el projecte d'experts no s'exigeix una dimensió europea respecte les finalitats d'interès públic, simplement estableixen que serveix a finalitats a nivell domèstic o/i internacional (art. 1.1 projecte). El grup d'experts no consideren ni necessària ni justificada la delimitació. Per tant, difereixen en l'àmbit espacial d'actuació de les fundacions, que en l'EFC ha d'abraçar com a mínim a dos territoris europeus, mentre que en

---

<sup>1644</sup> Aquesta fundació de partits polítics a escala europea és privada, i regulada per normes nacionals, per això es diferencien de les fundacions 'europees' que s'han presentat en el primer capítol d'aquesta tercera part, que són de caire públic, en què la regulació europea institueix normativa pròpia (com els òrgans de gestió o direcció). El legislador europeu apunta breument la seva estructura jurídica, l'absència d'afany de lucre i la composició de l'òrgan de govern, però són línies mestres mancades de definició donada l'amplitud en què s'han disposat. En relació a l'estructura jurídica, s'ha optat per que aquest tipus de fundació sigui una entitat amb personalitat jurídica, que "tindrà en l'Estat membre on estigui localitzada la seva seu" (art. 3.2.b). Interpretem que seu en aquest cas es refereix a la llei del lloc de la seva constitució perquè necessàriament es requereix d'una llei per tal de crear-la. La fundació té personalitat jurídica pròpia, separada del partit polític (art. 2.3; 3.2;), per tant, independent. A la relació entre ambdues entitats (necessàriament la fundació ha d'estar afiliada al partit polític (art. 2.4; 3.2.a) 5.5)), s'aplicarà la "legislació nacional". El dubte és saber quina llei nacional, la de l'Estat de la seu de la fundació, o ha de coincidir aquesta seu amb la del partit polític, o bé, la de l'Estat on tenen la seva seu? Respecte l'òrgan de govern de la fundació, el reglament disposa que aquest ha de tenir una "composició geogràficament equilibrada". Per tant, malgrat que la fundació serà constituïda per una llei estatal, preval la norma europea que especifica la composició dels Patronats, *boards* o consells de direcció. Com que l'aspiració de la fundació és necessàriament a escala europea, sembla un criteri lògic, ara bé, la qualificació 'd'equilibrat' no hauria de comportar discriminacions per raó d'origen en la composició del consell de direcció.

<sup>1645</sup> La proposta de l'EFC és acompanyada d'un concís text explicatiu. El projecte d'experts es publica amb una obra de gairebé quatre-centes pàgines, on a part de contenir apartats de dret comparat, analitza i explica cada un dels articles proposats. En concret, es comparen les dues propostes en aquest treball, per això s'utilitza com a base d'aquesta primera comparació, tot i que es complementa. K.J. HOPT; W.R. WALZ; T. VON HIPPEL; V. THEN (eds.), *The European Foundation. A New Legal Approach*, Verlag Bertelsmann Stiftung, Gütersloh, 2006, pàg. 53-54.

el projecte d'experts, no s'especifica l'àmbit espacial d'actuació. Pel que fa a les finalitats d'interès general o públic, haurien de ser, per l'EFC, a nivell europeu o internacional, mentre que en la proposta d'experts, el servei o finalitat pública a nivell domèstic (estatal/local) o/i internacional. El grup d'experts va avaluar el fet que les altres formes europees se'ls requereix dimensió europea, però consideren que en la SE i la SCE o l'AEIE, aquest requisit té una motivació política; i que un requeriment com aquest comportaria restriccions a les donacions transfrontereres, importants per a les fundacions<sup>1646</sup>.

- L'EFC proposa la creació d'una **'autoritat europea de registre'** que tindria com a competències el registre i la supervisió de les fundacions europees, que garantís la legalitat i la igualtat entre totes les fundacions europees (art. 6 proposta EFC); en canvi, la proposta d'experts, considera que el registre i el control seria efectuat per aquelles administracions existents en cada Estat membre. S'argumenta per aquesta opció l'estalvi dels elevats costos que comportaria la creació d'aquesta nova institució europea, evitant, també, un increment de burocràcia. A més, consideren que una autoritat de registre i control europea no és una idea realista, que qualifiquen d'improbable, ja que introduiria problemes polítics respecte el principi de subsidiarietat. Admeten, però, que seria necessari un alt grau de coordinació i cooperació entre les diferents autoritats nacionals.

- La proposta de l'EFC preveu menys **requisits i exigències legals al consell d'administració** (patronat o *board*) (art. 11 i 12 proposta EFC), si es compara amb el projecte d'experts que dedica un llarg i detallat article a la 'governance' (art. 4 projecte). L'extensió es deu a que el projecte d'experts incorpora la distinció habitual en els sistemes jurídics en dret de societats entre el sistema monista i al sistema dual, que, recordem, va ser la causant, en part, del retard en la regulació de la societat europea. En el sistema monista es preveu un únic òrgan d'administració de la fundació europea, i en el dual es distingeix entre l'òrgan de direcció i l'òrgan de control.

La creació d'un òrgan supervisor europeu, per part de la proposta de l'EFC comporta que el consell d'administració estigui sotmès al seu exclusiu control i supervisió, deixant en un segon pla els principis interns i privats de control, els quals són la base del projecte d'experts, que preveuen mecanismes estrictes de control privat, i en un pla subsidiari el control o supervisió estatal (art. 7 projecte

---

<sup>1646</sup> T. VON HIPPEL, en K.J. HOPT; W.R. WALZ; T. VON HIPPEL; V. THEN (eds.), *The European Foundation. A New Legal Approach*, Verlag Bertelsmann Stiftung, Gütersloh, 2006, pàg. 63.



d'experts). El grup d'experts opina que els mecanismes de supervisió privats són la solució òptima i que restringeix la supervisió pública.

- La proposta de l'EFC cobreix i detalla tota la **regulació de la fundació europea**, mentre que el projecte d'experts es limita a disposar les directrius generals, amb un mínim d'elements comuns que serien suficients per crear una FE de qualitat. El projecte es basa en el principi de subsidiarietat, de manera que només estableix les directrius essencials i deixa obert als legisladors nacionals la possibilitat d'introduir requisits addicionals (com seria la quantia mínima de dotació inicial, o la remuneració dels membres del consell d'administració). Aquesta porta oberta que s'ofereix al legislador nacional, podria comportar l'efecte *'race to the bottom'*, però el grup d'experts, atenent a la llibertat de competència en un mercat comú, no hi veuen cap problema, ja que és una decisió política de cada Estat d'establir les normes que considerin oportunes.

- En relació a la possible **regulació fiscal** de la FE, l'EFC proporciona només una aproximació legal basada en el principi de no discriminació, establint com a vincle d'aplicació la llei fiscal del país on es situa la seu estatutària. Incideixen també, en relació a les donacions transfrontereres a favor d'una FE, perquè s'apliqui al donant resident d'un Estat membre el mateix règim fiscal que s'aplicaria en el cas d'una donació a favor d'un organisme d'interès públic de la seva residència. El projecte d'experts, per la seva banda, realitza dues propostes, una basada també en el principi de no discriminació, i una altra, més detallada, que proposa una completa harmonització del dret fiscal *'Model Tax Law for the treatment of a European Foundation'*.

- Respecte la **lleï aplicable**, mentre la proposta de l'EFC estableix com a connexió el domicili social (*registered office - siège statutaire*), el projecte d'experts aposta clarament per la teoria de la incorporació, de manera que la fundació europea es regiria per la llei de l'Estat membre en què la FE estigui registrada, opció que s'argumenta per l'aplicació de la jurisprudència més moderna del Tribunal de Justícia.

### 2.2.2 La fundació europea: Sí, però quina?

En el context d'un possible Reglament que instituís una FE, caldria delimitar quin tipus de fundació pretén crear o regular el Dret europeu. Aital delimitació no implicaria necessàriament una restricció, sinó que simplement serviria per evitar conflictes de qualificacions. S'ha presentat en la primera part de l'estudi, la variada tipologia de fundacions existents segons diferents criteris, també l'abast de la definició de fundació i els problemes de qualificació existents. La identificació de

la figura de la fundació depèn de la definició que se li atorga, i una definició unitària per a tots els Estats membres de la UE és inicialment impossible, per això, caldria arribar a un consens, que implicarà, com resulta obvi, optar per un tipus de fundació i no un altre, amb unes característiques i no unes altres<sup>1647</sup>.

En aquest punt essencial de determinació de l'objecte, vegem resumidament els dos esborranys de projectes. En el primer article de la proposta de l'EFC, exposa en vuit apartats la naturalesa de la FE, resumidament: la fundació europea seria una entitat constituïda i gestionada de manera independent; que disposaria de dotació mínima de 50.000 euros; que es destinaria irrevocablement a l'interès públic; no disposaria de membres, però sí d'un consell d'administració amb la possibilitat d'òrgans suplementaris; la seva durada podria ser determinada o indeterminada; disposaria de personalitat jurídica; i exerciria necessàriament les seves activitats en com a mínim dos Estats membres. En el projecte dels experts (art. 1.1), la FE es constituïria separadament i seria independent; disposaria del seu propi òrgan de govern; disposaria de béns avaluable, drets o altres fonts, irrevocables; no tindria membres; i els seus fins serien d'interès públic.

L'opció escollida de fundació coincideix en general en ambdues definicions, i es caracteritzaria per ser: un òrgan independent, amb un patrimoni, i amb finalitat d'interès públic, sense membres i amb un òrgan d'administració. Coincideix, a grans trets, amb el tipus de fundació més clàssic de la majoria d'ordenaments jurídics<sup>1648</sup>.

El més important, al meu entendre, ha estat optar per la fundació amb fins d'interès públic. Així doncs, les seves finalitats serien necessàriament **d'interès general o públic** (*Public-Benefit Purpose*), s'exclourien, per tant, les fundacions amb interessos particulars, o familiars, i també les polítiques i les estrictament religioses<sup>1649</sup>. Un argument que complementa l'opció per regular fundacions amb

---

<sup>1647</sup> La pràctica d'introduir definicions de conceptes o figures jurídiques en la normativa convencional i/o institucional va ser iniciada per institucions tals com la Conferència de La Haia de Dret internacional privat o la *International Law Association* a inicis del segle XX. S'elaboren normes de conflicte de lleis comunes, i l'objecte està rigorosament definit amb un concepte unívoc. F. RIGAUX, *Derecho internacional privado. Parte general*, (traducción y adaptación al Derecho español por A. BORRÁS), Madrid, 1985, pàg. 364 i ss. L'autor ja advertia que aquesta pràctica resultaria útil en societats internacionals restringides, com el Mercat Comú que, al disposar d'una jurisdicció superior comuna, té atribuït el poder de controlar la forma en què els supòsits supranacionals seran interpretats per les jurisdiccions nacionals.

<sup>1648</sup> *Vid.* part I, cap. I, apartat 2.

<sup>1649</sup> En la proposta de l'EFC s'exclouen les finalitats religioses, però en el projecte dels experts s'inclou aquesta possibilitat, tot i ser coneixadors de les dificultats que entranya tal admissió. S'exclou la possibilitat de promocionar o finançar qualsevol partit polític o candidat, s'exclouen les fundacions polítiques, però sí s'admetrien fundacions que es dediquessin a la crítica o estudi de les polítiques o polítics, en base a la llibertat d'expressió dels individus (art. 6.3 projecte). Vegeu els comentaris: FRIER en: T. VON HIPPEL, en

fins d'interès general, rau en la valoració que considera que seria més fàcil pels Estats membres donar suport a una FE amb fins generals, que no pas amb finalitats privades i, a més, se'ls podria aplicar exempcions fiscals<sup>1650</sup>.

### 2.2.3 Característiques de la fundació europea

A continuació s'assenyalen, de forma general, algunes de les característiques principals que en ambdós esborranys de Reglament es proposen:

- La fundació europea seria un **ens independent** respecte l'Estat, que disposa d'òrgan de gestió, amb un estatut legal propi, i **no disposaria de membres**<sup>1651</sup>.
- S'admetria la fundació **temporal**, juntament amb la **perpètua**<sup>1652</sup>.
- Seria una entitat amb **personalitat jurídica** adquirida en el moment del seu registre<sup>1653</sup>, que li atribueix capacitat jurídica<sup>1654</sup> i amb responsabilitat limitada<sup>1655</sup>.

---

K.J. HOPT; W.R. WALZ; T. VON HIPPEL; V. THEN (eds.), *The European Foundation. A New Legal Approach*, Verlag Bertelsmann Stiftung, Gütersloh, 2006, pàg. 78 i ss; 237 i ss. Respecte les fundacions de caràcter polític, s'ha presentat la normativa europea que ha previst expressament (Reglament 1524/2007, del Parlament europeu i del Consell de 18 de desembre de 2007 pel que es modifica el Reglament (CE) 2004/2003 relatiu a l'estatut i el finançament dels partits polítics a escala europea (DOUE) L 343, 27.12.2007), obviant qualsevol proposta de fundació europea, les fundacions de partits polítics a escala europea. Aquestes tenen com a objectius els de recolzament i complement dels objectius del partit polític a escala europea, sempre respectant els valors fonamentals de la UE, en concret: "1. Observar, analitzar i contribuir al debat sobre aspectos de la política europea y sobre el proceso de integración europea; 2. Desarrollar actividades relacionadas con aspectos de la política europea, como por ejemplo organizar y prestar apoyo a seminarios, actividades de formación, conferencias y estudios sobre dichos aspectos entre los principales interesados, incluidas las organizaciones juveniles y otros representantes de la sociedad civil; 3. Desarrollar la cooperación con entidades del mismo tipo a fin de promover la democracia; servir de marco para que las fundaciones políticas, el mundo académico y otros actores nacionales importantes trabajen juntos a escala europea". El mateix reglament no deixa marge a possibles interferències entre les entitats, de manera que la gestió diària i els òrgans de govern d'una i altre estan separats. Així mateix, especifica que el finançament assignat a la fundació només s'utilitzarà per als objectius previstos, i en cap cas podrà utilitzar-se per a finançar campanyes electorals o referèndums.

<sup>1650</sup> Ambdós projectes inclouen un llistat exhaustiu i obert dels criteris que serviran per determinar l'interès públic de les Fundacions europees. Comprovem que s'hi pot encabir qualsevol matèria que podria beneficiar l'interès dels ciutadans (art. 2 proposta EFC): "les arts, la cultura i la conservació del patrimoni històric; l'ajuda a persones incapacitades o protecció a les persones incapacitades; ajuda als refugiats i als immigrants; drets civils o els drets humans; la protecció al consumidor; el desenvolupament nacional i internacional; l'ecologia o la protecció del medi ambient; l'educació, la formació i la cultura general; l'eliminació de les discriminacions racials, ètniques, religioses o per raó de incapacitat, o de qualsevol altre forma de discriminació prohibida per la llei; la prevenció i la reducció de la pobresa; la sanitat, el benestar físic i els medicaments; l'ajut humanitari o en cas de catàstrofe; l'aliança europea i internacional; la protecció i suport a la infantesa i a la joventut; la protecció i el suport a les persones desfavorides; la protecció o cura dels animals; la ciència; la cohesió social i la promoció del respecte a les minories; el desenvolupament econòmic i social; la protecció social; l'esport, l'atletisme amateur".

<sup>1651</sup> El grup d'experts va discutir el model a seguir, ja que existeixen regulacions nacionals sobre fundacions on s'admeten membres, finalment es va decantar per la tradició civil, que facilitaria la seva aplicació als països de *civil law* i evitaria confusions amb una possible Associació Europea. T. VON HIPPEL, en K.J. HOPT; W.R. WALZ; T. VON HIPPEL; V. THEN (eds.), *The European Foundation. A New Legal Approach*, Verlag Bertelsmann Stiftung, Gütersloh, 2006, pàg. 61-62.

<sup>1652</sup> Art. 1.6 proposta EFC; en el projecte d'experts es desprèn que la finalitat pot ser limitada en el temps quan es disposa que aquesta és una causa de la liquidació de la FE (art. 8.2).

Seria en el moment del seu registre que es comprovaria el compliment dels requisits legals exigibles. En aquest punt rau una de les diferències més notables entre ambdós propostes: mentre que l'EFC preveu la creació d'una autoritat europea independent de registre i control de les Fundacions europees; el projecte d'experts, utilitza la tècnica de la remissió als registres públics dels Estats membres, s'especifica que no es precisarà d'un reconeixement o permís d'un ens públic<sup>1656</sup>. Es comprova que ambdues propostes només admetrien la FE amb personalitat jurídica, i en certa mesura és lògic, ja que opten per reconèixer la seva existència, atorgant personalitat jurídica des del moment de la seva inscripció en el registre<sup>1657</sup>. Aquesta decisió podria ser un factor controvertit, que enfronta els ordenaments jurídics que regulen les fundacions com a entitats amb personalitat jurídica, front les fundacions sense personalitat, com seria el *charitable trust* anglosaxó o altres formes<sup>1658</sup>.

- Els **actes de constitució** previstos serien els clàssics: per acte *inter vivos*, públic o per declaració escrita; o *mortis causa*, per via testamentària<sup>1659</sup>. També es preveu de forma detallada en la proposta de l'EFC la constitució d'una FE per fusió i per transformació<sup>1660</sup>. El projecte del grup d'experts no inclou aquesta regulació, es

---

<sup>1653</sup> Art. 2 proposta EFC; art. 3 del projecte d'experts.

<sup>1654</sup> La capacitat jurídica de la FE també inclou la capacitat de posseir béns mobles i immobles, de rebre i posseir donacions i subvencions de tot tipus, s'inclouen també les accions i d'altres instruments negociables, i les donacions '*in nature*' provinents de tota font legal, on s'hi comprenen també les provinents d'Estats no membres de la Unió Europea.

<sup>1655</sup> En l'art. 12 proposta EFC, art. 4 projecte d'experts.

<sup>1656</sup> Art. 6 proposta EFC; art. 7 projecte d'experts. S'analitzarà amb més detall posteriorment.

<sup>1657</sup> Art. 3 proposta EFC; art. 2 projecte d'experts.

<sup>1658</sup> *Id.* part I, cap. I, apartat 2.3.1. Posteriorment, es reprenen els problemes que poden sorgir.

<sup>1659</sup> Art. 5.1 proposta EFC; art. 3 apartats 2 i 3 del projecte d'experts.

<sup>1660</sup> Art. 5 proposta EFC. La "constitució per fusió" seria realitzable per part de dues o més fundacions d'un o més Estats membres, per tant, inclou la possibilitat de dues fundacions del mateix Estat, que pretenguin fusionar-se i convertir-se en una FE; o bé, dues fundacions (o més) establides en Estats membres distints. Caldria que els consells d'administració (patronats, *boards*, etc.) de cada fundació proposessin tal fusió, la qual hauria de ser admesa pels Estatuts de cada fundació. S'elaboraria un 'Projecte de fusió' que s'adreçaria a l'autoritat competent de l'Estat membre on estigués registrada la fundació o hi tingués la seva seu, i s'atendria a la legislació de cada Estat implicat. Un cop obtingut el certificat de terminació dels actes i formalitats previs per a la fusió, es presentaria davant l'autoritat europea de registre en el termini del sis mesos següents al seu lliurament, autoritat que la inscriuria un cop complerts els requisits, i es publicaria en el DOUE. La creació de fundació europea per fusió, inclouria les dues possibilitats conegudes: la fusió per creació d'una nova persona jurídica, de manera que tots els actius i passius de les fundacions d'interès públic es transferirien a la fundació europea creada *ex novo*. I la fusió per absorció, així, tots els actius i passius de la fundació adquirida es transferirien a la fundació absorbent. I l'absorbida deixaria d'existir, alhora que l'absorbent esdevindria FE. La "constitució d'una fundació europea per transformació d'una fundació nacional", és una decisió que adoptaria el consell d'administració de la fundació d'interès públic. Destacar que, de la mateixa manera que es preveu en la SE i en la SCE, la transformació no implica la dissolució de l'organització ni la creació d'una nova persona

limita, en relació a la transformació de les fundacions nacionals en FE i viceversa, a remetre's a la proposta de l'EFC<sup>1661</sup>.

- La legitimació per constituir una FE exigeix **vinculació del fundador amb el territori europeu**. La diferència principal és que en la proposta de l'EFC limita la legitimitat als subjectes residents en Estats membres<sup>1662</sup>, mentre que en el projecte d'experts, preveu que tindrien dret a establir una FE *'anybody'* que complís els requisits de constitució pertinents. És, posteriorment, en l'estudi de desenvolupament del projecte, que s'especifica que el subjecte, qualsevol persona física o jurídica, es trobi a l'interior de la Unió Europea<sup>1663</sup>.

- Les Fundacions Europees, disposarien d'un **patrimoni inicial o dotació** que seria irrevocable, i que donaria viabilitat al fi fundacional. En el cas de la proposta de l'EFC, estableix una quantia mínima de 50.000 euros, per tal de garantir una certa solidesa financera en un projecte d'àmbit europeu o internacional. Considerant, a més, que contribueix a comportar confiança a les autoritats i als ciutadans, per tant, propiciaria l'acceptació en tota la Unió Europea. Per contra, el grup d'experts, després de discutir-ho amb deteniment, advoquen per no establir una quantia, ja que cada finalitat requereix fons diferents, així, la quantia exigible seria la necessària per acomplir la finalitat de la fundació segons els criteris que fixi l'autoritat estatal competent<sup>1664</sup>.

---

jurídica. Respecte aquest darrer punt, assenyalar que seria així en la majoria dels casos, però, en el supòsit que l'entitat que es pretengués transformar fos una *charity trust* anglesa, a aquesta s'entén que li serà preceptiu la constitució d'una persona jurídica fins el moment no existent. Es precisa que la transformació estigui permesa en els estatuts de la fundació. Creiem que aquesta norma ha de ser interpretada de forma laxa, ja que no hi deu haver estatuts de fundacions que actualment prevegin expressament la possibilitat de transformar-se en una fundació europea (excepcionalment, per exemple, l'*European Foundation for Rural Investment Support for Europe* (RISEF), van incloure una previsió en els seus Estatuts segons la qual la fundació adoptaria la forma de Fundació Europea tant aviat com entrés en vigor el Reglament sobre l'Estatut de Fundació Europea. *Vid.* part III, cap. I, apartat 1.1. Entenem que una simple menció a la possibilitat d'actuar extraterritorialment, o en projectes que abracin més d'un territori estatal seria suficient, sempre i quan sigui viable el projecte. Es precisaria, de la mateixa manera que per a la fusió, un 'projecte de transformació' on hi constarien les informacions precisades, s'adreçaria a l'autoritat competent de l'Estat membre en el qual la fundació estigués registrada o hi tingués la seva seu, i es presentaria davant l'autoritat europea, la qual la registraria i en donaria publicitat en el DOUE.

<sup>1661</sup> T. VON HIPPEL, en K.J. HOPT; W.R. WALZ; T. VON HIPPEL; V. THEN (eds.), *The European Foundation. A New Legal Approach*, Verlag Bertelsmann Stiftung, Gütersloh, 2006, pàg. 59.

<sup>1662</sup> Qualsevol persona física resident en un o diversos Estats membres, així com les persones jurídiques (s'inclouen les públiques, nacionals, regionals o locals) legalment constituïdes residents en un o diversos Estats membres, estan legitimades per constituir una Fundació Europea. Art. 5 apartats 2 i 3 proposta EFC.

<sup>1663</sup> T. VON HIPPEL, en K.J. HOPT; W.R. WALZ; T. VON HIPPEL; V. THEN (eds.), *The European Foundation. A New Legal Approach*, Verlag Bertelsmann Stiftung, Gütersloh, 2006, pàg. 109.

<sup>1664</sup> Art. 1.3 proposta EFC, art. 1 projecte d'experts. K.J. HOPT; W.R. WALZ; T. VON HIPPEL; V. THEN (eds.), *The European Foundation. A New Legal Approach*, Verlag Bertelsmann Stiftung, Gütersloh, 2006, pàg. 210-213.

- Coincideixen ambdues propostes en el fet que les fundacions europees podrien realitzar **activitats comercials o econòmiques**, sempre que els guanys es reinvertissin directament en la persecució dels fins d'interès públic i que aquestes activitats econòmiques no fossin l'objectiu principal<sup>1665</sup>. Difereixen, però, en l'actor de tals activitats; la proposta de l'EFC admetria la doble possibilitat d'actuació econòmica: la directament exercida per la FE, i la indirecta, a través d'una altra entitat jurídica (empresa instrumental), mentre que el projecte d'experts només admetria la segona opció, és a dir, que només es pogués actuar a través d'empresa instrumental o participar d'una empresa<sup>1666</sup>.

- Són **ens sense ànim de lucre**, perquè no distribueixen els guanys o rendes ni al fundador o donants, ni tampoc als dirigents, treballadors o persones vinculades a la fundació (malgrat que es pot preveure remuneració per als treballadors, o rescabament de despeses o sou per als directius). Així, els actius i rendes de la FE seran utilitzats per a la consecució d'objectius d'interès públic<sup>1667</sup>. Ara bé, el projecte d'experts admet una particularitat<sup>1668</sup>, que consisteix en el fet que un percentatge d'ingressos puguin ser destinats a beneficiar el fundador, la seva parella i fills. Aquesta possibilitat, però, no implica l'admissió de fundacions familiars, ja que els fins fundacionals sempre han de ser per l'interès general i no particular<sup>1669</sup>.

---

<sup>1665</sup> Art. 4.4 proposta EFC; art. 6.2 projecte d'experts.

<sup>1666</sup> El grup d'experts va decidir proposar una norma més estricta respecte d'aquelles que en general es preveuen en els Estats membres, i per això prohibeixen la participació directe d'activitats econòmiques per part de la Fundació Europea. "The proposed rule prohibits trading directly by a foundation. Foundations are, however, allowed to use a subsidiary company for any other kind of trading (unrelated economic activity) is only permitted if the profits derived from this are used only in pursuance of the foundation's public-benefit purposes (...)." Tampoc permet a una empresa mercantil convertir-se en una Fundació Europea: "i) Such a stricter regulation may be more acceptable to Member States by demonstrating that the European Foundation would not be a means of circumventing the existing rules for business organizations. ii) A more liberal approach would require adequate rules for the protection of the creditors of the foundation. Such rules are mainly part of company law, commercial law and insolvency law. (...) with the consequence that the developed standards of national company law, commercial law and insolvency law remain applicable to any such trading". El projecte preveu, però, que una Fundació Europea pugui participar en els interessos d'una empresa mercantil, sempre que els guanys es destinin a l'interès públic, fins i tot en activitats no connexes amb la finalitat fundacional. Les importants diferències existents en les regulacions estatals en aquesta matèria (en algunes les fundacions s'assimilen a les empreses mercantils, mentre que en altres no poden realitzar cap tipus d'activitat econòmica), i amb la finalitat de protegir els interessos del creditor, s'ha optat per excloure les activitats de la fundació de forma directa. T. VON HIPPEL, en K.J. HOPT; W.R. WALZ; T. VON HIPPEL; V. THEN (eds.), *The European Foundation. A New Legal Approach*, Verlag Bertelsmann Stiftung, Gütersloh, 2006, pàg. 220-221; 222.

<sup>1667</sup> Art. 1.7 proposta EFC; art. 1.3 projecte d'experts.

<sup>1668</sup> Art. 1.3, 2n apartat, projecte d'experts.

<sup>1669</sup> En el text explicatiu, es reitera que la 'certainty of intention' és irrevocablement establir una FE que serveixi a interessos generals, sense que se'n pugui desprendre un ulterior objectiu com podria ser crear una fundació familiar. La possibilitat que un reduït nombre de beneficiaris privats puguin percebre un

## 2.2.4 El registre de la fundació europea

La diferència més notable entre les dues propostes de FE giren al voltant de l'entitat competent per efectuar el registre i supervisió d'aquesta, optant per sistemes oposats. En la proposta de l'EFC, s'introdueix un nou agent, amb personalitat europea i exclusivament creat per ocupar-se del registre i del control de les Fundacions europees, el qual actuaria amb plena independència respecte les institucions de la Unió Europea, dels governs, quasi-governos, i de tot organisme públic, actuant al marge de qualsevol influència política<sup>1670</sup>. En canvi, en el projecte d'experts no es preveu un òrgan propi europeu, sinó una remissió als òrgans de cada Estat membre, els quals s'encarregarien del registre i supervisió de la FE<sup>1671</sup>. Per tant, cada legislació disposaria de normativa pròpia sobre el procediment de registre, amb unes indicacions comunes, com que el procediment s'iniciaria amb la revisió, per part de l'autoritat registradora, de l'acta notarial i els estatuts. En un termini de seixanta dies declararia l'acord de registre de la fundació com a FE si es complissin els requisits, en cas contrari refusaria la inscripció. En el registre s'inclouria la identificació del fundador, la dotació, el nom, l'oficina de registre, la finalitat de la fundació, els primers membres del consell de direcció, i els primers membres del consell de supervisió, en cas que existís. Aquest registre es publicaria al Diari Oficial intern de l'Estat membre. El Registre públic estatal, hauria de ser accessible a qualsevol persona que ho sol·licités, i les seves decisions podrien ser recorregudes davant dels tribunals interns, i en darrera instància davant el TJCE.

Per tant, el sistema proposat per l'EFC de creació d'una entitat europea única de registre de fundacions europees, seria, a priori, el més adient. Les tasques de registre i control centralitzades constituïrien la solució més adequada per garantir la transparència i el bon funcionament de les fundacions europees. Amb un sol òrgan administratiu, supranacional i independent és garantiria la legalitat i la igualtat de les fundacions europees en tot el territori comunitari, així com

---

percentatge concret de renda (proposen un 30%), es justificaria perquè així es contempla en algunes normes estatals. Per afegir-hi més arguments, recorden que són molts els legitimats que poden obtenir una còpia de l'informe d'auditoria; així mateix, qualsevol familiar beneficiari es troba sotmès al control exercit per l'autoritat pública. T. VON HIPPEL, en K. J. HOPT; W. R. WALZ; T. VON HIPPEL; V. THEN (eds.), *The European Foundation. A New Legal Approach*, Verlag Bertelsmann Stiftung, Gütersloh, 2006, pàg. 94-100. Es denota en la regulació proposada que el grup de treball de redacció del *Draft* estava configurat essencialment per juristes alemanys, aital influència es comprova en d'altres qüestions, com en la proposta d'un sistema dual d'estructura de la fundació (òrgan de direcció i un òrgan de control).

<sup>1670</sup> Art. 6 proposta EFC. Es detalla la composició d'aquesta autoritat, que seria de cinc membres, dels quals com a mínim un seria jurista i expert en dret de fundacions. Aquests membres serien nomenats per decisió del Consell Europeu i del Parlament Europeu a proposta de la Comissió Europea.

<sup>1671</sup> Art. 3.5 projecte d'experts.

proporcionaria seguretat jurídica dels tercers. La decisió de registre es publicaria al Diari Oficial de la UE. Ara bé, aquesta proposta és tant ideal com difícil o costosa de realitzar. Les crítiques a un registre europeu, per part dels redactors del projecte de fundació europea, es fonamenten en el fet que consideren que podria comportar problemes polítics suscitats per l'aplicació del principi de subsidiarietat, a més de ser una proposta amb elevats costos econòmics i burocràtics. Per això, proposen una solució més realista, basada en el registre de la FE en els registres, o administracions internes dels Estats membres. Aquesta segona opció, que semblaria més senzilla, no es pot afirmar que sigui la més eficaç. La realitat dels registres interns de fundacions a Europa difereix enormement d'un país a un altre, en alguns Estats el registre funciona a la perfecció, com seria el cas, entre altres, d'Anglaterra i Gal·les o els Països Baixos. En d'altres ordenaments, per contra, la descentralització i descoordinació són les característiques principals, com és el cas espanyol o italià; i en d'altres, no existeixen tals registres, com a França o Bèlgica<sup>1672</sup>. Clar que tals problemes es podrien suplir amb l'obligació de preveure normes d'adaptació al Reglament, entre les quals, s'hauria d'instar a les administracions competents de cada Estat a regular la matèria, tot establint un protocol de registre comú en tots els Estats. No sembla, doncs, una tasca massa senzilla.

Si en un futur es regulés la FE, considerem que la seva proliferació no seria ràpida. Seria de preveure la fusió esglaonada d'algunes preexistents (que actualment es troben diversificades en fundacions independents però dirigides per un mateix consell de direcció o patronat). També se'n constituïrien *ex novo*, però en quanties reduïdes, si més no inicialment. Amb aquesta suposició, no resultaria lògic haver de regular i crear una entitat europea, amb totes les despeses que comportaria per un nombre reduït d'usuaris, que serien les Fundacions europees. Per tant, semblaria més lògica l'opció d'aprofitar i adaptar els registres nacionals. Ara bé, amb el mateix argument segons el qual serien poques les Fundacions Europees, la diversificació de registres i la diferència existent entre aquests, malgrat una certa harmonització a través de les normes d'adaptació del Reglament en els ordenaments interns, ens fa concloure que el resultat seria un sistema poc transparent, dissímil en les regulacions estatals o/i regionals tot provocant una certa inseguretat jurídica.

Després d'analitzar els diferents sistemes legals sobre fundacions d'alguns Estats membres, i comparant-ho amb l'experiència obtinguda fins el moment en relació

---

<sup>1672</sup> *Vid.* part I, cap. II, apartat 1.3.2.



a la Societat Europea, es podria considerar que la proposta més encertada en termes d'eficàcia seria la del Centre Europeu de Fundacions (EFC). Disposar d'un Registre únic, amb les indicacions uniformes de la documentació a aportar i les exigències legals comunes que hauria de complir la FE, facilitaria als fundadors la seva constitució. Igualment, establir el moment exacte en què la fundació es considera constituïda, aquest és el moment d'inscripció, deixaria enrere l'interrogant de l'inici de la seva personalitat, malgrat sigui per fusió o transformació<sup>1673</sup>. Aquest sistema de registre únic europeu implica, a més, una autèntica transparència, ja que les dades serien públiques i consultables en un sol registre, i no en tants registres com Estats integren la UE<sup>1674</sup>.

### **2.2.5 Òrgan de decisió o direcció i estructura de la fundació europea**

Malgrat coincidir les dues propostes de FE en que són ens independents i amb personalitat jurídica, no disposen un mateix sistema de direcció i gestió. En la proposta de l'EFC, es preveu un sol òrgan de direcció, el 'consell d'administració', format de com a mínim tres membres, que assumiria la responsabilitat de les decisions precises, la gestió i la representació de la fundació. Activitats que executarien amb lleialtat, diligència i precaució, vetllant pel respecte a la llei<sup>1675</sup>. La responsabilitat de la FE es limitaria al seu propi actiu, i només serien personalment responsables el membres del consell d'administració en cas de negligència deliberada i greu o per no complir amb els seus deures<sup>1676</sup>. El control de legalitat i supervisió s'executaria per un òrgan extern europeu, en concret, per la mateixa autoritat europea de registre, la qual tindria per missió

---

<sup>1673</sup> L'únic que pot plantejar problemes és la indeterminació del temps de què disposa l'autoritat per controlar i acceptar o refusar la inscripció de la Fundació Europea. Val a dir, a favor de la indeterminació temporal, que el control de la legalitat dels procediments de fusió o el de transformació, ha d'implicar necessàriament el control de més documentació que en el cas d'una fundació europea de nova constitució. Suposem que aquest és el motiu pel qual no s'ha fixat un termini concret.

<sup>1674</sup> En l'experiència de la SE, s'han ofert les dades disponibles a inicis del 2008, de més d'un centenar de SE. Les dades no són fàcils d'obtenir, ja que el cercador en el DOUE no ho permet, per això és d'utilitat el web de l'*European Trade Union Institute* que juntament amb la *SEEurope*, recopilen les dades de SE, <[www.worker-participation.eu](http://www.worker-participation.eu)>. Si en la proposta de FE s'optés per la via d'utilitzar els registres dels Estats membres, s'hauria de procurar igualment, un registre en què es centralitzessin les dades, probablement, a través d'un sistema informàtic unificat de totes les administracions europees, on la informació circularia sense necessitats de legalitzacions de documents, proporcionant informació a temps real. Vegeu la proposta que en aquest sentit elabora part de doctrina italiana en dret de societats, en la qual plantegen la creació d'un registre europeu de l'empresa, com un instrument d'informació econòmica, dotat de valor legal de tots els operadors econòmics del mercat, que es basaria en el principi del control del país d'origen i el principi de reconeixement mutu. E. BOCCHINI, *Il registro europeo delle imprese*, Cedam, 2003, espec. pàg. 1-17. Vegeu també, l'*European Business Register* (EBR), <[www.ebr.org](http://www.ebr.org)>.

<sup>1675</sup> Art. 11 proposta EFC.

<sup>1676</sup> Art. 12 proposta EFC.

garantir que el consell d'administració actués conforme els estatuts de la fundació i el Reglament<sup>1677</sup>. Cal advertir, però, que en l'art. 8.1. (f) preveu la possibilitat de crear altres òrgans, com per exemple, un òrgan de control intern suplementari, no obstant això, aquest no reduiria les competències atribuïdes a l'autoritat europea de registre.

En el projecte d'experts, també s'exigeix als òrgans directius el deure de lleialtat en l'exercici de les seves responsabilitats complint la llei, així com respondrien personalment en cas de negligència<sup>1678</sup>. La diferència entre els esborranys, rau en l'estructura de l'organització interna, ja que el projecte d'experts ha optat per possibilitar una doble estructura. Per una banda, un sistema monista (amb un òrgan d'administració) o bé, un sistema dual o bicèfal (amb un òrgan de direcció i un òrgan de control). Aital proposta és comparable amb la normativa sobre societats alemanya, i pertany a una de les possibilitats d'executiu bicèfal de les fundacions franceses. Es preveu l'existència de l'òrgan de control intern (*Supervisory Board*; art. 4.2 projecte) en una FE, quan les rendes o els pressupostos excedissin d'una determinada quantia (encara per determinar), en la resta de casos, l'existència d'aital òrgan de control seria voluntari<sup>1679</sup>. La seva regulació seria continguda en els propis estatuts, però també s'admetrien remissions a la normativa estatal, malgrat que aquest sistema dual o bicèfal en matèria de fundacions no es troba regulat en tots els ordenaments i, per tant, caldria adaptar les legislacions estatals i subestatals. El projecte detalla la composició dels

---

<sup>1677</sup> Art. 14 proposta EFC. Aquesta òrgan europeu, controlaria la legalitat i la situació financera de la FE. En cas necessari tindria competència per nomenar un expert independent per investigar sobre l'activitat de la fundació, podria exigir informació, congelar temporalment els comptes bancaris de la fundació i prendre les mesures d'urgència pertinents; designar un administrador judicial i gerent independent substituint el consell d'administració; podria proposar la seva dissolució, en el cas que l'objecte no fos possible de complir o il·legal, o fos precís per protegir la seguretat pública o per prevenir la criminalitat, protegir la salut pública o els drets i llibertats per preservar l'ordre públic.

<sup>1678</sup> Art. 4.1.1 apartats 2 i 4 projecte d'experts.

<sup>1679</sup> "The idea behind this rule is to guarantee as far as possible that foundations large enough to attract general public interest really do fulfil their duties in the best interests of their beneficiaries and the donating public – non of whom have the enforcement rights needed to achieve this for themselves. This is also the reason behind the obligation of the Supervisory Board in case of serious irregularities to try to make the Board of Directors take necessary action and, if this does not work, to refer the matter to the auditor and/or to the State supervisory authority. (...) The main duty is to ensure that the Board of Directors fulfils its duties to manage the foundation (...)". K.J. HOPT; W.R. WALZ; T. VON HIPPEL; V. THEN (eds.), *The European Foundation. A New Legal Approach*, Verlag Bertelsmann Stiftung, Gütersloh, 2006, pàg. 176 i ss. Les competències del *Supervisory Board*, que podria ser una persona jurídica, serien, resumidament: accés als llibres i a la informació respecte el funcionament de la fundació, les seves inversions i les seves activitats i negocis en general. En el cas de descobrir irregularitats, podrien actuar preventivament, i informar a l'autoritat estatal.

membres de l'òrgan de direcció en què només s'admetrien persones físiques<sup>1680</sup>; el procediment d'elecció<sup>1681</sup>; les funcions de l'òrgan de control intern; els drets del fundador; els drets dels beneficiaris; i els drets de tercers<sup>1682</sup>.

### 2.2.6 La supervisió o control de la fundació europea

En els anteriors apartats exposàvem que la proposta de l'EFC es basa en la creació d'un ens europeu, independent, que tindria com a missions: el registre i la supervisió de la FE<sup>1683</sup>. S'ha exposat la primera funció, la de registre, a continuació es resumeix en què consistiria el control. L'autoritat europea hauria de vetllar que el Consell d'administració actués conforme als seus estatuts i les disposicions del Reglament. Tindria la competència d'investigar possibles actuacions irregulars del Consell d'administració, com malversacions de fons o mala gestió, sempre que es justificuessin motius raonables per la seva intervenció. També podria ordenar mesures cautelars de prevenció quan hi haguessin sospites que l'actiu de la fundació estigués en perill. Podria designar també un administrador judicial i un gerent independent si no es gestionessin correctament els negocis. I, fins i tot, podria proposar a un tribunal la dissolució de la fundació si esdevingués impossible aconseguir el fi fundacional. Així mateix es preveuen garanties de transparència sobretot per protegir els interessos dels tercers contractants amb la FE<sup>1684</sup>

---

<sup>1680</sup> En la proposta de l'EFC admeten com a membres, tant persones físiques com jurídiques, en canvi en el projecte d'experts s'exclou la possibilitat de representants de persones jurídiques, les raons esgrimides són per garantir la transparència; la possibilitat de canvi ràpid en les persones físiques, no essent així en les jurídiques; la certesa que comporta saber exactament qui és membre del consell, en canvi en la persona jurídica hi ha incertesa. K.J. HOPT; W.R. WALZ; T. VON HIPPEL; V. THEN (eds.), *The European Foundation. A New Legal Approach*, Verlag Bertelsmann Stiftung, Gütersloh, 2006, pàg. 155.

<sup>1681</sup> Els primers membres serien escollits pel fundador, i el període de mandat seria de quatre anys, amb possibilitat de reelecció. Es preveu la possibilitat de renunciar al càrrec sense precisar justificació, així com es preveu les causes de destitució. (Art. 4.1.3 proposta d'experts).

<sup>1682</sup> S'atribueix als 'beneficiaries' que tinguessin interès legítim, la possibilitat d'informar a l'òrgan supervisor estatal de l'incompliment de les responsabilitats del consell de direcció o de l'òrgan supervisor; l'autoritat estatal, hauria d'emetre un informe al respecte en un termini de seixanta dies (art. 4.4 projecte). En el mateix sentit podrien també actuar els donants, creditors, treballadors, arrendataris o tercers (art. 4.5 projecte). Detalladament explicat en: K.J. HOPT; W.R. WALZ; T. VON HIPPEL; V. THEN (eds.), *The European Foundation. A New Legal Approach*, Verlag Bertelsmann Stiftung, Gütersloh, 2006, pàg. 129-193.

<sup>1683</sup> Art. 14 proposta EFC.

<sup>1684</sup> L'art. 10 de la proposta de l'EFC tindria com a finalitat, la protecció dels tercers que desenvolupessin activitats amb la fundació, per això preveu exigències formals en la documentació emesa per la FE que proporcionaria informació a la FE. La norma preveu que els documents i cartes de la FE haurien d'indicar de forma clara: el nom de la fundació seguida de la sigla FE; el número de registre; l'adreça de la seu social; i en cas necessari, el fet que la fundació europea estigui sotmesa a un procediment d'insolvència o de liquidació.

Les tasques atribuïdes a aquesta autoritat són assimilables a les de les autoritats administratives i de registre d'alguns ordenaments nacionals, seria l'òrgan de control previ, el registre, i l'òrgan de control posterior, tant legal com comptable de les fundacions europees (protectorat, *charity commission*, etc.). Tot i ser, doncs, una regulació intervencionista, la unificació de totes les competències de control i registre en un sol òrgan, alleugeriria considerablement la restricció que algunes normatives nacionals disposen en els seus difícils entramats legislatius en què intervenen massa sovint un excés d'administracions.

Per contra, en el projecte d'experts, s'opta per remetre's als registres (o òrgans administratius) estatals per a què efectuïn el registre de les FE. I, en relació a la supervisió preveu una doble possibilitat. Per una banda, introdueix l'opció d'un control exercit per un òrgan intern (*Supervisory Board*), en l'art. 4.2 del projecte. Per altra banda, també manté el control exercit pels òrgans estatals (*State supervisory authority*) en l'art. 7 del projecte, en el qual disposa que la FE estaria subjecte a la supervisió de l'autoritat pública en l'Estat membre on la FE estigués registrada, amb l'auxili de les autoritats supervisores estatals dels Estats membres on la fundació tingués altres oficines<sup>1685</sup>.

Un cop més, el projecte fa ús de la remissió als ordenaments interns dels Estats membres. La FE estaria sotmesa al control o supervisió dels organismes públics dels Estats membres i, per tant, aplicarien la seva llei per desenvolupar aquestes tasques. Els redactors del projecte, tot i preveure un òrgan supervisor intern, consideren que la pròpia naturalesa de la fundació precisa un control independent per salvaguardar la confiança en la seva integritat, però estableixen unes línies generals a seguir, limitades al mínim, ja que la majoria de funcions romandrien en mans de l'òrgan supervisor privat o intern<sup>1686</sup>.

---

<sup>1685</sup> En el projecte, l'autoritat supervisora tindria competència de control, per exemple, controlar els comptes anuals (art. 5.2); obtenir informació de l'auditoria independent en cas d'irregularitats importants (art. 5.3-4); revisar l'informe anual si no ho fa el *Supervisory Board* (art. 7.2); respecte modificacions estatutàries, o canvi en el fi fundacional, el qual no podria variar en relació a l'objectiu fixat pel fundador (art. 8.1); o tindria potestat per liquidar una fundació europea si els fins fundacionals esdevinguessin impossibles, el patrimoni és insuficient, o ha expirat el termini (art. 8.2 projecte). Comentaris al respecte: K.J. HOPT; W.R. WALZ; T. VON HIPPEL; V. THEN (eds.), *The European Foundation. A New Legal Approach*, Verlag Bertelsmann Stiftung, Gütersloh, 2006, pàg. 243; 257-272. En el projecte no es determina quines haurien de ser aquestes autoritats públiques, de manera que seria decisió de cada Estat membre. Probablement, es pensa en utilitzar les institucions públiques de control específiques per fundacions, quan existeixi. Sembla difícil la seva coordinació quan pot resultar complicat determinar les autoritats implicades, caldria realitzar un llistat dels organismes públics competents (com s'ha previst en altres Reglaments), introduint-hi els organigrames descentralitzats d'alguns Estats i, fins i tot, alguns formularis estandarditzats per sol licitar la col·laboració.

<sup>1686</sup> L'argument esgrimit per a regular simples línies mestres és la complexitat de conjuminar les diferents tradicions dels Estats membres, situació que reafirmaria la innecessària i complicada harmonització, preveient doncs "*only a rudimentary framework of fundamental principles, leaving much latitude for the Member States*"

Respecte la **comptabilitat** de les fundacions europees i la presentació dels comptes anuals, les propostes coincideixen en basar-se en els principis de transparència i informació de la situació financera. La principal diferència resideix de nou en l'òrgan que supervisaria la comptabilitat. En la proposta de l'EFC seria de nou l'òrgan europeu de registre<sup>1687</sup>; i en el projecte d'experts es remetrien els comptes a l'òrgan supervisor estatal, el qual actuaria segons uns estàndards de comptabilitat, també precisant, quan la FE fos de determinades dimensions, d'auditoria independent<sup>1688</sup>.

El control comptable es troba generalitzat en la majoria d'ordenaments jurídics, és essencial per evitar la malversació de fons o el blanqueig de capitals i, en definitiva, per tal de garantir la consecució del fi de la fundació, per tant, vetllar pel compliment de la voluntat fundacional. Ara bé, el control comptable proposat ha pres una nova direcció que es focalitza en evitar un dels temors que s'ha estès en la política i societat actuals, ens referim a les activitats de les organitzacions criminals. Certament els controls de legalitat jurídica i administrativa són essencials, però és en el control comptable on recau la prevenció a les subvencions a accions criminals<sup>1689</sup>.

### **3. LES QÜESTIONS DE DIPR EN LES PROPOSTES DE REGLAMENT D'ESTATUT DE FUNDACIÓ EUROPEA**

A continuació s'analitzaran les qüestions que es consideren més interessants des de la perspectiva del DIPr de les dues propostes, que es recorda, no són oficials. Es deixa apartat el tema de la competència judicial internacional, donat que no es tracta en les dues propostes. Simplement, en el projecte d'experts, es limita a disposar que qualsevol decisió de l'autoritat estatal supervisora podrà ser apel·lada davant dels tribunals (art. 7 *in fine*). Segons els redactors, en la majoria d'Estats membres serà un control administratiu, per tant, tribunals ordinaris

---

K.J. HOPT; W.R. WALZ; T. VON HIPPEL; V. THEN (eds.), *The European Foundation. A New Legal Approach*, Verlag Bertelsmann Stiftung, Gütersloh, 2006, pàg. 56; 58; 212; 240-245.

<sup>1687</sup> Art. 13 proposta EFC. La FE hauria de dur un registre comptable precís, que li servís per efectuar pressupostos anuals complerts i exactes, així com els informes de l'activitat anual (on s'inclouria el llistat de subvencions distribuïdes) que es remetrien a l'autoritat europea. Preveu que en cas d'ingressos superiors a una quantia encara no determinada en la proposta, o actius superiors tampoc fixats, es sotmetrien els comptes a una auditoria professional.

<sup>1688</sup> Art. 5 projecte d'experts.

<sup>1689</sup> Per exemple, en l'apartat 2 de l'art. 13 *in fine* de la proposta de l'EFC, especifica que l'informe d'activitat anual ha d'incloure el llistat de subvencions distribuïdes, tot i que s'afanya a aclarir que es respectarà la vida privada del beneficiari.

administratiu<sup>1690</sup>. Per tal de determinar els tribunals competents en cas que sorgeixi una causa a resoldre judicialment respecte una FE, s'atendria a la normativa general sobre determinació de fur competent segons la matèria a resoldre tal i com s'ha presentat en la segona part.

### 3.1 Problemes de qualificació

Podrien sorgir problemes de qualificació en el cas d'aprovació d'algun dels projectes presentats en les línies precedents. La base de l'anàlisi es centrarà en dues possibles controvèrsies, per una banda, respecte la delimitació i qualificació de les fundacions europees com a persones jurídiques, i per l'altra, la sempre difícil concepció d'interès general com a fins que necessàriament han de perseguir les fundacions europees.

Ambdues propostes coincideixen en regular una **fundació europea amb personalitat jurídica**. D'entre les raons esgrimides pel grup d'experts que ha redactat el projecte de FE, hi figura la consideració de disposar de capacitat jurídica, la qual proporciona estabilitat als propòsits filantròpics; ofereix major protecció als seus administradors que tenen limitada la seva responsabilitat; proporciona més transparència perquè es coneix la forma jurídica i proporciona una regulació interna completa<sup>1691</sup>. En el mateix sentit transcorre la línia argumental de la proposta de l'EFC, argüint claredat i seguretat jurídica en la personalitat jurídica de la FE. Per tant, s'exclouria la possibilitat de Fundacions Europees sense personalitat, és a dir, que utilitzessin formes jurídiques com serien el *trust* o les fundacions sota ègida.

Assumida l'opció de la personalitat jurídica de la FE, sorgirien alguns dubtes: ¿es podrien fusionar una fundació sense personalitat jurídica amb una altra amb personalitat jurídica? ¿Cabria la possibilitat que un *charitable trust* es transformés en fundació europea?. Són qüestions no previstes entre els arguments de les dues propostes, que es presentaran a continuació i es provarà de donar algunes possibles respostes.

Es planteja el dubte, doncs, de si un *charitable trust* anglès i una fundació amb personalitat jurídica per exemple alemanya es podrien fusionar segons el que

---

<sup>1690</sup> K.J.HOPT; W.R. WALZ; T. VON HIPPEL; V. THEN (eds.), *The European Foundation. A New Legal Approach*, Verlag Bertelsmann Stiftung, Gütersloh, 2006, pàg. 245.

<sup>1691</sup> Les raons que fonamenten la personalitat jurídica de la Fundació Europea: K.J. HOPT; W.R. WALZ; T. VON HIPPEL; V. THEN (eds.), *The European Foundation. A New Legal Approach*, Verlag Bertelsmann Stiftung, Gütersloh, 2006, pàg. 105.

preveu l'art. 5 de la proposta de l'EFC<sup>1692</sup>. Segons aquest article, un dels mecanismes de constitució d'una FE és per la “fusió entre dues fundacions d'interès públic legalment establertes en un o varis Estats membres”. Amb una interpretació laxa, no s'exigeix que hagin de tenir personalitat jurídica les dues fundacions, ja que només es precisa que les fundacions tinguin fins d'interès general i que estiguin establertes legalment. Per tant, en l'exemple proposat si que podrien fusionar-se, ara bé, seria imprescindible que el resultat de la fusió comportés la creació d'una nova persona jurídica. La resposta seria la mateixa si la fusió fos per absorció. En aquest primer plantejament, considerem que si seria possible fusionar entitats amb personalitat jurídica i entitats sense personalitat jurídica si es complissin les condicions exigides i si el resultat fos una fundació europea amb personalitat jurídica. Les normes internes estatals, però, haurien d'adaptar la seva normativa a aquesta possibilitat.

El segon plantejament proposat no és de tan fàcil solució. En el supòsit que un *charitable trust* o una fundació sota ègida, vàlidament constituïdes segons l'ordenament d'un Estat membre pretengués transformar-se en una FE, se li aplicaria l'art. 5.5 de la proposta EFC, segons el qual, la transformació no comportaria ni dissolució, ni creació d'una nova persona jurídica. Amb la redacció actual de la proposta, compremem que no s'admetria la constitució per transformació d'una FE per part d'una fundació sense personalitat jurídica prèvia. Cabria la possibilitat que la fundació sense personalitat es transformés segons el seu ordenament jurídic amb una fundació amb personalitat jurídica, per exemple, un *charitable trust* es convertís en la nova figura jurídica anglesa, una *Charitable Incorporated Organisation* (CIO) i, posteriorment, en fundació europea.

Per qui subscriu aquestes ratlles no sembla incorrecte l'exigència de personalitat jurídica de les Fundacions Europees, ja que a part de les raons de claredat i seguretat jurídica esgrimides per als qui proposen els projectes, facilitaria l'aplicació del reconeixement mutu d'un Estat a un altre<sup>1693</sup>. Ara bé, caldria incloure la possibilitat de participació de fundacions sense personalitat jurídica, que per fusió o per transformació, poguessin esdevenir Fundacions Europees. Donat que estem analitzant propostes no oficials de Reglament, el més convenient seria preveure aquesta possibilitat en el seu articulat.

---

<sup>1692</sup> Com s'ha indicat anteriorment, el projecte d'experts no preveu expressament les formes de constitució per fusió i transformació i, en el text explicatiu, es remet a la proposta que realitza al respecte l'EFC.

<sup>1693</sup> Seria paradoxal que una Fundació Europea amb estructura de *trust* fos reconeguda com a fundació pels ordenaments jurídics que exigeixen la personalitat jurídica a les fundacions constituïdes per un altre ordenament, mentre que, paral·lelament, es denegaria el reconeixement a fundacions estrangeres sense personalitat jurídica.

En relació a la qualificació de **fins d'interès general o públic** que necessàriament han de tenir com a objectius les Fundacions Europees en les dues propostes, es desprèn l'exclusió de les finalitats privades, enteses aquestes com que beneficiïn a unes persones determinades com podrien ser els familiars dels fundadors<sup>1694</sup>.

Delimitat, doncs, que els fins han de comportar beneficis d'interès general, ambdues propostes disposen de llistats molt similars respecte els fins concrets que poden realitzar. Les matèries o objectius enumerats, però, no evitarien, com s'evidencia en la jurisprudència del Tribunal de Justícia, els conflictes de qualificació al voltant de la concepció d'interès general. Es parteix de la idea que cada Estat membre és competent per interpretar que s'entén per interès general, ara bé, si la interpretació parteix d'una norma comunitària, aquesta ha de realitzar-se amb independència de les normatives estatals<sup>1695</sup>.

Un altre problema que sorgeix respecte els fins d'interès general és la seva delimitació espacial. S'apuntava en línies precedents que en la proposta de l'EFC s'exigiria que els fins serveixin a l'interès general a nivell europeu o internacional, i que les seves activitats es desenvolupin en com a mínim dos Estats membres, admetent la possibilitat d'actuar en tercers països. El grup d'experts, per la seva banda, opta per interès “public-benefit purposes at domestic and/or international level”, sense delimitar una obligació mínima en l'àmbit espacial d'actuació. Es consideraria més encertada aquesta segona opció. La qualificació d'europea no hauria de ser constreta a un àmbit d'actuació espacial, ja que qualsevol finalitat d'interès general hauria de ser acceptada sense limitacions d'espai. Ara bé, caldria disposar d'algun criteri per tal d'etiquetar una fundació com europea per tal de distingir-la de les altres, sense que impliqui un àmbit d'actuació delimitat en les fronteres europees perquè no tindria cap sentit atenent la gènesi de les

---

<sup>1694</sup> Malgrat aquesta exclusió, en la proposta d'experts (art. 1.3 segon apartat) es preveu que “The Founder can restrict his donation in such a way that he, his spouse and his children are entitled to receive up to 30 percent of the foundation's available revenue for distribution from that source their lifetime. In any year this private distribution shall not exceed the foundation's aggregate distribution for public-benefit purpose.” Es recorda que en alguns ordenaments d'Estats membres europeus es regulen les fundacions familiars, essent una tipologia molt estesa. *Vid.* part I, cap. III, apartat 2.1.3; 2.2.

<sup>1695</sup> Ens remetem a l'anàlisi de la jurisprudència del TJCE respecte la definició d'interès general i de les activitats econòmiques, així com les sentències en matèria de la Sisena Directiva. *Vid.* part III, cap. I, apartat 2.3.1. Segons l'art. 4 la proposta de l'EFC, la Fundació europea disposaria de la capacitat jurídica suficient per actuar per tal d'aconseguir els seus objectius o finalitats conforme al seu Estatut i als fins d'interès general, sempre que no fossin contraris a la legislació comunitària, ni tampoc a la llei aplicable de l'Estat membre on exerceix les activitats. Per altra banda, afortunadament, les propostes de Reglaments de FE especifiquen que aquestes podran desenvolupar activitats econòmiques, fet que evita alguns problemes d'interpretació. Ara bé, en la proposta de l'EFC, les FE podrien actuar directament o a través d'empreses instrumentals en el mercat en concurrència amb d'altres entitats, mentre que en el projecte d'experts només s'admetria l'actuació directa.



fundacions. Per això, es considera que el criteri per atribuir l'etiqueta d'europea a una fundació, hauria de basar-se en la normativa que li seria d'aplicació, necessàriament europea<sup>1696</sup>.

Respecte la utilització d'“europea” com a adjectiu de la fundació, assenyalar que en el cas d'aprovar-se un reglament de tal tipus, els ordenaments dels Estats membres haurien d'adaptar la seva normativa tot preveient l'existència de la FE que coexistiria amb les estatals. Seria necessari, doncs, clarificar la utilització d'“europea” per part de les fundacions estatals i, probablement, la conseqüència seria vedar-ne el seu ús per totes aquelles que no s'haguessin constituït segons la legislació europea. En puritat, doncs, seria precís fer modificar el nom de totes les fundacions que es fan dir ‘europees’, o que aquestes es transformessin en FE segons els mecanismes previstos en el Reglament.

### **3.2 Reconeixement mutu, principi de no discriminació i llibertats comunitàries**

L'opció d'atorgar a la FE personalitat jurídica pròpia és una opció continuïsta dels precedents Reglaments que han instituït la SE i la SCE. En aquests estatuts europeus, se'ls atribueix personalitat jurídica europea que les permet participar en el tràfic jurídic dels Estats membres, gaudint de la mateixa consideració que tenen les societats anònimes o cooperatives nacionals, i se'ls apliquen les mateixes normes (dret contractual, fiscal, de competència, etc.)<sup>1697</sup>.

Certament, el fet de disposar de personalitat jurídica pròpia europea atribuïda en el moment del seu registre, facilita el reconeixement mutu arreu dels Estats membres de la Unió Europea. Aquesta idea es recull en les dues propostes<sup>1698</sup>, en concret, en el projecte d'experts, s'especifica que l'existència d'una FE no dependrà de cap reconeixement o aprovació per part d'un tribunal o entitat estatal supervisora, sinó que és la seva inscripció en el registre la que li atorga la personalitat jurídica. Afegeix, que un cop registrada en un Registre públic i

---

<sup>1696</sup> Altres criteris que acompanyarien a la norma europea podrien ser, per exemple, la formació de l'òrgan de direcció i l'estructura de funcionament, la captació de fons de diferents Estats i les delegacions repartides per territori europeu, o que els subjectes fundadors estiguin vinculats amb un Estat membre. En ambdues propostes, s'exigeix una vinculació del subjecte, sigui persona física o jurídica, amb un Estat membre, en la proposta de l'EFC, s'exigeix ‘residència’, en el projecte d'experts, que els fundadors es trobin dins de la UE.

<sup>1697</sup> L'altre opció seria seguir el model previst en el Reglament de l'AEIE, el qual no li atribueix personalitat jurídica pròpia, sinó que li atorga ‘la capacitat de ser titular de drets i obligacions, celebrar contractes o dur a terme actes jurídics, així com de litigar’. L'atribució de personalitat jurídica de les AEIE es va deixar a l'arbitri de la normativa dels Estats membres, les quals van optar per atorgar-li o no.

<sup>1698</sup> Art. 3 proposta EFC, art. 2 relacionat amb l'art. 3.4 i art. 3.5 projecte d'experts.

independent d'un Estat membre, certificada la seva existència serà reconeguda en la resta d'Estats membres de la Unió.

Entenem que ambdós projectes disposen que un cop adquirida la personalitat jurídica a través del registre, per tant, que s'hagin complert els requisits de constitució i inscripció registral, la FE seria reconeguda automàticament per tots els Estats membres de la UE. Conseqüentment, s'aplicaria un vertader reconeixement mutu i automàtic de la FE en tot el territori europeu, de manera que les FE legalment registrades com a tals (en un registre únic europeu segons l'EFC, o en qualsevol registre estatal o regional, segons el grup d'experts) no haurien de sotmetre's a cap control de reconeixement nacional o adaptació normativa per a què siguin reconegudes en un altre Estat membre.

El reconeixement de la personalitat jurídica de la FE implica el reconeixement de la seva capacitat jurídica i llibertat per actuar en la persecució dels seus objectius, posseir béns, percebre donacions o subvencions, desenvolupar activitats comercials o econòmiques, en qualsevol dels Estats membres, capacitats expressament detallades en la proposta de l'EFC<sup>1699</sup>. Es desprèn d'aquest dret a exercir les seves activitats en qualsevol Estat membre de la Unió, la llibertat d'establiment, prestació de serveis i llibertat de moviment de capitals. A més, l'art. 9.3 proposta EFC preveu el principi de no discriminació, de manera que una FE hauria de ser tractada amb les mateixes prerrogatives que una fundació o un organisme d'interès públic constituïda segons el dret d'aquest Estat.

En les adaptacions estatals d'un possible Reglament de FE, no s'haurien de permetre regulacions nacionals que, amb l'excusa d'adaptar-se al reglament, imposessin limitacions al principi de reconeixement mutu, al principi de no discriminació de tracte, ni a les llibertats comunitàries.

### **3.3 La llei aplicable a la fundació europea**

Sembla que l'opció que han adoptat les dues propostes d'estatuts de FE, emulant les regulacions de la SE i la SCE, és la de preveure, en termes generals, una normativa europea bàsica d'aplicació a la FE i, subsidiàriament, el dret material sobre fundacions dels ordenaments estatals. La diferència rau en el fet que les remissions als ordenaments dels Estats membres són més extenses en el projecte d'experts, ja que la proposta de Reglament només inclouria els principis i característiques essencials que hauria de complir la FE<sup>1700</sup>. Tot al contrari que en

---

<sup>1699</sup> Art. 4 proposta EFC.

<sup>1700</sup> Art. 9 projecte d'experts. "Una Fundació Europea es regirà, a) per aquest reglament, o, b) en les matèries no cobertes per aquest reglament, per les lleis de l'Estat membre on la Fundació Europea estigui

la proposta de l'EFC, on el Reglament regula un nombre elevat de qüestions, com seria: la creació de l'entitat de registre i control (i per tant, tot el procediment de registre i publicitat, així com les competències i actuacions d'aquesta entitat europea en l'exercici de control) o el procediment de constitució (inclòs el procediment de transformació o fusió de fundacions)<sup>1701</sup>. Queda clar, doncs, que la legislació principalment aplicable és el Reglament, i aquest en la proposta de l'EFC és molt complert, per tant, restarien pocs aspectes fora del seu camp d'aplicació. Com a segona norma aplicable, tenim els Estatuts de les fundacions, en aquest punt entra l'autonomia de la voluntat, limitada només per l'acotament de matèries disponibles que permet el Reglament (art. 8). En el cas que algun aspecte no fos regulat pel Reglament ni per l'Estatut, es preveu que s'apliqui subsidiàriament les normes dels Estats membres.

Mereix fer-se una consideració, serien aquests articles proposats on es regula el dret aplicable a la FE una norma conflictual? La resposta, en relació al Reglament que institueix la SE (i per extensió a la SCE), és afirmativa, segons C. TEICHMANN, ja que a partir del moment que el Reglament estableix el dret aplicable, sigui el del mateix reglament, o el complementari o subsidiari dels Estats membres, està determinant el dret que s'aplicarà mitjançant un punt de connexió (domicili de l'entitat) sense possibilitat que s'apliquin les normes de DIPr de l'Estat membre en qüestió. Però també es podria considerar que la norma del Reglament mescla el DIPr i el dret material, quan aquest prescriu que el domicili registral i l'administració principal es trobin en el mateix Estat membre, aquesta no seria una norma conflictual sinó material, ja que s'ordena a la societat el mecanisme per determinar el seu domicili<sup>1702</sup>. Les remissions que fa l'art. 9 del Reglament de la SE, no es poden considerar com les remissions que efectua el DIPr, ja que no delimita normes jurídiques que regeixen en diferents

---

registrada". La senzillesa en la redacció de l'article es fonamenta amb la intenció del grup d'experts de preveure un reglament amb les normes mínimes, on només hi constessin les directrius generals, la proposta pretén evitar la complexitat i, al seu entendre, excessiva regulació del RSE i el RSCE.

<sup>1701</sup> La proposta de l'EFC és assimilable al redactat dels Reglaments de SE i SCE. Art. 9.1 proposta EFC: "La FC es regeix per: a) les disposicions del Reglament; b) per les disposicions del seu Estatut, quan el reglament ho prevegi; c) en els aspectes no regulats pel Reglament: i.) per les lleis adoptades pels Estats membres en aplicació de les mesures comunitàries específiques sobre les fundacions europees; ii.) per les lleis dels Estats membres que s'apliquin a les fundacions i a les organitzacions d'interès públic constituïdes segons el dret de l'Estat membre en el que la fundació té la seva seu estatutària; iii) per les disposicions dels seus estatuts, de la mateixa manera que per una fundació d'interès públic constituïda segons el dret de l'Estat membre, en què la fundació europea tingui la seva seu estatutària."

<sup>1702</sup> El significat conflictual d'aquesta norma és indirecte ja que els punts de connexió coneguts en el Dret dels Estats membres donen cobertura des del punt de vista jurídicomaterial. C. TEICHMANN, "La Societas Europaea (SE) entre el Derecho nacional y el europeo", *Noticias de la Unión Europea*, n. 252, 2006, pàg. 116-118.

Estats, sinó que estableix la jerarquia de normes<sup>1703</sup>. Traslladem aquest raonament a les propostes de Reglament de FE, així, serien normes de DIPr que ens indica quin dret s'aplica i la seva jerarquia, així com normes materials d'aplicació. En ambdues propostes coincideixen en preveure una regulació híbrida, però fonamentada en el Reglament europeu, que seria la base de la regulació de la FE, i que només subsidiàriament per a totes les matèries no previstes en la norma comunitària s'atendria a l'estatut de la FE i a les normes nacionals<sup>1704</sup>.

S'han exposat amb anterioritat, en relació als Reglaments de SE i SCE, els problemes que suscita aquest model mixt de regulació de la llei aplicable (normes contingudes en el Reglament, i remissió al dret d'un Estat membre). Precisament, la complexitat en el sistema de remissió a les normes estatals, per tant, la incompletesa del Reglament, fonamenten els dubtes que s'hagi creat una entitat supranacional europea. La conclusió a la qual s'ha arribat és que les remissions comporten la proliferació de tants tipus d'entitats europees com Estats membres hi hagi. En relació a la SE, es justifica en part la remissió als ordenaments interns, en el fet que hi ha hagut un procediment previ d'harmonització a través de les Directives sobre societats, de manera que s'han escurçat les diferències legislatives entre els ordenaments dels Estats membres. Aquest argument, però, no és extrapolable a l'àmbit de les institucions fundacionals, ja que no hi ha hagut cap procediment d'uniformització en matèria de fundacions, per tant, les remissions als ordenaments nacionals pot comportar a la pràctica respostes jurídiques molt dispars<sup>1705</sup>.

La proposta de l'EFC no s'oblida d'introduir una clàusula relativa als ordenaments plurilegislatius. La norma suggerida consideraria cada unitat territorial com un Estat membre a fi de determinar la llei aplicable a la

---

<sup>1703</sup> C. TEICHMANN, "La Societas Europaea (SE) entre el Derecho nacional y el europeo", *Noticias de la Unión Europea*, n. 252, 2006, pàg. 121.

<sup>1704</sup> Del redactat d'ambdues propostes (art. 9 proposta EFC, art. 9 projecte d'experts), s'evidencia l'aplicació prioritària del Reglament, i subsidiàriament l'estatut de la mateixa fundació i les normes estatals. Per tant, en el mateix article hi hauria una norma de dret aplicable, el Reglament (en la proposta de l'EFC, més completa, mentre que el projecte d'experts indica només les línies mestres), i una norma de conflicte que remetria a l'aplicació d'un determinat ordenament jurídic. En el projecte inicial d'experts no s'inclouïa cap remissió a l'estatut de la fundació, que posteriorment si que s'introdueix.

<sup>1705</sup> A títol d'exemple, respecte la responsabilitat dels membres del consell d'administració i les conseqüències per incompliment de les seves obligacions; o els drets dels 'legítims legitimaris' varia d'un ordenament jurídic a un altre. Un altre exemple, en la proposta d'experts, l'activitat de control sobre la FE seria duta a terme per les administracions de cada Estat membre. Tal mesura implica que determinats països haurien de crear *ex novo* tal administració, o atribuir-li tal facultat a una prèviament existent. Aquestes coexistirien amb pluralitat d'entitats públiques que ja exerceixen tal supervisió amb una pròpia experiència històrica, per tant, coexistirien distintes formes d'actuació d'aquestes autoritats estatals.

fundació<sup>1706</sup>. Si s'aprovés un reglament europeu instituint la FE, i en aquest s'adoptés el criteri de la incorporació, podria comportar discriminacions respecte les fundacions de base territorial, com succeiria respecte l'ordenament espanyol. En les regulacions autonòmiques sobre fundacions s'ha comprovat que el punt de connexió per determinar la llei aplicable i la subjecció a l'autoritat competent de supervisió és l'àmbit territorial principal d'actuació. Aquesta vinculació territorial topa frontalment amb la connexió de domicili social, entès tant com a domicili real com a domicili de constitució, donat que en les dues propostes, si bé en la proposta de l'EFC es requereix una vinculació en dos Estats membres, en el projecte d'experts no es constreny a cap vinculació territorial. Suposem que una FE establís el seu domicili social a Catalunya, a aquesta li seria aplicable la normativa catalana en matèria de fundacions perquè és la unitat territorial on es troba la FE, exigint-li que actués en dos Estats membres (o dos territoris) o sense necessitat de cap vinculació espacial. La norma autolimitada de la CA, o la norma estatal que disposa l'àmbit d'aplicació de les normes resultaria desplaçada per la norma continguda en el Reglament i, per tant, amb unes altres connexions. La conseqüència seria que una FE regida per un dret autonòmic podria actuar en la resta de Comunitats Autònomes de forma principal, sense que se li pogués exigir que canviés la llei aplicable autonòmica per l'estatal (la situació inversa també seria possible). Per tant, l'efecte discriminatori que s'ha assenyalat en matèria de SE envers a les societats nacionals en àmbit comunitari seria extrapolable en matèria de fundacions (també de SCE<sup>1707</sup>) en àmbit interregional espanyol. A tenor de l'exposat, en cas d'aprovar-se un Reglament instituint una FE, mereixeria revisar la connexió utilitzada en els estats compostos europeus per

---

<sup>1706</sup> Art. 9.2 proposta EFC.

<sup>1707</sup> Ja s'ha apuntat per la doctrina que en l'Estat de les autonomies, poden sorgir problemes que suscita la distribució de competències legislatives entre l'Estat i les CA en matèria de cooperatives (no en la SE ni tampoc en l'AEIE, ja que la competència és única de l'Estat). Si apliquéssim la mateixa norma, considerar cada unitat territorial com un Estat membre, sorgeix una possible incongruència, donat que les legislacions autonòmiques estableixen el seu àmbit d'aplicació en base a criteris territorials, de manera que subjecten a les cooperatives al seu ordenament per ser el territori on desenvolupen principalment les seves activitats. És el que hem anomenat una norma delimitativa del seu àmbit d'aplicació i que, sense ser una norma de conflicte, se la podria incloure com a norma de dret internacional privat i per extensió de dret interregional. Per això, seria possible que una cooperativa (x) domiciliada en una CA i una SCE (z) domiciliada en aquesta mateixa CA, quedarien sotmeses a legislacions diferents. La primera (x) podria estar sotmesa a la normativa estatal per desenvolupar les seves activitats en pluralitat de CA i en cap Comunitat autònoma de forma principal; mentre que la SCE (z) estaria sotmesa en primer lloc al Reglament, i subsidiàriament a la llei de la CA d'on es trobés el seu domicili social, amb independència d'on desenvolupi principalment la seva activitat (art. 8 Reglament SCE) Vegeu al respecte: R. ALFONSO SÁNCHEZ, "La Sociedad Cooperativa Europea. Un nuevo tipo social en un escenario complejo", *Noticias de la Unión Europea*, n. 252, 2006, pàg. 29-30. R. ALFONSO SÁNCHEZ, "La reforma de la legislación estatal sobre sociedades cooperativas: su incidencia en las Comunidades Autónomas sin ley reguladora", *La Ley*, n. 4750, 9.3.1999.

determinar la llei i l'entitat supervisora per tal de no provocar la proliferació de Fundacions Europees que simplement persegueixen circular lliurement dins del mateix Estat.

Si la tendència de la Conferència de l'Haia, i d'algunes normes comunitàries europees, consisteix en realitzar la *fictione iuris* d'atribuir la condició d'Estat als ens territorials per tal de determinar l'aplicació del dret substantiu, per què no adaptar la norma interna interregional o interlocal dels Estats compostos al DIPr europeu? Fet i fet, la Unió Europea, malgrat que políticament i tècnicament no sigui un Estat compost, sí que pateix els mateixos problemes conflictuals que qualsevol Estat compost o plurilegislatiu, i s'evidencia en el cas de les fundacions si es compara amb l'estudi dedicat als Estats compostos en la segona part. Si a partir del Tractat d'Amsterdam, els Estats membres cedeixen competències legislatives a les Comunitats Europees per aprovar normes de DIPr directament aplicables per tots els Estats, de manera que les normes conflictuals serien les mateixes, uniformant-se així el DIPr que passaria a ser considerat com europeu, desplaçant el dret autònom, ¿per què no aplicar aquestes mateixes normes en els conflictes de dret interns amb les adaptacions pertinents?<sup>1708</sup>.

### 3.4 La seu de la fundació europea

Plantejades ja les problemàtiques que sorgeixen per la remissió als ordenaments estatals, no mereix menys atenció una altra qüestió essencial: el punt de connexió utilitzat per determinar la llei estatal subsidiària aplicable a la FE. Hi hauria diferents possibilitats per determinar la llei estatal aplicable, usar una de les teories més habituals, model de seu real (administració central o domicili efectiu) o el model de la constitució o incorporació (domicili registral), o mesclar-les. Recordem que els Reglaments de SE i de SCE, disposen com a punt de connexió el domicili social, en el qual ha de coincidir el domicili estatutari i l'administració central, per tant, advoca per la teoria de la seu real. Abans d'analitzar les dues propostes, sumàriament es plantejarà de nou les controvèrsies que sorgeixen

---

<sup>1708</sup> *Vid.* part II, cap. IV, apartat 3. És un plantejament recurrent que ha anat sorgint en els estudis de la Dra. A. BORRÁS, que evoluciona a mesura que es concreta la comunitarització del DIPr i proliferen Reglaments, ja no només acotats a resoldre la competència judicial internacional, el reconeixement i execució de decisions judicials, o altres aspectes processals internacionals, sinó que ja s'inicien els treballs en normes per determinar la llei aplicable en àmbit comunitari respecte dret de família i successions. En el seu curs de l'Acadèmia de La Haia sobre els Estats plurilegislatius, es plantejava si la construcció europea podria ser l'origen dels conflictes interns del futur. A. BORRÁS, "Les ordres plurilégislatifs dans le Droit international privé actuel", *RCADI*, vol. 249, 1994, pàg. 168-173. Posteriorment, en relació al Conveni de l'Haia de 2005 sobre l'elecció de fur, plantejava la qüestió: *¿Europa como Estado plurilegislativo?*, A. BORRÁS, "Integración regional y ordenamientos plurilegislativos", *El Derecho internacional: normas, hechos y valores. Liber amicorum José Antonio Pastor Ridruejo*, Madrid, 2005, pàg. 672 i ss. Fet i fet, el present estudi és fruit d'aquesta inquietud que compartim amb la professora A. BORRÁS.

respecte els termes jurídics i el seu contingut. Com s'ha comprovat en la segona part de l'estudi, es deixa enrere la 'nacionalitat' com a punt de connexió per a les persones jurídiques en Dret comunitari europeu<sup>1709</sup>, per donar pas a l'ús generalitzat de '**domicili social**', concepte no menys polèmic. Com exposa M. MENJUCQ, la noció de domicili social és la base de diferents problemàtiques com són: el reconeixement i la nacionalitat de les societats, la competència dels tribunals en els procediments d'insolvència o el conflicte de lleis en operacions transfrontereres. La noció de 'domicili social' varia davant de cada situació, per això, es pregunta si és coherent que la noció de domicili social variï en el seu contingut i sigui tant poc unitària en el context comunitari europeu. Davant d'aquest desordre de conceptes, proposa, per una banda, una aplicació unitària, basada en el domicili estatutari (teoria de la incorporació) menys en el cas de frau que es podria atendre al domicili real (administració central o teoria de la seu real). Per altra banda, proposa que per determinar la nacionalitat de la societat no s'hauria d'utilitzar el criteri de domicili social (ni el real, ni l'estatutari), sinó per una combinació de criteris demostrant que hi ha vincles estrets, preferentment econòmics, entre una societat i un país<sup>1710</sup>. En l'estudi que a continuació es realitza de les dues propostes de Reglaments, la utilització dels criteris de connexió no són coincidents en el seu significat i, malauradament, no s'ofereix cap definició per identificar-ne el contingut.

La proposta de l'EFC és complexa de descriure. En el seu art. 9 utilitza com a punt de connexió la '*siège statutaire/registered office*', entesa com a seu o domicili social que figura en els estatuts i que és el domicili de la fundació oposable a tercers<sup>1711</sup>. Per tal de vincular una FE a l'ordenament d'un determinat Estat, es precisa palesar-ho de forma expressa en els Estatuts. Aquest domicili, però, ha de coincidir amb el dret pel qual es constitueix la fundació (en tot allò no previst en el Reglament), a tenor de l'art. 9.1.c ii), segons el qual serien d'aplicació subsidiàries les lleis de l'Estat membre que s'apliquen a les fundacions i organitzacions d'interès públic constituïdes segons el dret de l'Estat membre en el

---

<sup>1709</sup> *Vid.* part II, cap. I, apartat 2.

<sup>1710</sup> M. MENJUCQ, "La unificación de la noción de domicilio social en Derecho internacional y en Derecho comunitario de sociedades", *Noticias de la Unión Europea*, n. 252, 2006, pàg. 106. Vegeu respecte les diverses possibilitats de seus o domicilis, l'opció de A.L CALVO CARAVACA; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Sociedades mercantiles: libertad de establecimiento y conflicto de leyes en la Unión Europea", *Revista de Derecho de Sociedades*, 2007, n. 28, pàg. 59-100. En relació als problemes que sorgeixen respecte les distintes concepcions, *Vid.* part II, cap. I, apartat 2.

<sup>1711</sup> Art. 9 en relació amb l'art. 8 i, especialment, art. 7.d proposta EFC. En la proposta de l'EFC, el domicili de la fundació és aquell que constaria en els estatuts (art. 8.c) i que necessàriament estaria situat dins de la Unió Europea (art. 7.1).

que la fundació té el seu domicili social. La proposta de regulació no deixa clar si aquest domicili social ha de coincidir o no amb el centre principal de direcció, semblaria que optés, seguint el model de la SE i SCE, per la teoria de la seu real<sup>1712</sup>. La proposta, el que sí que preveu és un article sobre la transferència del seu domicili social d'un Estat membre a un altre, sense menester la seva dissolució ni la creació d'una nova entitat<sup>1713</sup>. Per tant, un fundador resident en territori comunitari podria triar el domicili social de la FE en qualsevol dels Estats membres de la UE, així doncs, per autonomia de la voluntat escollir el dret aplicable.

El projecte d'experts opta decididament per la teoria de la incorporació, de manera que la llei estatal aplicable seria la del lloc on s'hagi registrat la FE (art. 9.b), per tant, per la llei de la seva constitució<sup>1714</sup>. La llei del lloc de la incorporació servirà per determinar la llei aplicable a l'estatut personal de la fundació (constitució, organització interna, dissolució), l'autoritat registral competent, i l'administració de control o supervisió competent. La decisió d'optar per la teoria de la incorporació es fonamenta amb el paral·lelisme que realitzen amb la trilogia de sentències del Tribunal de Justícia (*Centros, Überseering i Inspire Art*) aplicable a les societats en relació amb la llibertat d'establiment de l'art. 48 TCE. Són coneixedors que contravenen els precedents Reglaments de SE i SCE que utilitzen la teoria de la seu real, argüeixen insistentment la tendència de la nova legislació europea cap a la doctrina de la incorporació<sup>1715</sup>. Suggerixen

---

<sup>1712</sup> Pot ser una llacuna legal involuntària o no, però a tenor del disposat, i de la lletra del Reglament, es desprèn que el fundador pot escollir on establir la seu estatutària i serà la llei d'aquell Estat que se li aplicarà (de forma subsidiària quan no s'apliqui el reglament), possibilitant que el centre principal de direcció es trobi en un altre Estat. El grup d'experts, quan analitza la proposta de l'EFC, conclou que el redactat és desafortunat, ja que deixa oberta la qüestió de si "the registered office and the main office have to be in the same Member State", ja que quan regula la transformació i fusió, distingeix entre domicili estatutari i el centre de direcció, considerant que s'opta per la teoria de la incorporació. K.J. HOPT; W.R. WALZ; T. VON HIPPEL; V. THEN (eds.), *The European Foundation. A New Legal Approach*, Verlag Bertelsmann Stiftung, Gütersloh, 2006, pàg. 55-56.

<sup>1713</sup> Art. 7 proposta EFC. El procediment de trasllat, implica la sol·licitud a l'òrgan europeu de registre, la reforma dels estatuts i en cas de necessitat el canvi de nom, un calendari per al trasllat, i un projecte de trasllat amb un informe explicatiu que justificu els aspectes jurídics i econòmics, així com els efectes en els llocs de treball, i respecte els creditors i les empreses amb qui es mantenen contractes.

<sup>1714</sup> Es preveu que en els estatuts de la fundació s'indiquin un mínim de qüestions, d'entre les quals hi figura una única adreça del domicili social. Art. 3.6.c projecte d'experts: "the address of the one and only registered foundation office;" De nou sorgeixen problemes a l'hora de fixar un punt de connexió. En la versió de l'art. 9 de l'obra col·lectiva del grup d'experts, utilitza 'by the law of the Member State where the European Foundation is registered', mentre que en una versió posterior, la redacció del projecte s'amplia, i substitueix la connexió "registered", per "was established".

<sup>1715</sup> Com a exemple, la Directiva 2004/25/CE de 21 d'abril de 2004, relativa a les ofertes públiques d'adquisició, en el seu art. 4.2 a) l'autoritat supervisora competent serà la del Estat Membre en el que tingui la seva *registered office* la societat. No s'estan de comentar els problemes que resulten de la traducció de 'registered office' en la versió alemanya (*sitz*), es refereix a la 'incorporation seat' o a la 'real seat'; en la



que s'apliqui tal teoria en l'àmbit de les fundacions, per considerar-la la teoria més liberal i més afí amb la tendència legislativa europea, tot i que són coneixedors que primer caldria resoldre si la llibertat d'establiment seria aplicable o no a les fundacions<sup>1716</sup>.

No s'estan, però, de proposar com a alternativa a la teoria de la incorporació per tal de determinar l'òrgan supervisor competent, la teoria de la seu real (la resta de qüestions es continuarien regint per la llei del lloc de la incorporació). Així, seria competent l'administració de l'Estat on es trobaria l'oficina central (*head office*) de la fundació. Aquesta opció, comportaria l'avantatge de reforçar en aquest òrgan supervisor els mecanismes per fer complir els deures de la fundació. En cas contrari, si apliquéssim amb puritat el principi de la incorporació i l'entitat supervisora fos la de l'Estat de registre, quan l'oficina principal es trobés en un Estat membre diferent a l'Estat de l'òrgan supervisor, seria precisa una important i complexa col·laboració entre les entitats supervisoras dels Estats membres<sup>1717</sup>. Amb l'actual aplicació de les normes de DIPr dels diferents Estats, es palesen aquests problemes de coordinació i informació entre les autoritats supervisoras<sup>1718</sup>. Finalment, en el text explicatiu, introdueixen una altra

---

francesa 'siège social', que s'interpreta com a 'real seat' per alguns autors, i s'afegeix, la versió espanyola 'domicilio social', i la versió italiana, 'sede legale'. K.J. HOPT; W.R. WALZ; T. VON HIPPEL; V. THEN (eds.), *The European Foundation. A New Legal Approach*, Verlag Bertelsmann Stiftung, Gütersloh, 2006, pàg. 277.

<sup>1716</sup> Exposen resumidament les argumentacions que prèviament s'han estudiat que permetrien considerar incloses les fundacions en l'art. 48 TCE: a) les fundacions que reparteixen guanys; b) les fundacions a les quals no s'apliqués el tracte fiscal particular; c) les fundacions que desenvolupen activitats econòmiques. Consideren que els criteris no són absoluts sinó que són mixtes, per això conclouen que hi ha suficients arguments per recolzar la proposta de què totes les fundacions haurien de ser tractades com les societats en el cas d'un Reglament de fundacions, donat que la norma europea no ho preveu directament. K.J. HOPT; W.R. WALZ; T. VON HIPPEL; V. THEN (eds.), *The European Foundation. A New Legal Approach*, Verlag Bertelsmann Stiftung, Gütersloh, 2006, pàg. 278.

<sup>1717</sup> K.J. HOPT; W.R. WALZ; T. VON HIPPEL; V. THEN (eds.), *The European Foundation. A New Legal Approach*, Verlag Bertelsmann Stiftung, Gütersloh, 2006, pàg. 279-280. La proposta de distingir entre llei aplicable a la fundació i llei aplicable a l'òrgan de supervisió inicialment no estava recollida en el projecte, sinó que s'exposava en el text explicatiu. Posteriorment, s'introdueix en el projecte no només un apartat c) que remet a l'estatut de la fundació, sinó també un ulterior apartat: "The foundation is supervised by the state supervisory authorities of the state, where the foundation has its main office."

<sup>1718</sup> S'ha de tenir present, tal i com s'ha exposat en els capítols precedents, que les autoritats estatals de control dels Estats membres actuen molt diferent d'un Estat a un altre amb competències de distint abast (*Vid.* part I, cap. II, apartat 1.2). Per això, si s'optés per aquest sistema, per tal pal·liar les possibles discriminacions, no només s'hauria d'harmonitzar, per no dir unificar les competències i el protocol de cooperació de les autoritats estatals, sinó que s'hauria de garantir l'eficàcia del reconeixement mutu de les fundacions europees, sense admetre que les autoritats d'un Estat membre, per estar sotmeses al seu control, hagin de complir amb requisits previstos per a les seves fundacions nacionals o territorials. A més, s'afegiria el problema de la determinació del lloc on es trobaria el 'head office' de la Fundació europea, a no ser que s'obligués a que tal informació constés en els estatuts de la fundació. Per això, la proposta d'una doble llei aplicable amb diferents punts de connexió, una per determinar la llei aplicable a l'estatut personal de la fundació, i l'altra per a l'entitat supervisora, és la segona opció que proposa el grup d'experts, coneixedors de la dificultat de la seva aplicació. Malgrat això, advoquen per la primera proposta,

possibilitat, que es centraria en l'aplicació del principi tradicional de la seu real per determinar la llei aplicable a totes les qüestions. Consideren que el camí més fàcil és fer coincidir en el domicili social el domicili de l'administració central. Els experts, doncs, després de proposar la teoria de la incorporació en base a la nova tendència legislativa europea, proposen també la divisió de la llei aplicable amb dos punts de connexió diferents segons la matèria (*lex foundationis* i llei aplicable a la supervisió) i, finalment, reconeixen com a sistema més senzill, la teoria de la seu real, tal i com es disposa en els Reglaments de la SE i la SCE.

La proposta de tantes opcions és una mostra evident de la dificultat per concretar la connexió, o connexions, aplicables a les fundacions per determinar la llei aplicable. Les complicacions no deriven només per la tradicional dificultat de casar les dues teories majoritàries en els ordenaments estatals, atenent, sense estar-hi vinculat, a la jurisprudència europea, sinó que, a més, s'afegeix un element propi, que és la determinació de l'organització pública de supervisió. L'opció, en última instància, d'usar el mateix criteri que en la SE i la SCE rau, probablement, en el fet que la teoria de la seu real comporta més seguretat jurídica enfront de tercers. El fet que el tercer (beneficiari, donant, contractant) conegui la localització de la fundació en un espai, coincidint la seu estatutària amb el centre principal d'administració, no deixa espai a l'error en la identificació de l'entitat amb la qual s'està contractant, o efectuant una donació. També s'argumenta al seu favor, segons el grup d'experts, que la utilització de la teoria de la seu real, desencoratja el '*forum shopping*', ja que obliga a establir un vincle real entre l'entitat i la jurisdicció<sup>1719</sup>.

Existeix la possibilitat, però, d'introduir la teoria de la incorporació. Ha sorprès a part de la doctrina iusinternacionalprivatista l'opció adoptada en els Reglaments d'Estatuts de la SE i de la SCE d'utilitzar la teoria de la seu real (teoria combinada, domicili social que seria el centre d'administració principal que ha de coincidir amb el domicili estatutari), i no pas, la teoria de constitució/incorporació<sup>1720</sup>. És lògic un cert estupor, donat que la discussió

---

ja que a tenor del seu projecte de Reglament, es preveu que la supervisió principal seria executada per part d'un òrgan de control privat, recordem que proposen un *Supervisory Board* que restaria importància al control exercit per l'autoritat pública.

<sup>1719</sup> K.J. HOPT; W.R. WALZ; T. VON HIPPEL; V. THEN (eds.), *The European Foundation. A New Legal Approach*, Verlag Bertelsmann Stiftung, Gütersloh, 2006, pàg. 274.

<sup>1720</sup> Fins i tot, en el considerant 27 del Reglament de SE s'evidencia la diferència de criteri respecte altres normatives: "Habida cuenta del carácter específico y comunitario de la SE, el régimen de la sede real que el presente Reglamento establece para la SE se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en las legislaciones de los Estados miembros y no prejuzga de las opciones que puedan adoptarse para otras normas comunitarias en materia de derecho de sociedades."

doctrinal i l'evolució jurisprudencial del TJCE ha estat especialment intensa en matèria societària en els darrers temps<sup>1721</sup>. La interpretació de la llibertat d'establiment i l'aplicació d'una teoria o un altre ha fet córrer rius de tinta, encara més, quan el mateix TJCE ha canviat de criteri. Efectivament, la teoria considerada com a aplicable des del punt de vista comunitari és la teoria de la incorporació per tal de determinar la llei aplicable. Ara bé, aquest posicionament del TJCE es reserva al dret societari, sense que hagi d'afectar altra matèries com serien les SE o les SCE, donat que el legislador comunitari disposa de marge d'arbitri en cada matèria que regula<sup>1722</sup>. De fet, el legislador comunitari, quan preveu que la SE ha de tenir el seu domicili social i l'administració central en el mateix Estat membre, utilitza dos dels criteris de vinculació dels tres que preveu l'art. 48 TCE (seu social, administració central o centre d'activitats principals), de manera que no vulnera la llibertat d'establiment. En definitiva, el legislador comunitari estava legitimat per regular i preveure el punt de connexió de la SE i de la SCE tal i com ho ha fet, malgrat tot, no deixa de sorprendre que no s'hagi tingut en compte la jurisprudència que en dret societari ha desenvolupat el TJCE, en especial les darreres sentències que advocaven pel model de constitució. No escapa però, que en una futura revisió del Reglament de SE, (l'art. 69.a), el legislador europeu opti pel model de constitució establint la possibilitat que una SE tingui en diferents Estat membres el domicili social i el domicili real (administració central) sempre que no suposi un frau. Els problemes de discriminació que sorgeixen de la utilització del criteri de seu real entre les SE i les

---

<sup>1721</sup> Respecte el Reglament de SE, es pretenia evitar la disputa teòrica del DIPr, i amb una solució 'aparentment elegant' es determina la connexió de domicili real més registre, però la decisió *Überseering* aixeca les veus dels que consideren els art. 7 i 64 RSE contraris al Dret europeu. Si una societat que es constitueix vàlidament segons la normativa d'un Estat membre i s'hi registra pot traslladar la seva administració principal en un altre Estat, sense canviar el registre, mantenint la personalitat jurídica, perquè una SE no ho podria fer? S'imposa en la SE, la coincidència de domicili registral i administració principal, i encara més, se la pot arribar a dissoldre si infringeix aquesta condició. C. TEICHMANN, "La Societas Europaea (SE) entre el Derecho nacional y el europeo", *Noticias de la Unión Europea*, n. 252, 2006, pàg. 119.

<sup>1722</sup> El legislador estatal es troba totalment vinculat als tractats constitutius i al cabal comunitari, inclosa la interpretació jurisprudencial del Tribunal de Justícia respecte aquests, però, el legislador comunitari si bé es troba també vinculat al dret originari en el moment de dictar normes aquestes no es troben vinculades a la jurisprudència del Tribunal de Justícia. "La causa para un tratamiento diverso puede apreciarse en que toda medida adoptada por un Estado miembro fortalece las diferencias entre los ordenamientos jurídicos y dificulta, de este modo, el tráfico económico transfronterizo. (...) En cambio, las medidas de la Comunidad, en el marco del mercado interior, han de ser consideradas neutrales en su mayoría, pues establecen una carga comparable para todos los agentes económicos y crean frecuentemente, así, el presupuesto de mantener el 'paso de la frontera', como tal libre de cargas." C. TEICHMANN, "La Societas Europaea (SE) entre el Derecho nacional y el europeo", *Noticias de la Unión Europea*, n. 252, 2006, pàg. 119.

societats anònimes estatals<sup>1723</sup>, conduirien a posicionar-se a favor de la teoria de la constitució per a una possible FE.

### **3.5 Valoració d'un possible Reglament instituint un Estatut de Fundació Europea des de la perspectiva del Dret internacional privat comunitari**

Abans d'entrar en la valoració des del punt de vista iusinternacionalprivatista, mereix reiterar una vegada més, que les propostes de Reglament de FE s'ideen com una eina facultativa que els possibles fundadors o les fundacions ja existents situades en un Estat membre podrien utilitzar, com una opció jurídica més, juntament amb les fundacions regulades pels ordenaments interns. Per tant, si en un futur s'aproves un reglament europeu d'aquestes característiques, paral·lelament continuaria existint la possibilitat que una fundació d'un Estat membre concloués acords d'actuació puntual en un altre Estat, així com podria optar per constituir-hi una delegació o crear una fundació *ex novo* segons el dret de l'Estat de recepció, per tant, continuarien essent d'aplicació les normes de DIPr de cada Estat.

Interessa en aquest punt reflexionar sobre les conseqüències del procés d'unificació i/o harmonització del dret privat en àmbit europeu i com afectaria a les fundacions, en concret, respecte la possible regulació d'una FE. Es pot ser molt crític respecte la metodologia que s'està usant per unificar algunes figures de Dret privat. Reprenem l'exemple del Reglament de la SE, respecte el qual, F.J. GARCIMARTÍN és taxatiu quan exposa que els inconvenients jurídics de tal regulació no es basarien tant respecte la dificultat que pot encloure la pròpia matèria, sinó que el problema rauria en el propi sistema legislatiu europeu:

“La forma de fer el Dret privat europeu és sorprenent. No obeeix a cap programa racional, ni tan sols a una evolució natural de les coses. Les peces es van adoptant segons circumstàncies polítiques, obstinacions personals o

---

<sup>1723</sup> Ens unírem a les consideracions, entre altres, de M. MENJUCQ; F.J. GARCIMARTÍN; C. TEICHMANN. A títol d'exemple, un Estat A pot exigir en la seva legislació que la societat que es constitueix en el seu territori s'inscrigui en el seu registre i que hi tingui el domicili efectiu o real. Però aquest mateix Estat A no pot restringir el dret d'establiment, segons la jurisprudència del TJCE, d'una societat constituïda segons el Dret d'un altre Estat membre (Estat B), fins i tot, si aquesta societat només hi té el seu domicili estatutari, mentre que el seu domicili efectiu es trobi en l'Estat A. M. MENJUCQ, “La unificación de la noción de domicilio social en Derecho internacional y en Derecho comunitario de sociedades”, *Noticias de la Unión Europea*, n. 252, 2006, pàg. 106. “En el Derecho internacional privado de sociedades no hay de antemano una solución ‘buena’ o ‘mala’, xenófoba o amistosa. Sin embargo, en las condiciones del mercado interior europeo, la teoría del domicilio tiene un inconveniente esencial: sólo difícilmente se conecta con la moderna concepción de las libertades fundamentales como prohibición de limitación. Esta teoría exige que una sociedad, constituida eficazmente en un Estado miembro, pueda actuar en cualquier otro Estado miembro sin cargas añadidas.” C. TEICHMANN, “La Societas Europaea (SE) entre el Derecho nacional y el europeo”, *Noticias de la Unión Europea*, n. 252, 2006, pàg. 118.

interessos de grups de pressió. Això fa que ens trobem amb normes sobre les qüestions més dispers, en els llocs més estranys i en els moments més insospitats. El resultat en el seu conjunt és bastant arbitrari i assistemàtic”<sup>1724</sup>.

Aquesta excessiva i incontrolada producció normativa va fer reaccionar les institucions europees amb la reflexió i propòsits de ‘legislar millor’. Atenent aquesta decisió, s’ha posat fre a pluralitat de propostes i projectes de normatives europees, entre les quals es trobaven les propostes de Reglaments europeus que havien de regular els Estatuts de l’Associació Europea i de la Mútua Europea. Més llunyana sembla, doncs, la proposta d’un Reglament sobre la FE per no ser imminentment necessària. Ara bé, no es pot menystenir els grups de pressió que reclamen la seva ràpida regulació.

Essencialment, compartiríem la idea de la no urgència d’un Reglament instituint la FE, ara bé, sí que ens uniríem a les veus que reclamen l’eliminació d’entrebancs jurídics, administratius i fiscals, existents actualment, per tal de facilitar l’actuació transfronterera intracomunitària de les fundacions. Existeixen arguments de pes que fonamenten tals requeriments, que no es repetiran per haver-se exposat al llarg del estudi i que podríem resumir en: a) la necessitat d’un eficient mercat interior, que ha de facilitar les transaccions econòmiques i, per tant, reduir despeses; b) l’argumentació basada en la consecució de l’Europa social, en la qual s’erigeix la fundació com una entitat de l’economia social essencial que coadjuva a la cohesió social. Ambdues argumentacions s’acompanyarien de l’aplicació del principi de no discriminació, procurant evitar que els principis de subsidiarietat i de proporcionalitat permetin al legislador estatal extralimitar-se en les seves normatives internes.

La reacció de les institucions europees per tal d’acabar amb els entrebancs jurídics i fiscals que pateixen les fundacions podria optar com a mínim per dues possibles vies de solució. Per una banda, regular i crear un ens presumptament supranacional europeu, és a dir, la fundació europea; per l’altra, sense necessitat de dictar cap norma, preservant així la intenció de legislar menys, es podrien fer extensives les llibertats comunitàries a la fundacions constituïdes legalment segons un ordenament d’un Estat membre, essent-los d’aplicació normes europees com serien, per exemple, les dedicades a la transparència en els

---

<sup>1724</sup> F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El Reglamento de la Sociedad Europea: una primera lectura”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, 2002, n. 217, pàg. 37.

comptes<sup>1725</sup>. Certament, la situació de les fundacions a la Unió Europea no és un tema prioritari en els plans de millora del mercat interior i de l'Europa social, i probablement està justificada la innecessària immediatesa per regular aquesta matèria. Això no obsta, però, que s'hagin de prendre les mesures necessàries que posin fi a les dificultats jurídiques i fiscals que pateixen les fundacions originàries d'un Estat membre, o bé, deixar de dictar normes si es consideren innecessàries o poc prioritàries. Per això, no deixa de sorprendre que, mentre es considera el projecte d'Estatut de Fundació Europea com un projecte a llarg termini, atenent a la poca prioritat de la matèria, essent més essencial, per exemple la Societat privada europea, o bé, escudant-se en la política de legislar menys i millor, simultàniament s'aprovi per interessos polítics un reglament que institueix, de forma matussera i poc precisa, les fundacions de partits polítics a escala europea<sup>1726</sup>.

Les propostes presentades de Reglament de FE, serien, en general, acceptables. Optaríem, però, per la proposta de l'EFC, bàsicament perquè es podria considerar que és una regulació més completa, responent a la idea d'ens europeu regulat per norma europea, ja que el Reglament es força complet. S'han assenyalat les crítiques efectuades per la doctrina a les regulacions de la SE i a la SCE, i malgrat la Sentència del Tribunal de Justícia en relació a la base jurídica de la SCE, el fet de preveure excessives remissions als ordenaments estatals desvirtua el seu caràcter d'entitat europea. No és menys cert que en la proposta de l'EFC també s'utilitza la tècnica de la remissió als ordenaments nacionals, però introdueix una novetat a ressaltar, que és la creació d'un òrgan administratiu europeu que tindria com a competències el registre i supervisió de les FE. Per tant, un òrgan únic europeu, amb normativa pròpia, d'aplicació en tot el territori comunitari que reforçaria el principi de reconeixement mutu de la fundació europea. No se'ns escapa la dificultat de crear aquest òrgan, així com les despeses econòmiques que l'acompanyarien, i el previsible augment de burocràcia administrativa, no només de la inscripció inicial, sinó també en el posterior control sobre els comptes anuals, pressupostos, etc. Tanmateix, el sistema de formularis tipus que han esdevingut habituals en tants Reglaments europeus, i positius en el seu ús, seria un recurs a tenir en compte.

---

<sup>1725</sup> En el mateix sentit, T. VON HIPPEL, en K.J. HOPT; W.R. WALZ; T. VON HIPPEL; V. THEN (eds.), *The European Foundation. A New Legal Approach*, Verlag Bertelsmann Stiftung, Gütersloh, 2006, pàg. 225.

<sup>1726</sup> Reglament (CE) 1524/2007 del Parlament europeu i del Consell de 18 de desembre de 2007 pel que es modifica el Reglament (CE) 2004/2003 relatiu a l'estatut i el finançament dels partits polítics a escala europea (DOUE) L 343, 27.12.2007); Resolució de 23 de març de 2006 sobre els partits polítics europeus (DOUE C 292, 1.12.2006). *Vid.* part III, cap. I, apartat 1.1 i cap. III, apartat 2.1.3.

Malgrat que la proposta de l'EFC configura un Reglament bastant complet, també hi ha remissions als ordenaments estatals. Per això, caldria establir una connexió clara per determinar el dret aplicable subsidiari a les fundacions europees. L'opció d'aplicar com a connexió el domicili social de la incorporació, per tant, la proposta del projecte d'experts, seria la més realista i coherent amb la normativa europea actual.

S'introdueix una reflexió general al respecte del punt de connexió utilitzable per a les persones jurídiques en àmbit comunitari. El procés de comunitarització del DIPr es troba en fase embrionària, malgrat la celeritat amb què s'aproven Reglaments europeus<sup>1727</sup>. En aquest mateix sentit, el Grup Europeu de Dret Internacional Privat (GEDIP) ha iniciat les tasques per elaborar un codi de DIPr comunitari. El propòsit, però, tal i com indica A. BORRÁS, no consisteix en iniciar un procés codificador complet que divideixi un còdex per matèries, sinó que allò que pretén el Grup Europeu és estudiar i disposar propostes que unifiquin les normes de DIPr i la seva aplicació arreu dels Estats membres. Seria de preveure, i desitjable, que el Dret internacional privat europeu reguli, més tard o més d'hora, una norma de conflicte que determini la llei aplicable a les societats, que podria ser extensible a les fundacions, que acabi amb el debat de la teoria aplicable en els ordenaments estatals, optant per una de les connexions que possibilita el Tractat de la Comunitat Europea.

Reprement la valoració d'un possible Reglament d'Estatut de Fundació Europea, aquesta seria en principi positiva, tanmateix, no la considerariem prioritària, ja que la segona opció, que es presenta a continuació, podria fer innecessari aquest Reglament. La pionera jurisprudència del Tribunal de Justícia en matèria de fundacions es posiciona en reconèixer a les fundacions, o algunes d'elles (aquelles que desenvolupen activitats econòmiques, directa o indirectament a través d'empreses instrumentals) l'aplicació de la llibertat d'establiment i la lliure circulació de capitals, malgrat ser entitats sense ànim de lucre. Per altra banda, amb els 'avisos d'incompliment' que la Comissió ha emès a alguns Estats membres, per considerar que les seves normatives fiscals discriminen les fundacions estrangeres comunitàries, s'està admetent que les fundacions

---

<sup>1727</sup> "(...) El DIPr no és una via alternativa, sinó un camí complementari i paral·lel, que es mostra especialment útil per anar preparant el terreny d'una harmonització progressiva, lenta i tova (...) Sens dubte és més factible una unificació compacta del DIPr europeu, però no ha d'excloure la possibilitat d'una unificació material, segurament més laboriosa i lenta, sobretot en determinats sectors. En conclusió, el DIPr no és quelcom separat i autònom del Dret privat, o el Dret Privat Europeu és un concepte que ha d'incloure al DIPr a l'igual que el Dret civil, laboral o mercantil." S.A. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho privado europeo*, Granada, 2002, pàg. 329 i ss.

gaudeixen de llibertat d'establiment i de lliure circulació de capitals. Mancaria, només, la lliure prestació de serveis, que s'ha exclòs de la Directiva de Serveis, però que es podria incloure en una hipotètica "Directiva sobre prestació de serveis d'interès general". Si els fossin d'aplicació les llibertats comunitàries, les fundacions constituïdes legalment en un Estat membre serien reconegudes en qualsevol altre Estat membre, podent establir-s'hi o prestar-hi serveis sense que les autoritats estatals poguessin constrènyer-les a complir amb requisits establerts per normes d'estrangeria. A més, aquesta segona opció atendria al desig de legislar menys i deixar apartada l'excés de regulació comunitària. Paral·lelament, causaria un efecte harmonitzador espontani entre les normes estatals per tal de garantir la no discriminació, tal i com ja succeeix (tímidament) en els aspectes fiscals, com s'ha exposat en relació a les donacions transnacionals i les exempcions fiscals previstes en els ordenaments dels Països Baixos i Polònia.

L'aplicació de les llibertats comunitàries a les fundacions no resoldria totes les qüestions que poden sorgir, tal i com ha succeït en Dret societari, que malgrat gaudir de partida de les llibertats comunitàries i haver estat fortament harmonitzada, s'ha hagut de recórrer a un Reglament europeu que institueix una presumpta Societat Anònima Europea, per tal d'aconseguir fusionar societats, i traslladar el domicili social. Si finalment no fossin d'aplicació les llibertats comunitàries a les fundacions, o resultessin insuficients, llavors s'optaria per proposar la regulació d'una *Fundatione Europaea*, tot complint el test de racionalitat, necessitat i proporcionalitat<sup>1728</sup>. Si apliquéssim aquest test a un possible Estatut de Fundació Europea, es realitzarien les següents consideracions: si seria efectivament funcional per la finalitat que persegueix, que seria facilitar l'actuació de les fundacions en àmbit comunitari; si es podria considerar necessària tal normativa per garantir que no es lesionessin els interessos comunitaris, actualment, no només econòmics, sinó també socials i polítics; si l'aprovació d'un reglament comunitari amb les adaptacions que comportaria en les normes internes, així com els mecanismes de registre i supervisió de la nova entitat europea, serien proporcionals als interessos i avantatges comunitaris que comportaria als seus Estats membres.

---

<sup>1728</sup> Tals reflexions, no són originals i persisteixen en el temps. Y. LOUSSOUARN, en relació al desenvolupament d'activitats de les persones jurídiques en el mercat comú: "(...) Même ainsi adaptées les techniques juridiques existant *de lege lata* seront peut-être insuffisantes à satisfaire dans un proche avenir les besoins nés du développement de l'activité internationale des personnes morales. Il faudra alors s'orienter vers l'admission de personnes morales ayant en elles-mêmes un caractère international ou tout au moins européen, c'est à dire vers des personnes morales n'ayant pas leur statut juridique soumis à la législation d'un Etat déterminé. *De lege ferenda*, c'est vraisemblablement l'objectif à atteindre, du moins pour les entreprises de grande envergure." Y. LOUSSOUARN, "La condition des personnes morales en droit international privé", *RCADI*, 1959-I, pàg. 549.





## CONCLUSIONS

Primera.- Les fundacions són institucions amb un llarg recorregut històric i jurídic, que han evolucionat enormement en els darrers segles i en velocitats molt dispars segons l'ordenament jurídic. Durant les últimes dècades la importància econòmica i social de les fundacions, la secularització d'aquesta institució, i la necessitat per part de les polítiques dels Estats neoliberals de la participació dels actors privats en la consecució del benestar social, han propiciat modificacions legislatives en el panorama comparat que s'han succeït, en una primera fase, per l'adaptació d'una normativa que havia esdevingut obsoleta, i en una segona onada, encara oberta, que pretén configurar la fundació com un actor més en el mercat econòmic, atorgant-li un paper primordial en les polítiques socials.

Segona.- La figura jurídica de la fundació és heterogènia en la seva concepció, formació, estructura i supervisió en el panorama jurídic comparat. No obstant això, disposa d'uns elements coincidents: voluntat fundacional, patrimoni, i destinació a una finalitat. És, doncs, un negoci jurídic essencialment privat en el qual es disposa de la propietat privada, que un cop és destinada a una finalitat, deixa de ser patrimoni del fundador per estar vinculada a l'objecte que aquest mateix ha escollit.

Tercera.- A partir dels elements essencials, les diferents característiques que es poden atribuir a aquests i les possibles combinacions, es multipliquen la tipologia de fundacions existents, impossibilitant una classificació única. Per això, sorgeixen problemes en la qualificació *ex lege fori* en relació a l'estructura o forma de la fundació; els fins fundacionals que poden ser d'interès general o particular; la naturalesa jurídica del subjecte fundador; i la suposada contraposició entre l'absència d'ànim de lucre i l'obtenció de beneficis econòmics. Per a garantir la correcta aplicació de les normes de Dret internacional privat, mentre no s'unifiquin les definicions legals o les normes de conflicte a través de convenis internacionals o del dret comunitari europeu, les qualificacions en aquesta matèria haurien de basar-se en concepcions finalístiques o funcionals i no subjectives, per tal d'evitar que aquesta institució i els seus efectes deixin de tenir continuïtat en altres ordenaments pel fet de no disposar d'una definició coincident o d'una norma de conflicte expressa per la matèria. Un qualificació àmplia de fundació que podria ser utilitzada com a model és la que s'efectua en el Conveni 124 del Consell d'Europa sobre les OING, que defineix la fundació com un patrimoni concret consagrat a un fi determinat, exigint-se per al seu reconeixement

internacional que hagi estat creada per un acte rellevant de dret intern d'un Estat part, per tant, no es fa esment a la forma o estructura que ha de revestir la fundació.

Quarta.- Mereix destacar que els ordenaments jurídics que admeten la fundació com a mecanisme de gestió del patrimoni familiar capten l'atenció dels ciutadans europeus pertanyents a la tradició civil, que opten per constituir fundacions familiars en ordenaments distints als que pertanyen (Suïssa, Liechtenstein). De fet, en els ordenaments on la persecució de les mans mortes i vinculacions va ser més aferrissada, la concepció de la fundació ha estat la més simple, fonamentada en un patrimoni d'una persona física privada que es destina a una finalitat d'interès general, tot constituint una persona jurídica. Paral·lelament, en d'altres ordenaments, tant de tradició civil com del *common law*, l'amalgama de fundacions és molt àmplia, i s'inclouen: les fundacions d'empresa, les fundacions públiques, les fundacions familiars, les fundacions sense personalitat jurídica, les fundacions amb socis, etc. Per això, es percep com en les darreres modificacions legislatives, els ordenaments més restrictius han començat a incorporar variants en les normes sobre fundacions, introduint, en especial, les fundacions vinculades amb l'empresa i les institucions públiques, per tal d'evitar la fugida dels fundadors a ordenaments que jurídicament i fiscal són més atractius.

Cinquena.- La cooperació internacional entre fundacions és essencial, sobretot respecte aquelles que es vesteixen d'Organitzacions no governamentals que actuen transnacionalment en projectes de desenvolupament. Així doncs, les fundacions, i les entitats que conformen el Tercer sector o de l'Economia social, han esdevingut actores habituals en el trànsit internacional. Per això, han d'adaptar-se a la globalització econòmica, professionalitzant la seva organització i, conseqüentment, precisen d'una normativa adequada que les permeti desenvolupar les seves activitats transnacionalment.

Sisena.- Certament, aquestes organitzacions privades que actuen en àmbit internacional han captat l'atenció dels Estats i institucions públiques internacionals, que si bé promocionen la seva activitat, han fracassat en la majoria d'intents d'elaboració de convenis internacionals que permetin el seu reconeixement jurídic internacional. Les raons de la manca d'èxit dels convenis es fonamentarien en pluralitat de motius: heterogeneïtat en els subjectes inclosos en els convenis; desconfiança permanent respecte entitats privades estrangeres propiciant polítiques protectores; contraposició entre les teories de la seu real i de la constitució. A manca d'acord internacional, amb l'excepció del Conveni 124 del Consell d'Europa, les fundacions que travessen fronteres seran considerades

entitats estrangeres, havent de ser reconegudes pels Estats de recepció, i essent-los d'aplicació les normes que es prevegin en aquest, que sovint suposen traves administratives i jurídiques.

Setena.- Afegits als problemes jurídics de reconeixement de les fundacions estrangeres, es palesa un buit en els mecanismes de control respecte l'exercici correcte de la finalitat fundacional internacional i, en definitiva, la destinació dels recursos, que en aquest tipus de fundacions, sovint provenen d'aportacions de particulars i subvencions públiques. En aquest context, l'increment de participació d'OINGs ha comportat correlativament l'augment d'actuacions il·lícites. Per això, seria necessària l'elaboració d'un conveni internacional que cobrés, per una banda, el reconeixement de la personalitat jurídica de les fundacions i de les entitats sense ànim de lucre que actuessin internacionalment, i per l'altra, hauria de comprendre un sistema de control comptable homogeni, establint els mecanismes de cooperació entre institucions públiques de distints països, per tal d'evitar la proliferació d'organitzacions fraudulentas que acaben per perjudicar la imatge de les entitats sense fins lucratius, per tant, la confiança dels ciutadans i, correlativament, perjudicant als beneficiaris, en definitiva, les finalitats d'interès general.

Vuitena.- La determinació del tribunal internacionalment competent, respecte les controvèrsies relacionades amb l'existència i funcionament d'una fundació, no disposen de cap text convencional (a part del Conveni de Lugano), però sí de normativa comunitària. En concret, el Reglament Brussel·les I, quan la fundació tingui domicili en territori comunitari, seran d'aplicació el fur general del domicili del demandat i el fur especial d'un establiment secundari; així mateix, sense consideració del domicili, els furs de submissió expressa i tàcita. Per altra banda, en la cerca de la competència judicial en relacions contractuals o extracontractuals, serien també d'aplicació les normes del mateix Reglament europeu, així com podria ser d'aplicació, en matèria contractual, el Conveni de La Haia de 2005 sobre acords d'elecció de fur, en el cas que aquest sigui ratificat.

Novena.- Per determinar la llei aplicable a l'estatut personal de les fundacions estrangeres, s'ha d'atendre a les normes de Dret internacional privat de cada Estat, ja que no hi ha cap conveni internacional que ho prevegi. Sí que seria d'aplicació en el cas del *charitable trust*, el Conveni de La Haia de 1985 sobre reconeixement i llei aplicable al *trust*.

Desena.- Es comprova que, de les normes de Dret internacional privat estatals que s'han estudiat, són poques les normes específiques dedicades a les

fundacions, per això, per determinar-ne la llei aplicable, sovint s'utilitzen les normes generals dedicades a les persones jurídiques i en el seu cas del *trust*, a més, resulta inevitable les remissions al dret societari, per ser la matèria més analitzada per la doctrina. En l'àmbit fundacional també s'han d'analitzar les teories de constitució i de seu real, que desplacen o complementen la connexió de nacionalitat a través de criteris com: lloc de constitució, lloc on es desenvolupen principalment les activitats o lloc de situació de l'administració principal, amb diferents combinacions possibles. Però a més, s'hi ha d'afegir la dificultat de determinar l'autoritat de control administratiu competent tant en la seva constitució o, posteriorment, en la seva supervisió. Ara bé, la llei aplicable a la fundació, sigui quina sigui la teoria aplicable, serà la llei per la qual s'ha constituït (en la teoria de la incorporació per ser aquest el criteri; en la teoria de la seu real perquè s'exigeix la coincidència entre seu real i dret de constitució). Per això, es considera que la determinació de la llei aplicable a l'estatut personal de la fundació és més senzilla que en d'altres figures jurídiques, ja que en la majoria de legislacions s'exigeix per a la constitució de la fundació el compliment de requisits legals com seria el registre constitutiu, o bé la concessió de personalitat jurídica mitjançant l'aprovació per decret, que es publica en els diaris oficials. A més, les fundacions són entitats privades que es regulen principalment a través dels seus propis estatuts, en els quals s'exigeix la determinació d'un domicili, que és el punt de connexió per determinar la llei de constitució (domicili estatutari), amb independència del domicili real (centre de direcció) en part de les legislacions. Això no obsta que es puguin ocasionar conflictes positius de competència quan el criteri utilitzat en l'Estat d'origen i en l'Estat de recepció siguin diferents. Juntament a la *lex foundationis*, que regirà la vida de la fundació, també són d'aplicació les normes imperatives del fur, així com hauran de complir amb les exigències administratives de control exercides per la *lex autoritatis* en relació a les activitats que duguin a terme en el territori.

Onzena.- En alguns ordenaments, doncs, s'utilitza la connexió del "lloc de desenvolupament principal de les activitats fundacionals" per adscriure una fundació al dret propi de l'Estat i l'Administració competent de control. És el cas de la llei espanyola de fundacions que, en base a aquesta connexió territorial, distingeix les fundacions espanyoles de les estrangeres, i entre les fundacions de competència estatal de les fundacions autonòmiques. Considerem que la situació que comporta tal connexió no és la més adequada, ja que deixa de tenir sentit quan les activitats fundacionals són transnacionals, situació habitual en les fundacions dedicades al desenvolupament, que si bé actuen principalment a

l'estranger, la seva constitució, registre, situació de l'òrgan de direcció i captació de fons, es realitza a través de normativa espanyola, per això, la mateixa llei espanyola disposa que en aquests supòsits, el punt de connexió serà la situació del Patronat (òrgan de direcció).

Dotzena.- Centrant-nos en l'àmbit de Dret interregional espanyol, destacar els problemes que comporta la determinació del concepte "lloc d'actuació principal", essent una connexió mòbil, que implica el canvi de llei aplicable, autoritat competent i per tant modificació dels estatuts quan s'altera el territori principal d'actuació. No menys conflictiva és la connexió "desenvolupament de l'activitat en tot el territori de l'Estat" utilitzada com a criteri d'aplicació de les lleis estatals sobre les fundacions de competència estatal. Aquestes connexions, però, a la pràctica, s'omplen de contingut a través de la determinació del domicili estatutari (registre autonòmic o estatal) per distingir si s'és una fundació autonòmica o estatal, i determinar la llei i l'administració competent. Per tant, seria més adequat deixar apartada la connexió fàctica d'actuació territorial, per una connexió basada en el domicili social, entesa com a llei del lloc de la seva constitució i registre amb independència del lloc d'actuació principal. Amb la teoria de la incorporació, s'evitarien, si més no, els conflictes mòbils que suscita la connexió territorial, variable i poc eficient, i seria sempre aplicable la mateixa llei a l'estatut personal de la fundació així com l'Administració de control competent.

Tretzena.- Aquesta opció proposada, podria conduir a l'efecte Delaware, ja que el fundador podria decidir sota quin règim jurídic constituir la fundació, un dels autonòmics o l'estatal. De retruc, els legisladors autonòmics i estatal podrien reaccionar propiciant un '*race to the bottom* a l'autonòmica'. Tal situació, *de facto*, ja existeix. El fundador pot escollir la llei aplicable i el Protectorat competent, en virtut de dues possibles connexions, l'àmbit d'actuació principal o la situació del Patronat. La primera de les possibilitats és la susceptible de ser usada més arbitràriament, sobretot respecte les fundacions de competència estatal, ja que en aquest cas la determinació de l'activitat general en tot el territori no es troba definida. La voluntat d'escollir una o altre llei pot venir determinat pel grau de control en el procediment exercit en el procés de constitució de la fundació; la supervisió *a posteriori* exercida pel Protectorat; o la generositat i periodicitat d'oferta de subvencions públiques. Tanmateix, creiem que els legisladors no optaran per preveure controls administratius superficials per atraure als fundadors, ja que la garantia de la consecució del fi fundacional és la més anhelada pel fundador, pels beneficiaris, i pel mateix poder públic.

Catorzena.- Aquesta situació interregional, ens condueix a plantejar-nos la situació en l'àmbit comunitari europeu, ja que hi ha certs paral·lelismes, tot i que amb matisacions. En el si de la Unió Europea, coexisteixen pluralitat de lleis de fundacions estatals, que utilitzen com a criteris d'aplicació distintes teories (constitució, seu real), sense que hagin estat harmonitzades. A més, la no aplicació de la llibertat d'establiment a aquesta figura, comporta que una fundació legalment constituïda en un Estat membre, hagi de sotmetre's a normes d'estrangeria de l'Estat de recepció. Efectivament, subsisteix la distinció entre fundacions estrangeres i nacionals, comportant situacions discriminatòries per raó d'origen de les persones jurídiques quan les normes dels Estats membres, directa o indirectament, dificulten l'exercici de les llibertats comunitàries. En concret, atenent al TCE i a la jurisprudència del TJCE, es prohibeix tota discriminació per raó de nacionalitat en l'àmbit d'aplicació dels Tractats, per tant, en l'exercici de les llibertats comunitàries. Per això, cal plantejar-se si podria incloure's, en aquest dret del ciutadà europeu, el dret de fundar, que implicaria qüestions com constituir, gestionar, contribuir econòmicament, beneficiar-se dels serveis que la fundació presta, o del tracte fiscal previst en un Estat membre, o de la mateixa fundació com a persona jurídica constituïda legalment per l'ordenament d'un Estat membre, sense que s'utilitzin criteris de nacionalitat o de residència de forma discriminatòria.

Quinzena.- El fonament pel qual no els serien d'aplicació les llibertats comunitàries a les fundacions es basa en l'absència de lucre d'aquestes. Certament, aquesta és una característica intrínseca de les fundacions d'interès general, no obstant això, és irrefutable l'obtenció de beneficis d'aquestes entitats, sigui a través d'activitats econòmiques en el mercat, directa o indirectament prestant serveis; o bé, mitjançant els rendiments del seu patrimoni. Precisament, la seva professionalització les duu a cercar l'eficiència en l'obtenció de beneficis, els quals, a diferència de les societats mercantils, revertiran en el fi fundacional. Per aquestes característiques se les inclou per part de la Comissió europea i del Tribunal de Justícia, en les 'Empreses de l'Economia Social', juntament amb les societats cooperatives, mutuals, i les associacions, malgrat les diferències existents entre aquestes, essent el factor comú denominador que aporten cohesió i solidaritat social. En aquesta moderna concepció de la fundació com a operador econòmic, no se l'hauria d'excloure com una actora més en el mercat interior europeu, a qui s'haurien d'aplicar les normes de lliure concurrència i d'ajuts públics, per tal de no discriminar les empreses mercantils. Simultàniament, la creixent participació de les empreses de l'economia social en el mercat interior, ha

condicionat la política que inspira al sector empresarial, la qual tendeix a actuar, motivada en part per les autoritats europees, a favor d'un desenvolupament durador, de creixement econòmic i de llocs de treball en el marc de la defensa de la solidaritat, la cohesió i la igualtat d'oportunitats en el context d'una creixent competència a nivell mundial (Responsabilitat Social de l'Empresa).

Setzena.- Així doncs, considerem que l'exclusió de la llibertat d'establiment en l'art. 48 TCE de les fundacions com a entitats sense fins lucratius, hauria de ser reinterpretada en sentit ampli, permetent gaudir de la llibertat d'establiment, si més no, en relació a les fundacions que participen en el mercat exercint una activitat econòmica, oferint béns o serveis directament, o a través d'una societat instrumental sobre la qual s'exerceix efectivament el control intervenint directa o indirectament en la seva gestió. Aquestes qüestions ja han estat plantejades darrerament davant del TJCE (Sentència *Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato*), comptant també amb el posicionament de la Comissió Europea, que resol amb la distinció de l'activitat de la fundació. Així, des del punt de vista comunitari, es considera que les fundacions operatives, que per tant actuen en el mercat proporcionant serveis o productes, desenvolupen una activitat econòmica en el mercat, de forma directa o indirecta (a través d'empreses instrumentals). Mentre que les fundacions no operatives o *grantmaking*, que realitzen meres aportacions de fons a entitats sense fins lucratius, no es consideraria activitat econòmica, i no els serien d'aplicació les normes comunitàries. També ens serveix per aclarir quina consideració mereix una fundació que disposa de participacions en una empresa mercantil. La resposta seria que si la fundació gestiona o té membres en el consell de direcció d'aquesta empresa, sí se la podria incloure en la definició d'empresa perquè estaria exercint activitats econòmiques, i li serien d'aplicació les normes comunitàries de concurrència. Per contra, si la fundació només rep els dividendes de l'empresa en la qual té participacions, sense intervenir en la seva gestió, no es podria considerar empresa, a efectes del dret de la concurrència. Per tant, hi ha un determinat grup de fundacions que, pel fet de participar en el mercat desenvolupant activitats econòmiques, serien titulars actius dels drets d'establiment i prestació de serveis. Això permetria el seu reconeixement automàtic, i la possibilitat que una fundació constituïda legalment en un Estat membre, pogués fixar un establiment permanent en un altre Estat membre (una delegació), participant en la vida econòmica d'aquest, restant sotmesa en relació al seu estatut personal a la llei de la seva constitució. Per altra banda, hi ha un altre grup de fundacions, excloses de l'aplicació de la llibertat



d'establiment, i que no generen competència, serien les fundacions no operatives o *grantmaking*.

Dissetena.- Respecte la lliure prestació de serveis, la Directiva que ha de procurar activar un genuí mercat que elimini les barreres legals i administratives en el desenvolupament de les activitats de serveis arreu del Estats membres, exclou del seu àmbit d'aplicació material les activitats que generalment presten les fundacions. Considerem, però, que les societats o persones jurídiques, així com els professionals, que prestin un servei intracomunitari com a activitat instrumental de la fundació, sí haurien de beneficiar-se de la llibertat de prestació de serveis previst en la Directiva, tot i que la remuneració pel servei prestat posteriorment sigui reinvertit en els fins fundacionals.

Divuitena.- La llibertat de circulació de capitals també hauria de ser d'aplicació a les activitats de les fundacions, en cas contrari entenem que estaríem davant d'una discriminació a una entitat resident en un Estat membre, que per raó de nacionalitat, residència de les parts o lloc d'ubicació de la inversió, es trobaria privada de la llibertat de moviments de capitals (art. 56 TCE). Aquesta prohibició inclouria les restriccions encobertes quan comporta diferències en la pressió tributària. Així ha estat observat pel TJCE en la Sentència *Stauffer*, en què es refusa el tracte diferenciat entre fundacions en funció de la seva residència, quan la situació sigui objectivament comparable. Certament, les autoritats d'un Estat membre tenen la competència de disposar quines són les finalitats d'utilitat pública que gaudeixen d'avantatges fiscals, ara bé, aquests criteris són d'aplicació per igual a la fundació resident en un altre Estat membre sempre en igualtat de condicions amb les entitats o fundacions d'origen.

Dinovena.- En el mateix sentit, s'haurien d'eliminar les discriminacions fiscals que pateixen els ciutadans residents en un Estat membre que pretenen realitzar una donació a una fundació situada en un altre Estat membre, als quals no se'ls apliquen les exempcions fiscals previstes en l'ordenament de la seva residència perquè la destinació és una fundació situada en un altre Estat membre. Hi ha, doncs, normes tributàries estatals que retallen les llibertats comunitàries dels ciutadans europeus. En aquest sentit, la sentència *Heirs of Barbier* del TJCE, no admet les restriccions als moviments de capitals que tenen lloc entre les persones residents en els Estats membres. Han estat denunciats en aquest sentit, per la Comissió Europea, les legislacions dels governs de Bèlgica, Regne Unit, Irlanda i Polònia, tot argumentant que les donacions *bona fide* a fundacions d'altres Estats membres haurien de rebre el mateix tracte fiscal que les donacions realitzades a

fundacions domèstiques, ja que la diferència de tracte és contrària a la llibertat de moviment de capitals.

Vintena.- En àmbit europeu, no considerar les fundacions, o bona part d'aquestes, com un operador econòmic i social integrant del mercat interior és un error. La seva exclusió no només perjudica a les pròpies fundacions en l'eficiència de les seves activitats per no gaudir de la llibertat d'establiment o de circulació de capitals, sinó que perjudiquen als beneficiaris (la societat) i a les polítiques econòmiques i socials dels Estats i de la Comunitat Europea. A més, afecta a la possibilitat d'exigència de transparència i control de les fundacions que actuen transnacionalment (sigui captant fons o desenvolupant les seves activitats). Al no ser considerada com un operador més del mercat interior, se l'exclou de l'aplicació de les normatives comptables, de seguretat financera i normes de transparència que des de fa dècades s'aplica a les empreses mercantils, per exemple, les Directives sobre: blanqueig de capital; auditories legals dels comptes anuals i dels comptes consolidats de societats de capital; i, jurídicament, per exemple, la Directiva sobre la publicitat de les sucursals. Si s'elimina de l'art. 48 TCE l'exclusió de les entitats sense fins lucratius (o es redefineix el seu contingut a través del TJCE), de manera que fossin aplicables les llibertats comunitàries a les fundacions, o a alguna tipologia d'aquestes, es podrien adaptar les normes sobre seguretat financera i transparència. Seria també una bona oportunitat per prendre les mesures necessàries de coordinació entre les administracions de diferents nivells, per controlar d'entre altres qüestions, els fons transferits transnacionalment i la seva destinació, i complir així amb les recents polítiques europees i internacionals de prevenció del finançament del terrorisme i altres tipus de desviació amb fins delictius.

Vint-i-unena.- Una altra possibilitat, paral·lela al reconeixement de les llibertats comunitàries a les fundacions, seria utilitzar una altra tècnica legislativa europea, aprovant un Estatut de Fundació Europea a través d'un Reglament europeu. L'argument a favor d'una *Fundatione Europaea* seria el de crear un ens propi europeu, supranacional, que facilités l'activitat fundacional arreu d'Europa, incrementant el nombre de fundacions que cooperessin transnacionalment, agilitant i afavorint les aportacions dineràries o patrimonials intraeuropees, així com les donacions per part de ciutadans residents a la Unió Europea. S'utilitzaria com a base jurídica, en el cas de l'entrada en vigor del Tractat de Lisboa, l'art. 352 TFUE (art. 308 TCE) que deixa de limitar-se al mercat interior, per admetre l'adopció de decisions respecte les accions necessàries de la Unió en l'àmbit de les polítiques definides en els Tractats. La Comunitat Europea té experiència, tot i

que recent, sobre la reglamentació d'aquest tipus d'entitats, són els Estatuts que regulen la Societat Anònima Europea (SAE) i la Societat Cooperativa Europea (SCE). Malgrat les consideracions del Tribunal de Justícia que atribueixen el caràcter de supranacional a la SCE, considerem que, si bé aquestes societats europees certament són noves i paral·leles a les estatals, no disposen d'una regulació pròpiament europea, per tant unificada, sinó que es basen en un sistema de remissions a les lleis nacionals, essent societats de tipus europea, i no pas societats de dret europeu. Atenent aquests raonaments, en el cas d'un possible Estatut de Fundació Europea, que recordem un cop més, és una figura heterogènia en què es mescla el dret privat i el dret públic, que no ha estat prèviament harmonitzada, proposaríem una normativa completa i efectivament supranacional, per tant, una fundació veritablement europea. El Reglament hauria de preveure la definició de la fundació europea; crear un registre propi de naturalesa comunitària que exerciria també la supervisió (amb la possibilitat d'un òrgan de control intern, sistema dual); disposant el mínim de remissions possibles als ordenaments nacionals, cobrint els buits legals, en la mesura possible, amb els principis generals de dret comunitari i, en el seu cas, mitjançant la jurisprudència del Tribunal de Justícia. El tipus de fundació europea que es regularia hauria de ser la més estesa en les normatives dels Estats membres, per tant, la basada en un patrimoni inicial destinat a finalitats d'interès general, amb la possibilitat de desenvolupar activitats econòmiques seguint un codi de conducta i de bones pràctiques.

Vint-i-dosena.- La regulació europea completa de la fundació europea evitaria excessives remissions als ordenaments interns. En el cas que fos necessari aplicar supletòriament el dret estatal, existeixen diferents possibilitats de connexions: domicili estatutari (teoria de la incorporació), domicili real (opció aplicada en la SE i la SCE), o bé, utilitzar la connexió del domicili estatutari en el cas que el registre fos executat per un òrgan europeu, de manera que seria a voluntat del fundador que es designaria el domicili social de la fundació. Ara bé, la norma podria obligar a la coincidència entre el domicili estatutari amb el centre de direcció (teoria de seu real); també podria optar per no requerir cap vincle, de manera que no coincidiria el domicili estatutari amb el domicili del centre d'administració. En totes les opcions, hi ha arguments a favor i en contra. La tendència hauria de ser la llibertat d'elecció de la llei de constitució de la fundació, essent el punt de connexió per determinar la *lex fundationis* el domicili estatutari, sense la necessitat que el consell de direcció radiqués en el mateix Estat, ara bé, es podria introduir la particularitat que en cas de frau la llei aplicable fos la de l'Estat

on radiqués la seu de direcció. Juntament amb la llei aplicable a la fundació, es podria disposar una norma de connexió distinta respecte l'autoritat competent de control (encara que fos exercida principalment per un òrgan europeu), que podria coincidir amb l'autoritat del domicili estatutari, o bé, la del lloc on es trobi situat el centre de direcció, o la llei més vinculada al supòsit concret. Sigui com sigui, una futura fundació europea hauria de comportar un mecanisme de coordinació entre les autoritats dels diferents Estats membres que garantissin la circulació eficient de la informació referent a les activitats de la fundació europea.

Vint-i-tresena.- Considerem a priori innecessària la figura de la fundació europea, si optem per la primera solució basada en l'aplicació de les llibertats comunitàries i de les directives europees de control comptable i financer. Aquesta opció, a més, estaria d'acord amb la voluntat de legislar menys i millor que s'han proposat les institucions europees, i que ha propiciat, l'any 2006, la retirada de les propostes de Reglaments en el sector de l'Economia social que mancaven regular (AE i ME), tot i que, l'argument de la incompatibilitat amb els objectius de Lisboa són discutibles. No obstant això, considerem justificada la voluntat d'actualització i simplificació del cabal comunitari, ara bé aquest lloable fi entenem que s'estroneja quan, després d'argumentar la no prioritat del Reglament de Fundació Europea, s'aprova una norma de poca qualitat tècnica i insuficient, que respon únicament als interessos dels mateixos dirigents europeus, instituint amb una feble base jurídica, les fundacions polítiques a escala europea.

Vint-i-quatrena.- De tot l'exposat, es conclou la necessitat de prendre mesures que garanteixin en el marc comunitari europeu l'exercici del dret de fundació. L'aplicació de les llibertats comunitàries a les fundacions estatals, o la regulació d'un Estatut de Fundació Europea, no només es fonamentaria en aspectes econòmics, propis i originaris de la Comunitat Europea, considerant les fundacions com un element integrant del mercat interior europeu, com un operador més, actuant amb igualtat de condicions amb els ens que hi participen lucrativament; sinó que també es basaria en els objectius d'una Unió Europea que propugna la cohesió econòmica i social, en què s'haurien de tenir com a principal fita les garanties jurídiques que permetin a la ciutadania europea el desenvolupament de la llibertat de disposar, participar i beneficiar-se dels fins d'interès general de les fundacions.



## BIBLIOGRAFIA, JURISPRUDÈNCIA I DOCUMENTACIÓ

### MANUALS I CURSOS DE L'ACADÈMIA DE DRET INTERNACIONAL DE LA HAIA

ABARCA JUNCO, P. (dir.), *Derecho internacional privado*, vol. I, 5ª ed., vol. II, 2ª ed., UNED, 2004.

ABELLÁN HONRUBIA, V.; VILÀ COSTA, B., (dir.), *Lecciones de Derecho Comunitario europeo*, 4ª ed., Barcelona, 2005.

ARMINJON, P., “Les systèmes juridiques complexes et les conflits de lois et de juridictions auxquels ils donnent lieu”, *RCADI*, vol. 74, 1949, pàg. 79-190.

ARMINJON, P., *Précis de Droit international privé commercial*, París, 1948.

AUDIT, B., *Droit international privé*, 4ª ed., París, 2006.

AUDIT, B., “Le Droit international privé en quête d’universalité”, *RCADIP*, vol. 305, 2001, pàg. 9-488.

BADOSA COLL, F. (dir.), *Manual de Dret Civil Català*, Barcelona, 2003

BALLARINO, T., *Manuale breve di diritto dell’Unione europea*, Padova, 2004.

BALLARINO, T., “Les règles de conflit sur les sociétés commerciales à l’épreuve du droit communautaire d’établissement. Remarques sur deux arrêts récents de la Cour de justice des Communautés européennes”, *RCADI*, 2003-3, pàg. 373-402.

BALLARINO, T., *Manuale breve di Diritto internazionale privato*, Cedam, 2002.

BALLARINO, T., *Diritto internazionale privato*, Padova, 3ª ed., 1999.

BATIFFOL, H.; LAGARDE, P., *Traité de Droit international privé*, vol. I, 8ª ed., 1993.

BÉGUIN, J.; MENJUCQ, M. (dirs.), *Droit du commerce international*, Paris, 2005.

BENACCHIO, G., *Diritto privato della Comunità Europea*, CEDAM, (3ª ed.), 2004

BIRKS, P., (ed.), *English private law*, vol. II, Oxford, 2000.

BORRÁS, A., “Le droit international privé communautaire: réalités, problèmes et perspectives d’avenir”, *RCADI*, vol. 317, 2005, pàg. 317-539.

BORRÁS, A., “Les ordres plurilégislatifs dans le Droit international privé actuel”, *RCADI*, vol. 249, 1994, pàg. 145-368.

CALVO CARAVACA, A.L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, vol. I i II, Granada, (8ª ed.), 2007.

CASTEL, J.G., *Canadian Conflict of Law*, Toronto-Vancouver, 1994, (suplement 1995).

- CASTEL, J.G., “Constitutional Aspects of Private International Law in Australia and Canada”, *RCADI*, vol. 126, 1969-I, pàg. 1-109.
- COLLINS, L., (ed.), *Dicey and Morris on The Conflict of Laws*, vol. I, 13<sup>a</sup> ed., London, 2000.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.; SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, 4<sup>a</sup> ed., Civitas, 2007.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C; ARENAS GARCÍA, R.; MIGUEL ASENSIO, DE P.A, *Derecho de los negocios internacionales*, 1<sup>a</sup> ed., Madrid, 2007.
- GALGANO, F., *Personae giuridiche. Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, Bologna, 2<sup>a</sup> ed., 2006.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M<sup>a</sup> DEL C. et al., *Derecho de la persona vigente en Cataluña*, Tirant lo blanch, 2007.
- GOLDSTEIN, G.; GROFFIER, E., *Droit international privé. (Traité québécois)*, Vol. I, Montréal, 1998.
- GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., “Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé. Cours général”, *RCADI*, vol. 287, 2000, pàg. 9-426.
- HEUZÉ, V.; MAYER, P., *Droit international privé*, 7<sup>a</sup> ed., Montchrestien, 2001.
- HONDIUS, E.H. et al. (ed.), *Introduction to Dutch Law*, The Hague, 1999.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. et al., *Elementos de derecho civil I. Parte General de Derecho civil. Personas*, vol. II, edicions de 1990; (4<sup>ta</sup> ed.) 2004.
- LINDE PANIAGUA, E. (coord.), *Políticas de la Unión Europea*, 5<sup>a</sup> ed., Colex, 2005
- LIPARI, N. (ed.), *Trattato di Diritto privato europeo*, 2<sup>a</sup> ed., vol. II, CEDAM, 2003.
- LÓPEZ ESCUDERO, M. (coord.), *Derecho comunitario material*, Madrid, 2000.
- LOUSSOUARN, Y, “La condition des personnes morales en droit international privé”, *RCADI*, 1959-I, pàg. 444-552.
- MANGAS MARTÍN, A.; LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 5<sup>a</sup> ed., Tecnos, Madrid, 2005.
- MAYER, P, *Droit international privé*, Montchrestien, 6<sup>a</sup> ed., 1998.
- MENÉNDEZ, A. (dir.), *Lecciones de Derecho mercantil*, 5<sup>a</sup> ed., 2007.
- MIAJA DE LA MUELA, A., *Derecho internacional privado*, Madrid, vol. I, 9<sup>a</sup> ed., 1985, vol. II, 10<sup>a</sup> ed., 1987.
- MIQUEL, J., *Curso de derecho romano*, Barcelona, 1992.

MUIR WATT, H., “Aspects économiques du droit international privé. Réflexions sur l’impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions”, *RCADI*, vol. 307, 2004, pàg. 25-384.

POCAR, F., *Diritto dell’Unione e delle Comunità europee*, Milano, 10 ed., 2006.

POCAR, F., *Il nuovo diritto internazionale privato italiano*, Giuffrè editore, 2ª ed., 2002.

PUIG I FERRIOL, LL.; ROCA I TRIAS, E., *Institucions del dret civil de Catalunya. Dret de la persona i dret de família*, vol. II, Tirant lo Blanch, València, 6ª ed., 2005.

REVILLARD, M., *Droit international privé et pratique notariale*, 5ª ed., 2001.

RIGAUX, F., *Derecho internacional privado. Parte general*, (traducción y adaptación al Derecho español por A. BORRÁS), Madrid, 1985.

VICENT CHULIÀ, F., *Introducción al Derecho mercantil*, Tirant lo blanch, València, 2007.

VIGNAL, T., *Droit international privé*, Dalloz, 2005.

WATERS, D.M.W., “The institution of the trust in civil and common law”, *RCADI*, 1995, vol. 252, pàg. 120-453.

WEINBERG, I.M., *Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, 2ª ed., 2002.

### **MONOGRAFIES I ARTICLES DE REVISTA**

ABARCA JUNCO, P., “VI. Problemas de aplicación de las normas de derecho internacional privado”, ABARCA JUNCO, P. (dir.), *Derecho internacional privado*, vol. I, 5ª ed., UNED, 2004, pàg. 163-186.

ADLOFF, F., et al., “Germany”, H.K. ANHEIER; S. DALY (eds.), *The Politics of Foundations*, Routledge, 2007, pàg. 172-185.

AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M.; RODRÍGUEZ BENOT, A., “La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y de Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil: una primera lectura”, *REDI*, 1998, 2, pàg. 35-68.

AJANI, G., *Il modelo post-socialista*, Sistemi Giuridici Comparati, Torino, 2ª ed., 1997.

ALFANDARI, E., “Les associations et le droit européen”, *Juris Associations*, n. 270, 15 décembre 2002, pàg. 37-44.

ALFANDARI, E., *Associations et fondations en Europe*, Lyon-Paris, 1994.

ALFANDARI, E.; JEANTIN, M., “Le projet d’association européenne”, *Le Semaine Juridique*, n. 27-28 (Doctrine 3345), 1988.



- ALFANDARI, E.; NARDONE, A., *Associations et fondations en Europe. Regime juridique et fiscal*, Juris, 1994.
- ALFONSO SÁNCHEZ, R., “La Sociedad Cooperativa Europea. Un nuevo tipo social en un escenario complejo”, *Noticias de la Unión Europea*, n. 252, 2006, pàg. 19-34.
- ALFONSO SÁNCHEZ, R., *La integración cooperativa y sus técnicas de realización: la cooperativa de segundo grado*, Ed. Tirant lo Blanc, València, 2000.
- ALFONSO SÁNCHEZ, R., “La reforma de la legislación estatal sobre sociedades cooperativas: su incidencia en las Comunidades Autónomas sin ley reguladora”, *La Ley*, n. 4750, 9.3.1999.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *Estudios de Derecho interregional*, Estudios de Derecho internacional privado, núm. 9, Universidade de Santiago de Compostela, 2007.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Rescensión a GARDEÑES SANTIAGO, M.: *Las fundaciones en Derecho internacional privado español*. Fundación Centro de Estudios Comerciales, Madrid, 2003, 263 pp.”, *REDI*, 2004-1, pàg. 622-627.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Derecho internacional privado y derecho privado europeo”, S. CÁMARA LAPUENTE, (coord.), *Derecho privado europeo*, COLEX, 2003, pàg. 157-190.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Derecho interregional: claves para una reforma”, *AEDIPr*, t. III, 2003, pàg. 37-73.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “¿Derecho interregional civil en dos escalones?”, *Libro Homenaje a Idelfonso Sánchez Mera*, Madrid, 2002, vol II, pàg. 1787-1808.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Igualdad, competencia y deslealtad en el sistema español de Derecho interregional (y en el de Derecho internacional privado)”, *REDI*, 2001, pàg. 49-74.
- ÁLVAREZ RUBIO, J.J., “La necesaria reforma del sistema español de Derecho interregional”, *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1997, Madrid, 1998, pàg. 275-321.
- ANDRÉS SAÉNZ DE SANTA MARÍA, P. et al., *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, 2ª ed., Eurolex, Madrid, 1999.
- ANHEIER, H.K., “Foundations in Europe: A comparative Perspective”, SCHLÜTER, A; THEN, V.; WALKENHORST, P., (ed.). *Foundations i Europe. Society Management and Law*, London, Bertelsmann Foundation, 2001, pàg. 35-82.
- ANHEIER, H.K.; DALY, S. (eds.), *The politics of Foundation. A comparative analysis*, Routledge, London and New York, 2007.
- ANHEIER, H.K.; DALY, S., “Philanthropic foundations in modern society”, H.K. ANHEIER; S. DALY (eds.), *The Politics of Foundations*, Routledge, 2007, pàg. 3-26.

- ANHEIER, H.K.; DALY, S., “Las fundaciones en Europa: enfoques, realidades y políticas”, CABRA DE LUNA, M.A.; FRAGUAS GARRIDO, B., *¿Qué son y qué quieren ser las fundaciones españolas? Una aproximación a sus roles y su futuro en el marco europeo*, Vodafone, 2004.
- ANSAY, T., “Third Way”, *Festschrift für Ulrich Drobnig zum siebzigsten Geburtstag*, Mohr-Siebeck, Tübingen, 1998, pàg. 483-484.
- ANTONELLI, F.R., “La legge sul trust della Repubblica popolare cinese”, *Mondo Cinese*, n. 108, 2001, <www.tuttocina.it>.
- ARCE JANÁRIZ, A., *Comunidades Autónomas y conflicto de leyes*, Madrid, 1987
- ARCE JANÁRIZ, A., “Claves constitucionales de revisión de conflictos internos”, *REDI*, 1984, pàg. 547-576.
- ARCHAMBAULT, E., *Le secteur sans but lucratif. Associations et Fondations en France*, Paris, 1996.
- ARENAS GARCÍA, R., “El derecho internacional privado (DIPr) y el Estado en la era de la globalización: la vuelta a los orígenes”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2007, pàg. 19-94.
- ARENAS GARCÍA, R., “Capítulo 3: Sociedades”, J.C. FERNÁNDEZ ROZAS; R. ARENAS GARCÍA; P.A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho de los negocios internacionales*, Madrid, 2007, pàg. 171-244.
- ARENAS GARCÍA, R., “Reseña: Garcimartín Alférez, F.L., Derecho de sociedades y conflictos de leyes: una aproximación conflictual, Madrid, 2002, 327 pp.”, *REDI*, 2002, pàg. 1104-1110.
- ARENAS GARCÍA, R., *Registro mercantil y Derecho del comercio interancional*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000.
- ARENAS GARCÍA, R., “Derecho forales, Derechos locales y Derechos consuetudinarios en España: Origen histórico y determinación de su ámbito de aplicación territorial”, *Revista jurídica de Asturias*, 1997, nº 21, pàg. 93-113.
- ARENAS GARCÍA, R., *El control de oficio de la competencia judicial internacional*, Madrid, 1996.
- ARESPACOCCHAGA, J. DE, *El trust, la fiducia y figuras afines*, Marcial Pons, 2000.
- ARROYO I AMAYUELAS, E. (dir.), *El Trust en el derecho civil*, Barcelona, Bosch, 2007.
- ARROYO I AMAYUELAS, E., “¿Y si universalizamos el trust, también en Cataluña?”, E. ARROYO I AMAYUELAS (dir.), *El Trust en el Derecho civil*, Barcelona, 2007, pàg. 457-492.

ARROYO I AMAYUELAS, E., “¿Por qué el trust en Catalunya?”, S. NASARRE; M. GARRIDO (coords.), *Los patrimonios fiduciarios y el trust, III Congreso de Derecho Civil Catalán*, La Notaria, 2006, pàg. 525-594.

ARROYO I AMAYUELAS, E., “La doble configuració de la dotació en la Llei 1/1982, de 3 de març, de fundacions privades: com a negoci jurídic de vinculació i com a part del patrimoni general de la fundació”, *Les persones jurídiques en el dret civil de Catalunya: associacions i fundacions (Materials de les Novenes Jornades de Dret Català a Tossa)*, València, 1998, pàg. 447-479.

AUBARELL, G.; VILADRICH, M., “Glossari i criteris de transcripció de la terminologia de dret islàmic”, A. BORRÁS; S. MERNISSI (eds.), *L'islam jurídic i Europa*, Barcelona, 1998.

AUBY, J.F. , “Les services publiques en Europe”, *Coll. Que sais je ?*, 1998, n. 3414.

BADENES GASSET, R., “Regulación legal de las fundaciones: algunas consideraciones críticas del Derecho español”, *RDP*, 1979, pàg. 125-134.

BADENES GASSET, R., *Las fundaciones de derecho privado*, Barcelona, edicions de 1960 i 1986.

BADOSA COLL, F., “Sobre los patrimonios fiduciarios en Cataluña”, E. ARROYO I AMAYUELAS, (dir.), *El Trust en el Derecho civil*, Barcelona, 2007, pàg. 411-454.

BADOSA COLL, F., “Les fundacions”, F. BADOSA (dir.), *Manual de Dret Civil Català*, Barcelona, 2003, pàg. 159-177.

BADOSA COLL, F., “Eficàcia territorial de les normes”, *Comentaris sobre l'Estatut d'Autonomia de Catalunya*, vol. I, Barcelona, 1988, pàg. 253-280.

BALLARINO, T.; BONOMI, A., “The Italian Statute on Private International Law of 1995”, *Yearbook of Private International Law*, vol. 2, 2000, pàg. 99-131.

BALLARINO, T., “Le direttive comunitarie sull'armonizzazione del diritto delle società”, U. DRAETTA (coord.), *Verso un diritto europeo delle società*, Milano, 1991, pàg. 1-66.

BANMEYER, I; TALBOT, C., “Les fondations: état présent et idées de réforme”, *Annales de Droit de Louvain*, 1998 (1), pàg. 25-77.

BARBETTA, G.P.; SCHENA, C., *Regolazione e controllo sulle organizzazioni non profit*, Il Mulino, Bologna, 2000.

BARBIERI, C., “Gli enti ‘non profit’”, N. LIPARI (ed.), *Trattato di Diritto privato europeo*, 2ª ed., vol. II, CEDAM, 2003, pàg. 226-238.

BAREA, J.; MONZÓN, J.L. (dirs.), *Manual para la elaboracion de las cuentas satelite de las empresas de la economia social: cooperativas y mutuas*, CIRIEC, desembre de 2006.

BARON, E; DELSOL, X., *Les fondations reconnues d'utilité publique et d'entreprise. Régim juridique et fiscal*, 1992.

- BARRIÈRE, F., “El equivalente francés del trust o la fiducia como instrumento comercial”, E. ARROYO I AMAYUELAS (dir.), *El Trust en el Derecho civil*, Barcelona, 2007, pàg. 99-130.
- BARS, B. LE, “L'établissement international des sociétés”, J. BÉGUIN; M. MENJUCQ (dirs.), *Droit du commerce international*, Paris, 2005, pàg. 271-302.
- BASEDOW, J., “Conflictos de leyes en la Unión Europea y armonización del derecho privado”, *AEDIPr*, t. VI, 2006, pàg. 141-159.
- BASEDOW, J., “La progresiva europeización del derecho contractual”, *REDI*, 2004-I, pàg. 15-31.
- BASEDOW, J., “The communitarization of the Conflict of Laws under the Treaty of Amsterdam”, *Common Market Law Review*, 2000, pàg. 687-708.
- BATIFFOL, H., *La reconnaissance des personnes morales étrangères à la septième Conférence de droit international privé de La Haye (1951)*, TCFDIP, 1953, pàg. 137-147.
- BEAULNE, J., *Droit de fiducies*, W&L, 1998.
- BÉGUIN, J., “L'avènement de la société européenne”, *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, pàg. 75-92.
- BÉGUIN, J., “Un texte à abroger: la loi sur la reconnaissance internationale des sociétés anonymes étrangères”, *Mélanges Claude Champaud. Le droit de l'entreprise dans ses relations extérieures à la fin du XXe siècle*, 1997, pàg. 1-21.
- BEITZKE, G., “Droit international privé et droit interrégional privé”, *Revue Hellénique de droit international*, 1955, pàg. 131-147.
- BENEDETTELLI, M.V., “Criteri di giurisdizione in materia societaria e diritto comunitario”, *RDIPP*, 2002, pàg. 879-922.
- BENEDETTELLI, M.V., “La legge regolatrice delle persone giuridiche dopo la riforma del diritto internazionale privato”, *Rivista delle Società*, 1997, n. 42, pàg. 39-113.
- BENEDETTELLI, M.V., “Art. 25”, V.A., *Le nuove leggi civili commentate. Riforma del sistema italiano di Diritto internazionale privato*, Cedam, 1996, pàg. 1108-1148.
- BENEYTO BERENQUER, R., *Fundaciones sociales de la Iglesia católica: Conflicto Iglesia-Estado*, Edicep, València, 1996.
- BENEYTO PÉREZ, J.M. (dir.); A. RINCÓN GARCÍA LOYGORRI (coord.), *Tratado de Fundaciones*, Bosch, 2007, vols. I i II.
- BERAUDO, J.P., “Le Règlement (CE) du 22 décembre 2000 concertant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale”, *JDI-Clunet*, 2001-4, pàg. 1033-1084.

- BERMANN, G., “The legal framework of foundations in the United States”, G. ALPA (ed.), *Le Fondazioni. Tradizione e modernità*, Padova, 1988, pàg. 105-124.
- BIANCA, M., “Acto negocial de destino y separación de patrimonios”, E. ARROYO I AMAYUELAS (dir.), *El Trust en el Derecho civil*, Barcelona, 2007, pàg. 157-183.
- BINDER, O., *Guide juridique et fiscal du mécénat et des fondations à l’usage des entreprises et des entrepreneurs*, 3<sup>a</sup> ed., 2005, Paris.
- BISCHOFF, J.M., “La société européenne. Aspects de droit international privé”, *Petites affiches*, 16.4.2002, n. 76, pàg. 43-55.
- BLANCH NOGUÉS, J.M., *Régimen jurídico de las fundaciones en Derecho Romano*, Madrid, 2007, pàg. 109-121.
- BLANCO RUIZ, F., “Las Agrupaciones de Interés Económico y el sector no lucrativo”, M. RODRIGUEZ PIÑERO; R. DE LORENZO GARCÍA; M.A. CABRA DE LUNA (dirs.), *El sector no lucrativo en España*, 1993, Madrid, pàg. 685-720.
- BLANCO-MORALES LIMONES, P., *La transferencia internacional de sede social*, Pamplona, 1997.
- BLASCO I ESTEVE, A., “Abast territorial de les competències (EAC 25.1)”, *Comentaris sobre l'Estatut d'Autonomia de Catalunya*, vol. I, Barcelona, 1988, pàg. 341-355.
- BLOM, J., “Private International Law in a Globalizing Age: the Quite Canadian Revolution”, *Yearbook of Private International Law*, vol. 4, 2002, pàg. 83-115.
- BOCCHINI, E., *Il registro europeo delle imprese*, Cedam, 2003.
- BODDINGTON, E., “United Kingdom (focus on England and Wales)”, *Foundations’ Legal and Fiscal Environments, Mapping the European Union of 27*, EFC, 2007.
- BOELE-WOELKI, K., et al. “Duch private international law at the end of the 20th century: pluralism of methods”, E.H. HONDIUS (ed.), *Netherlands reports to the fifteenth international congress of comparative law*, Bristol, 1998, pàg. 203-227.
- BOER, TH.M. DE., “The Hague Conference and dutch choice of law: some criticism and a suggestion”, *Netherlands International Law Review*, XL, 1993, pàg. 1-13.
- BOER, TH.M. DE; KOTTING, R., “Chapter 15: Private International Law”, E.H. HONDIUS et al. (ed.), *Introduction to Duch Law*, The Hague, 1999, pàg. 265-288.
- BOGERT, G.T., “Ch: 6. Charitable tusts”; “Ch. 22. Trusts and conflict of laws problems”, *Trusts*, (6<sup>a</sup> ed.), 1987, pàg. 201-260; 671-760.
- BOGGIANO, A., *Curso de derecho internacional privado*, Buenos Aires, 2001.

- BOQUERA MATARREDONA, J., (dir.), *La sociedad anónima europea domiciliada en España*, Thomson, 2006.
- BORRÁS, A., “Incidencia de la Conferencia de La Haya y del derecho de la Unión europea en el sistema español de derecho internacional privado”, J.L. IRIARTE ÁNGEL (coord.), *Propiedad y derecho internacional*, 2007, pàg. 103-132.
- BORRÁS, A., “Sesión XVII del Grupo Europeo de Derecho internacional privado (Hamburgo, 14-16 de septiembre de 2007)”, *REDI*, 2007, 2, (en premsa).
- BORRÁS, A., “La Comunidad Europea como miembro de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado”, *AEDIPr*, t. VI, 2006, pàg. 1179-1189.
- BORRÁS, A., “Las reuniones relativas al Convenio de Lugano (Lugano, 9-12 de octubre de 2006)”, *REDI*, 2006-2, pàg. 1107-1110.
- BORRÁS, A., “Integración regional y ordenamientos plurilegislativos”, *El Derecho internacional: normas, hechos y valores. Liber amicorum José Antonio Pastor Ridruejo*, Madrid, 2005, pàg. 661-674.
- BORRÁS, A.; GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., “La loi nationale à l’heure de la réforme du droit international privé espagnol”, *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l’honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, pàg. 137-153.
- BORRÁS, A., “The 1999 Preliminary Draft Hague Convention on jurisdiction, Recognition and Enforcement of Judgments: Agreements and Disagreements” F. POCAR; C. HONORATI, (eds.), *The Hague Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Judgments*, Padova, 2005, pàg. 41-71.
- BORRÁS, A., “La XX Sesión de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado”, *REDI*, 2005-1, pàg. 513-520.
- BORRÁS, A., “The 1999 Preliminary Draft Hague Convention on jurisdiction, Recognition and Enforcement of Judgments: Agreements and Disagreements”, *RDIPP*, 2004, n.1, pàg. 5-30.
- BORRÁS, A., “Significado y alcance del espacio judicial europeo en materia civil: hacia la reforma del Título IV TCE”, *Noticias de la UE*, núm. 225, octubre 2003, pàg. 11-20.
- BORRÁS, A., “Una nueva etapa en la Conferencia de La Haya de Derecho privado internacional: la elaboración de un convenio sobre competencia judicial y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil”, *Responsa Jurisperitorum Digesta*, Salamanca, 2002, pàg. 45-81.
- BORRÁS, A., “Derecho internacional privado y Tratado de Ámsterdam”, *REDI*, 1999-2, pàg. 383-426.

- BORRÁS, A., “La comunitarización del Derecho internacional privado: pasado, presente y futuro”, *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gazteiz 2001*, 2002, pàg. 285-318.
- BORRÁS, A., “La proyección externa de la comunitarización del Derecho internacional privado: los datos del problema”, *La Ley*, 13.9.2002, pàg. 1-8.
- BORRÁS, A., (ed.), *La revisión de los convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales: una reflexión preliminar española*, Tarragona, 30-31 de mayo de 1997, Marcial Pons, 1998.
- BORRÁS, A., *Calificación, reenvío y orden público en el Derecho interregional español*, Barcelona, UAB, 1984.
- BORRÁS, A.; GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., “La loi nationale à l’heure de la réforme du droit international privé espagnol”, *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l’honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, pàg. 137-153.
- BOURGEOIS, D.J., *The Law of Charitable and Not-For-Profit Organizations*, 3<sup>a</sup> ed., Butterworths, 2002.
- BOUZA, N.; QUIÑONES, A., “Nota sobre el Código de Derecho internacional privado de Bélgica”, *RJC*, 2006-1, pàg. 177-186.
- BRAS, W. LE, “Les fondations étrangères en France”, *Bull. Joly*, 1982, pàg. 1007-1011.
- BRAUN, A., “El trust en Italia: aplicaciones en el ámbito del Derecho de la persona y de la familia”, E. ARROYO I AMAYUELAS (dir.), *El Trust en el Derecho civil*, Barcelona, 2007, pàg. 233-155.
- CABELLOS ESPIÉRREZ, M.A., “Algunos aspectos competenciales de la Ley 30/1994. En particular, la nueva interpretación legislativa del artículo 149.1.1 CE”, *Les persones jurídiques en dret civil de Catalunya: Associacions i fundacions. Novenes Jornades de Dret Català a Tossa*, Tirant lo blanch, 1996, pàg. 239-262.
- CABRA DE LUNA, M.A.; FRAGUAS GARRIDO, B., *¿Qué son y qué quieren ser las fundaciones españolas? Una aproximación a sus roles y su futuro en el marco europeo*, Vodafone, 2004.
- CABRA DE LUNA, M.A., *El tercer sector y las fundaciones de España hacia el nuevo milenio*, Madrid, 1998.
- CAFFARENA LAPORTA, J., “El domicilio de la fundación”, S. MUÑOZ et al. (dir.), *Comentarios a las leyes de fundaciones y de mecenazgo*, Madrid, 2005, pàg. 169-179.
- CAJIGAL MORALES, J.A., “Planificación de actividades”; “Fuentes de financiación”, V.A., *Las fundaciones*, Colex, 2006, pàg. 121-164; 185-202.

- CALVO CARAVACA, A.L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Sociedades mercantiles: libertad de establecimiento y conflicto de leyes en la Unión Europea”, *Revista de Derecho de Sociedades*, 2007, n. 28, pàg. 59-100.
- CALVO CARAVACA, A.L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Cap. 12. Derecho europeo de sociedades”, S. CÁMARA LAPUENTE, (coord.), *Derecho privado europeo*, COLEX, 2003, pàg. 283-329.
- CALVO CARAVACA, A.L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, Colex, 2003.
- CALVO CARAVACA, A.L., “Art. 9.11 CC”, M. ALBALADEJO; S. DÍAZ (dirs.) *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, t. I, vol. 2, Madrid, 1995, pàg. 479-525.
- CALVO CARAVACA, A.L. (ed.), *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Madrid, 1994.
- CALVO CARAVACA, A.L.; FERNÁNDEZ DE LA GANDARA, L., *Libertad de establecimiento y derecho de sociedades en la Comunidad Económica Europea*, Tecnos, 1988.
- CÁMARA LAPUENTE, S., “Breve compendio geo-conceptual sobre trusts”, S. NASARRE; M. GARRIDO (coords.), *Los patrimonios fiduciarios y el trust*, III Congreso de Derecho Civil Catalán, La Notaria, 2006, pàg. 25-52.
- CÁMARA LAPUENTE, S., “Trust a la francesa. Las doce preguntas de siempre y un reto desesperado a partir de la proposición de la ley de 8 de febrero de 2005 que instituye la ‘fiducie’”, *InDret* 2/2005, n. 283.
- CÁMARA LAPUENTE, S., “El trust y la fiducia: posibilidades para una armonización europea”, S. CÁMARA LAPUENTE, (coord.), *Derecho privado europeo*, COLEX, 2003, pàg. Madrid, 2003, pàg. 1099-1172.
- CAMPO ARBULO, J.A. DEL, “Capítulo 19: Fiscalidad de las entidades sin fines lucrativos”, BENEYTO PÉREZ, J.M. (dir.), *Tratado de Fundaciones*, Bosch, 2007, vol. II, pàg. 1003-1043.
- CAMPUZANO DÍAZ, B., “Las fundaciones extranjeras en la nueva ley sobre fundaciones”, *BIMJ*, n. 1745, 1995, pàg. 3205-3225.
- CANTIN CUMYN, M., “La fiducie, un nouveau sujet de droit?”, J. BEAULNE, *Mélanges Ernest Caparros*, Montréal, 2002, pàg. 131-143.
- CAPILLA RONCERO, F., *La persona jurídica. Funciones y disfunciones*, Tecnos, 1984.
- CARBERY, J., “La fondation européenne”, *Revue du Marche Commun*, n. 283, 1985, pàg. 45-48.
- CARBONE, S.M., *Lo spazio giudiziario europeo. Le Convenzioni di Bruxelles e di Lugano*, Torino, 2ª ed., 1997.



- CARLIER, J.Y., “Le Code belge de droit international privé”, *RCrDIPr*, 2005, n. 94-1, pàg. 11-45.
- CARO GÁNDARA, R., “El desacuerdo europeo sobre el foro de la competencia judicial internacional en materia de sociedades”, *La Ley*, 2000-2, D-28, pàg. 1818-1826.
- CARO GÁNDARA, R., “La eficacia del foro de la sede social en el art. 16.2 del Convenio de Bruselas”, A. BORRÁS (ed.), *La revisión de los convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales: una reflexión preliminar española*, Tarragona, 30-31 de mayo de 1997, Marcial Pons, 1998, pàg. 371-382.
- CARO GÁNDARA, R., *La competencia judicial internacional en materia de régimen interno de sociedades en el espacio jurídico europeo*, Madrid, 1999.
- CARRANCHO HERRERO, T., “Capítulo 9: Los estatutos”, BENEYTO PÉREZ, J.M. (dir.), *Tratado de Fundaciones*, Bosch, 2007, vol. I, pàg. 451-505.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “El trust anglosajón y el Derecho Internacional Privado Español”, E. ARROYO I AMAYUELAS, (dir.), *El Trust en el derecho civil*, Barcelona, 2007, pàg. 365-390.
- CASTEL, J.G., “Commentaire sur certaines dispositions du Code civil du Québec se rapportant au droit international privé”, *Journal du Droit International*, 3, 1992, pàg. 625-668.
- CASTEL, J.G., “The Unification of Private International Law Rules in Canada”, *Liber Memoriales François Laurent*, Brussel, 1989, pàg. 723-734.
- CASTRO Y BRAVO, F. DE, “Sobre la pretendida validez de las fundaciones familiares”, *Anuario de Derecho Civil*, t. VI, fasc. III, 1953, pàg. 623-651.
- CHECA MARTÍNEZ, M., *El trust angloamericano en el Derecho español*, Madrid, 1998.
- CIAN, G.; TRABUCCHI, A., *Commentario breve al Codice civile, Diritto internazionale privato e Diritto societario prima della riforma*, Cedam, 2004.
- CLAEYS BOUUAERT, M.I., “La fiscalité”, Conseil de l’Europe, *Associations et fondations*, Strasbourg, 27-29 novembre 1996, pàg. 73-84.
- CLERICI, R.; MOSCONI, F., POCAR, F., *Legge di riforma del diritto internazionale privato e testi collegati*, Giuffrè editore, Milano, 5ª ed., 2007.
- COBO DEL ROSAL, A., “Principales aspectos del nuevo régimen jurídico de la sociedad cooperativa europea. Reglamento n. 1435/2003 del Consejo Europeo, de 22 julio 2003”, *RdS*, 2003 (2), n. 21, pàg. 484-496.
- COIPEL, M., “La pluralité des rattachements aux normes applicables à la société européenne”, J. MALHEBE, *La société européenne*, Bruylant, 2005, pàg. 19-76.

- COLOMBO, G.M.; RAGGHIANI, S., *Enti non commerciali e Onlus. Aspetti contabili e fiscali*, Giuffrè Editore, Milano, 2000.
- COMBES, I.; LEMAISTRE, D., “France”, *Foundations’ Legal and Fiscal Environments, Mapping the European Union of 27*, EFC, 2007.
- COMBRUGGHE, D. DE, “La future réglementation communautaire sur le statut de l’association, de la coopérative et de la mutualité européennes”, *Revue du Marché Unique Européen*, 1993, 1, pàg. 127-150.
- CORNU, G., *Vocabulaire juridique*, Paris, 1996
- COSTI, R., “Fondazione e impresa”, *Rivista di Diritto Civile*, 1968, I, pàg. 1-49.
- COURET, A., “Les sociétés en droit international et européen”, J. BÉGUIN; M. MENJUCQ (dirs.), *Droit du commerce international*, Paris, 2005, pàg. 171-231.
- CRAUSER, G., “Keynote speech on the importance of NGOs to the integration process”, *Dialogue for the Europe of the Future – European Integration and Civil Society*, International Conference, Budapest, 11 June 1999.
- CRUZ AMORÓS, M., “Ámbito de aplicación y normas generales del régimen fiscal especial de las entidades sin fines lucrativos”, S. MUÑOZ et al. (dir.), *Comentarios a las leyes de fundaciones y de mecenazgo*, Madrid, 2005, pàg. 763-791.
- CUEVILLAS SAYROL, J.A., *La competencia jurisdiccional internacional de los tribunales españoles del orden civil*, València, 2006
- CUSCÓ, M.; CUNILLERA, M., *Comentarios a la nueva ley de fundaciones. Ley 50/2002, de 26 de diciembre*, Madrid, 2003.
- DABORMIDA, R., “Derecho cooperativo europeo y ordenamiento comunitario: ¿hacia la armonización o la uniformación de las legislaciones en el seno de la CEE?”, *CIRIEC-España*, n. 7, 1989, pàg. 5-67.
- DEFOURNY, J.; MONZÓN, J.L., *Economía Social. Entre Economía Capitalista y Economía Pública*, CIRIEC-Espanya, València, 1992
- DELANY, V.T.H., “Charitable Trusts and the Conflict of Laws”, *ICLQ*, 1961, pàg. 385-400.
- DELSOL, X.; CLAVAGNIER, B.; BECQUART, A., “Utilité sociale, intérêt général, utilité publique”, *Juris-Associations*, n. 99, 1994, pàg. 21-27.
- DIOS TRÍAS I GIRÓ, J. DE, “Personas jurídicas extranjeras de fin no utilitario, según el Derecho español”, *RDP*, t. II, 1915, pàg. 1-12.
- DIOS TRÍAS I GIRÓ, J. DE, *El Derecho inter-regional según el artículo 15 del Código civil*, Barcelona, 1889.
- DOMÍNGUEZ, I.; CERRATO, J.; GARCÍA, I., *La realidad de las Fundaciones en España. Análisis sociológico, psicosocial y económico*, Santander, 2001.

- DRAPIER, M., “Entre personnes privées et missions d’intérêt général: la ‘Fondation du patrimoine’, une institution à l’équilibre incertain”, *Recueil Dalloz-Sirey*, 1997 (1), pàg. 212-218.
- DROZ, G.A.L., “La convention de Lugano parallèle à la convention de Bruxelles concernant la compétence judiciaire et l’exécution des décisions en matière civile et commerciale”, *RCrDIPr*, 1989, pàg. 1-51
- DROZ, G.A.L., *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le marché commun*, Paris, Dalloz, 1972.
- DROZ, G.A.L.; GAUDEMET-TALLON, H., “La transformation de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l’exécution des décisions en matière civile et commerciale”, *RCrDIPr*, 2001, pàg. 601-652.
- EDWARDS, D., *Note on the law of Charities in England and Wales*, “Towards a European Framework for Public Benefit Foundations”, ERA-EFC, Brussel les, 14.9.2006 (inèdit).
- EMANUELE, E.F.M., *Evoluzione e vicende delle fondazioni di origine bancaria*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2004.
- EMPID IRUJO, J.M., “Aproximación al Derecho de sociedades de la Unión Europea: de las Directivas al Plan de Acción”, *Noticias de la Unión Europea*, n. 252, 2006, pàg. 5-15.
- EMPID IRUJO, J.M., “Fundaciones y actividades empresariales en el Derecho español”, *Derecho de los Negocios*, n. 106, 2004, pàg. 3-14.
- ESSIG, C.; TAILLE, M. DE LA, “Une nouvelle génération de fondations”, *Entreprises & Mécénat*, n. 106, 2005, pàg. 16-18.
- ESTEBAN DE LA ROSA, F., *La joint venture en el comercio internacional*, Comares, Granada, 1999.
- ESTEBAN VELASCO, G.; FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (coords.), *La sociedad anónima europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, Marcial Pons, 2004
- FABRETTI, G., “La Economía Social en Europa”, *CIRIEC-España*, núm. 2, 1987, pàg. 7-14.
- FAJARDO, I.G., “La armonización de la legislación cooperativa en los países de la Comunidad Económica Europea”, AA.VV., *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, vol. I, Ed. Tirant lo Blanch, València, 1995, pp. 1113-1177.
- FEENSTRA, R., “Foundations in Continental Law since the 12th Century: The Legal Person Concept and Trust-like Devices”, R. HELMOHOLZ ; R. ZIMMERMANN, (ed.), *Itinera Fiducie. Trust and Treuban in Historical Perspective*,

*Comparative Studies in continental and Anglo-American Legal History*, Band 19, 1998, pàg. 305-326.

FERNÁNDEZ DE SOTO BLASS, M.L., “Régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos declaradas de interés general o utilidad pública”, *Revista de Derecho financiero y de hacienda pública*, nº 268, 2003, pàg. 335-376.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “El traslado internacional de domicilio de la sociedad europea”, *RDM*, 2003, pàg. 1479-1583.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “Capítulo 1: Derecho de los negocios internacionales”, FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.; ARENAS GARCÍA, R.; MIGUEL ASENSIO, DE P.A., *Derecho de los negocios internacionales*, Madrid, 2007, pàg. 25-83.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “Balance y perspectiva de los sistemas de determinación de la *lex societatis*”, *Derecho de sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, Madrid, 2002, vol. I, pàg. 197-214.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. “Capítulo IV. Normas de Derecho internacional privado”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, t. I, vol. 2, Madrid, 1995, pàg. 1-95.

FERRARA, F., *Teoría de las personas jurídicas*, Comares, Granada, 2006.

FERRER I RIBA, J., “Els fons especials en les fundacions privades”, *RCDP*, 2002-1, pàg. 81-118.

FERRER I RIBA, J., “La modernització del dret alemany de fundacions”, *InDret*, 1.2003.

FONT I MAS, M., “Questioni terminologiche nella trasposizione delle direttive sul diritto contrattuale europeo: la prospettiva dell’ordinamento giuridico spagnolo”, B. PASA; P. ROSSI; M. WEITENBERG (coords.), *Il Diritto contrattuale europeo tra direttive comunitarie e trasposizioni nazionali. Materiali per lo studio della terminologia giuridica*, Collana diretta da G. Ajani, Giappichelli, Torino, 2007.

FONT I MAS, M., “El trust i la fidúcia com a forma de fundacions. Experiència a Canadà i Quebec”, S. NASSARRE; M. GARRIDO (Coords.), *Los patrimonios fiduciarios y el trust. III Congreso de Derecho Civil Catalán, Tarragona, 20 y 21 de octubre de 2005*, Monogràfics La Notaría, 2006, pàg. 121-134.

FONT I MAS, M., “El derecho de fundación en Canadá y Québec”, E. MITJANS (Ed.); J.M. CASTELLÀ (Coord.), *Derechos y libertades en Canadá*, Canadiana, nº 4, 2005, pàg. 337-353.

FONT I SEGURA, A., *Actualización y desarrollo del sistema de derecho interregional*, Estudios de Derecho internacional privado, núm. 10, Universidad de Santiago de Compostela, 2007.

- FONTAINE, N., “L’association européenne se prépare”, *Juris Associations*, 59, 1991, pàg. 11-12.
- FORNER DELAYGUA, J.J., “Interpretación del Convenio de Bruselas por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, BORRÁS, A. (dir.), *Cooperación jurídica internacional en materia civil. El Convenio de Bruselas*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 2001-IV, pàg. 403-453.
- FORNER MATAMALA, J., “Situacions especials de les fundacions”, *Fundacions privades catalanes*, Barcelona, 1984, pàg. 147-161.
- FRIES, R., “Le associazioni filantropiche e la charity commission”, G.P. BARBETTA; C. SCHENA, *Regolazione e controllo sulle organizzazioni non profit*, Il Mulino, Bologna, 2000, pàg. 55-71.
- FUENTETAJA PASTOR, J.A., “Capitulo XXI: La política comunitaria de cooperación al desarrollo”, E. LINDE PANIAGUA (coord.), *Políticas de la Unión Europea*, 5ª ed., Colex, 2005, pàg. 815-846.
- GAILLARD, E.; TRAUTMAN, D.T., “La Convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance”, *RCrDIPr*, 1986, I, pàg. 1-31.
- GALGANO, F., “Fondazione”, *Enciclopedia Giuridica*, Istituto della Enciclopedia Italiana, vol. XIV, Roma, 1989.
- GAMARRA, Y., *Fundaciones y asociaciones no lucrativas en el marco de la Comunidad Europea*, Zaragoza, 1992, pàg. 52-53.
- GANNAGÉ, P., “La distinction des conflits internes et des conflits internationaux de lois”, *Mélanges Roubier*, Paris, 1961, vol. I, pàg. 229-240.
- GARAU JUANEDA, LL., “El Derecho interregional español ante un Derecho Internacional Privado europeo común”, *AEDIPr*, t.VI, 2006, pàg. 161-164.
- GARAU JUANEDA, LL., “Comunidades Autónomas y Derecho interregional”, *Constitución, Comunidades Autónomas y Derecho Internacional*, Santiago de Compostela, 1982.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Constitución, fundaciones y sociedad civil”, *RAP*, nº122, 1990, pàg. 235-256.
- GARCÍA DELAGADO, J.L., *Las cuentas de la Economía Social. El Tercer Sector en España*, Madrid 2004.
- GARCÍA GARRIDO, M.J., *Derecho privado romano*, Madrid, 1995.
- GARCÍA LÓPEZ, J.A., “Libertad de establecimiento y derecho de sociedades en el ordenamiento jurídico comunitario: ¿otra vuelta a la tuerca? El caso Sevic”, *La Ley: Unión Europea*, n. 6411, 31 de gener de 2006.

- GARCÍA RUBIO, M.P., “Persona jurídica sin ánimo de lucro”, S. CÁMARA LAPUENTE, (coord.), *Derecho privado europeo*, COLEX, 2003, pàg. 261-282.
- GARCÍA VIÑA, J., “Derecho Laboral”, E. ARROYO et al. (coord.), *Repertorio de Derecho civil y mercantil comunitario*, Bosch, 2005, pàg. 295-429.
- GARCÍA, M<sup>a</sup>P.; TRIGO, B., “Fundación, sociedades y patrimonio familiar”, *Asociaciones y fundaciones. XI Jornadas de la APDC*, Universidad de Murcia, 2005, pàg. 249-259.
- GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., “Fundaciones de la administración pública”, S. MUÑOZ et al. (dir.), *Comentarios a las leyes de fundaciones y de mecenazgo*, Madrid, 2005, pàg. 645-752.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “La libertad de establecimiento y el reconocimiento de los tipos societarios extranjeros: una revisión de la jurisprudencia del TJCE”, *Noticias de la Unión Europea*, n. 252, 2006, pàg. 131-142.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho de sociedades y conflictos de leyes: una aproximación conflictual*, Madrid, 2002.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “El Reglamento de la Sociedad Europea: una primera lectura”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, 2002, n. 217, pàg. 7 -38.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “El traslado del domicilio social al extranjero. Una visión facilitadora”, *Revista de Derecho de Sociedades*, 2001, n.16, pàg. 107-140.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., “La competencia judicial internacional en los litigios societarios en aplicación del Convenio de Bruselas. A propósito del ‘caso Torras’ ante los tribunales españoles”, *GJUE*, n. 203, 1999, pàg. 19-30.
- GARDEÑES SANTIAGO, M., “Capítulo 22: Las fundaciones en el contexto internacional”, J.M. BENEYTO PÉREZ, (dir.), *Tratado de Fundaciones*, Bosch, 2007, vol. II, pàg. 1141-1207.
- GARDEÑES SANTIAGO, M., “Nota a la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones”, *AEDIPr*, 2004, pàg. 368-374.
- GARDEÑES SANTIAGO, M., “El derecho internacional privado de fundaciones a la luz de la nueva Ley 50/2002, de 26 de diciembre”, *REDI*, 2004-I, pàg. 251-271.
- GARDEÑES SANTIAGO, M., *Las fundaciones en derecho internacional privado español*, Madrid, Eurolex, 2003.
- GARDEÑES SANTIAGO, M., “Problemática registral de las fundaciones extranjeras que ejerzan actividades en España”, *Derecho registral internacional. Homenaje profesor Rafael Arroyo*, 2003, pàg. 67-93.

- GARDEÑES SANTIAGO, M., “La imperatividad internacional del principio comunitario de no discriminación por razón de nacionalidad”, *Revista de Instituciones europeas*, 1996, pàg. 863-877.
- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., “Las ‘fundaciones familiares’ en los países de tradición del Derecho Islámico: configuración jurídica y posible aplicación en España”, *Aranzadi Civil*, junio 2005, pàg. 16-55.
- GAUDEMET-TALLON, H., *Compétence et exécution des jugements en Europe. Règlement n°44/2001, conventions de Bruxelles et de Lugano*, 3 ed., LGDJ, 2002.
- GAUDEMET-TALLON, H., *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano. Compétence internationale, reconnaissance et exécution des jugements en Europe*, París, 2ª ed., 1996.
- GIANDOMENICO, M.E. DI; FESTA, D., *Consorzi, fondazioni e trust*, Maggioli Ed., 2005.
- GOBIN, A., “Les fondations”, E. ALFANDARI (dir.); P.H. DUTHEIL (coord.), *Associations*, Dalloz Action, n° 5460 à 5949, París 2000.
- GOLDMAN, M.B., “Rapport concernant la convention sur la reconnaissance mutuelle des sociétés et personnes”, *TCFDIP*, 1968, pàg. 405-423.
- GOLDSTEIN, G., “L’expérience canadienne”, VAREILLES-SOMMIÈRES, P., (dir.), *Le droit privé européen*, 1998, pàg. 164-232.
- GÓMEZ CALERO, J., *Las Agrupaciones de Interés Económico. Las Uniones Temporales de empresas. Tratado de Derecho Mercantil*, Madrid, 2001; M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, Montchrestien, 2001, pàg. 160-199.
- GÓMEZ JENE, M., “Capítulo X: La política de empleo comunitaria”; “Capítulo XII: La política social comunitaria”, E. LINDE PANIAGUA (coord.), *Políticas de la Unión Europea*, 5ª ed., Colex, 2005, pàg. 481-492; 521-545.
- GÓMEZ JENE, M., “Las personas jurídicas”, ABARCA JUNCO, P. (dir.), *Derecho internacional privado*, vol. II, 2ª ed., UNED, 2004, pàg. 45-62.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, C., “Los convenios de Bruselas y Lugano y el trust: propuestas de modificación”, A. BORRÁS (ed.), *La revisión de los convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales: una reflexión preliminar española*, Tarragona, 30-31 de mayo de 1997, Marcial Pons, 1998, pàg. 301-316.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, C., *El Trust. La institución angloamericana y el derecho internacional privado español*, Bosch, Barcelona, 1997.
- GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., “El desarrollo del Derecho internacional privado: sus tendencias actuales y la reforma del sistema español”, J.L. IRIARTE ÁNGEL (coord.), *Propiedad y derecho internacional*, 2007, pàg. 11-30.

GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., “Los conflictos internos en el sistema español de derecho internacional privado”, P. ABARCA JUNCO (dir.), *Derecho internacional privado*, UNED, vol. I, 2004, pàg. 91-107.

GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., “The Spanish Constitution and Private International Law in constitutional jurisprudence”, *Spanish Yearbook of International Law*, vol. IX, 2003, pàg. 1-59.

GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., “La reforma del sistema español de Derecho internacional privado. Algunas propuestas para un debate”, *REDI*, 2000-2, pàg. 351-369.

GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., “Efforts concertés d’unification et coexistence des règles de droit international privé dans le système étatique”, A. BORRÁS et al. (eds.), *Liber Amicorum Georges A.L. Droz. On the Progressive Unification of Private International Law*, 1996, pàg. 105-120.

GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., “El marco constitucional de los conflictos internos en España”, *Europäischer Binnenmarkt Internationales Privatrecht und Rechtsangleichung*, Heidelberg, 1995, pàg. 7-34.

GONZÁLEZ CAMPOS, J.D.; BORRÁS, A. (Coord.), *Recopilación de Convenios de la Conferencia de la Haya (1951-1993)*, Madrid, 1996.

GONZÁLEZ RABANAL, M<sup>a</sup>.C., “Capítulo VIII: La política fiscal”, E. LINDE PANIAGUA (coord.), *Políticas de la Unión Europea*, 5<sup>a</sup> ed., Colex, 2005, pàg. 365-400.

GONZÁLEZ SÁNCHEZ, E., “Residencia fiscal y libre establecimiento de las empresas en la Unión Europea”, *RVAP*, n<sup>o</sup>61, 2001, pàg. 45-87.

GOUWENBERG, B.M.; VAN DER JAGT, C.E.; SCHUYT, TH.N.M., “Netherlands”, H.K. ANHEIER; S. DALY (eds.), *The Politics of Foundations*, Routledge, 2007, pàg. 239-253.

GRÁVALOS GASTAMINZA, M.A., *Economía Social*, Septem Ediciones, 2002.

GUZMÁN ZAPATER, M., *Sociedad internacional y derecho internacional privado*, 2006.

HANSMANN, H., “A Reform Agenda for the Law of Nonprofit Organizations”, K.J. HOPT; D. REUTER (eds.), *Stiftungstrecht in Europa*, Carl Heymanns Verlag KG Köln, 2001, pàg. 241-271.

HAYTON, D., “Internal recognition of trusts”, J. GLASSON (ed.), *The international trust*, 2002, pàg. 121-147.

HELMHOLZ, R.; ZIMMERMANN, R. (ed.), *Itinera Fiducie. Trust and Treuhand in Historical Perspective, Comparative Studies in continental and Anglo-American Legal History*, Band 19. Duncker & Humblot, Berlin 1998.

HEMSTRÖM, C., “Swedwen”, *Foundations’ Legal and Fiscal Environments, Mapping the European Union of 27*, EFC, 2007.



- HERERO MALLOL, C., “Capítulo 20: Los incentivos fiscales al mecenazgo”, BENEYTO PÉREZ, J.M. (dir.), *Tratado de Fundaciones*, Bosch, 2007, vol. II, pàg. 1045-1084.
- HERRANZ BASCONES, R., *Las ONG: un sistema de indicadores para su evaluación y gestión*, Palma, 2007.
- HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M., “El derecho fiscal comunitario”, M. LÓPEZ ESCUDERO et al., *Derecho comunitario material*, Madrid, 2000, pàg. 251-266.
- HOELSCHER, PH.; CASADEI, B., *Le fondazioni comunitarie in Italia e Germania*, Maecenata Verlag, Berlin, 2006.
- HONDIUS, F., “A Panorama of Trends and Developments of Foundation Law in Europe”, K.J. HOPT; D. REUTER (ed), *Stiftungstrecht in Europa*, Köln Carl Heymanns Verlag KG, 2001, pàg. 573-592.
- HONDIUS, F., “Les fondations”, Conseil de l’Europe, *Associations et fondations. Réunion multilatérale organisée par le Conseil de l’Europe*, Strasbourg, 27-29 novembre 1996, pàg. 21-31.
- HONDIUS, F.W.; PLOEG, T.J. VAN DER, “Foundations”, *IECL*, vol. XIII, cap. 9, 2000.
- HOPT, K.J.; WALZ, W.R.; VON HIPPEL, T.; THEN, V. (eds.), *The European Foundation. A New Legal Approach*, Verlag Bertelsmann Stiftung, Gütersloh, 2006.
- IGLESIAS CASAIS, J.M., *No discriminación fiscal y derecho de establecimiento en la Unión Europea*, Pamplona, 2007.
- IGLÉSÍAS PIÉ, M., *Las organizaciones sin ánimo de lucro*, UOC, 2002.
- ILANOVSKA, L., “Slovakia”, *Foundations’ Legal and Fiscal Environments, Mapping the European Union of 27*, EFC, 2007.
- IMBERT, J., “Aperçu historique sur les fondations en droit française”, DUPUY, R.J. (dir.), *Le droit des fondations en France et à l’étranger*, Paris, 1989, pàg. 21-33.
- IMBERT, J., “Aperçu historique sur les fondations en droit française”, G. ALPA (ed.), *Le Fondazioni. Tradizione e modernità*, Padova, 1988, pàg. 35-62.
- IOAKIMIDIS, A., “La politique de la Communauté européenne à l’égard des associations sans but lucratif et le projet de règlement portant statut de l’association européenne”, *La documentation française, Études & Documents*, n° 51, 2001, pàg. 409-410.
- IRIARTE ANGEL, J.L., “Los conflictos internos en el sistema español”, J.L. IRIARTE ÁNGEL (coord.), *Propiedad y derecho internacional*, 2007, pàg. 133-163.
- IRIARTE ANGEL, J.L., “Parámetros constitucionales para los conflictos internos en materia civil”, *Conflictos de leyes de Derecho Civil Vasco*, Bilbao 1999, pàg. 39-62.

IRIARTE ANGEL, J.L., “Artículo 5”, A.L. CALVO CARAVACA (ed.), *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Madrid, 1994, pàg. 148-157.

JEANTET, T., *La Economía Social Europea*, CIEREC, 2003.

JIMÉNEZ ESCOBAR, J., “La fiscalidad de las fundaciones: un equilibrio entre la promoción del Estado social y la competencia en los mercados”, *CIRIEC-España, revista de economía pública, social y cooperativa*, núm. 56/2006, pàg. 225-262.

KESSEDIAN, C., “La Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur l’élection de for”, *JDI-Clunet*, 2006, pàg. 813-850.

KOBAL, E., “Slovenia”, *Foundations’ Legal and Fiscal Environments, Mapping the European Union of 27*, EFC, 2007.

KOHLER, CH., “Interrogations sur les sources du droit international privé après le Traité d’Amsterdam” *RCrDIPr*, 1999-1, pàg. 1-30.

KRZYSZKOWSKI, J., “Poland”, K. ANHEIER; S. DALY (eds.), *The Politics of Foundations*, Routledge, 2007, pàg. 266-274.

LADRÓN RONDA, T., “Unidad de mercado: Estado, Comunidades Autónomas y Comunidad Europea”, *RGD*, n. 667, 2000, pàg. 3837-3881.

LALIVE, P.A., *Droit interrégional et droit international privé, Recueil de travaux suisses présentés au IV<sup>e</sup> Congrès international de droit comparé*, 1954, pàg. 103-115.

LAMBEA RUEDA, A., “Marco Jurídico de la Sociedad Cooperativa Europea Domiciliada en España (I)”, *La Ley*, n. 6479, 10 de mayo de 2006.

LAMBEA RUEDA, A., “La Sociedad Cooperativa Europea: el Reglamento 1435/2003, de 22 de julio”, *RDP*, 2004, pàg. 300-323.

LAMBERTYE-AUTRAND, M.C. DE, “Fondation”, *Encyclopédie Dalloz International*, agost 2004, pàg. 1-5.

LASSERRE, B., “Compétence territoriale et tutelle des fondations. Conclusions sur Conseil d’État, 5 mai 1986, Fondation Vasarely”, *Rev. Fr. Droit adm.*, 3 (3), maig-juny 1987, pàg. 438-441.

LAUROBA LACASA, M.E., “El régimen de fundaciones en Francia. Claves y caracteres de una regulación tardía”, *Les persones jurídiques en el dret civil de Catalunya: associacions i fundacions (Materials de les Novenes Jornades de Dret Català a Tossa)*, València, 1998, pàg. 511-543.

LEAT, D., “United Kingdom”, H.K. ANHEIER; S. DALY (eds.), *The Politics of Foundations*, Routledge, 2007, pàg. 96-114.

LENZI, I.; RAFFAELLI, C., “Le origini e la natura delle fondazioni di impresa in Italia: verso la rendicontazione di responsabilità sociale”, *Rapporti sullo sviluppo sostenibile della Fondazione Eni Enrico Mattei*, 2005, n.4, <[www.feem.it](http://www.feem.it)>.

LEONSEGUI GUILLOT, R.A., “La actividad de la fundación”, M<sup>a</sup>P. POUS et al., *Las Fundaciones. Aspectos jurídicos y fiscales. Planificación de actividades y comunicación*, Colex, 2006, pàg. 51-66.

LINARES ANDRÉS, L., “La actividad económica de las fundaciones”, *Les persones jurídiques en el dret civil de Catalunya: associacions i fundacions (Materials de les Novenes Jornades de Dret Català a Tossa)*, València, 1998, pàg. 545-589.

LINDE PANIAGUA, E., “Capítulo III: El mercado interior (Libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales)”; “Capítulo VII: Política de la competencia”, E. LINDE PANIAGUA (coord.), *Políticas de la Unión Europea*, 5<sup>a</sup> ed., Colex, 2005, pàg. 126-214; 343-363.

LIPSTEIN, H., “Trusts”, *IECL*, vol. III, cap. 23, 1993.

LIPSTEIN, K., “Interpersonal conflict of laws”, *IECL*, vol. III, Ch. 10.

LLEVADOT I ROIG, R., “Competències de la Generalitat de Catalunya en matèria d’associacions i fundacions. Estat actual de la qüestió” *Les persones jurídiques en dret civil de Catalunya: Associacions i fundacions. Novenes Jornades de Dret Català a Tossa*. Tirant lo blanch, 1996, pàg. 21-42.

LÓPEZ ESCUDERO, M., “El mercado interior: cuestiones generales”, M. LÓPEZ ESCUDERO et al., *Derecho comunitario material*, Madrid, 2000, pàg. 27-39.

LÓPEZ RIBAS, S., “Aspectos internacionales del régimen fiscal de las entidades sin fin de lucro y del patrocinio”, S. MUÑOZ et al. (dir.), *Comentarios a las leyes de fundaciones y de mecenazgo*, Madrid, 2005, pàg. 1183-1241.

LORA-TAMAYO VALLVÉ, M., “Capítulo XIII: Cultura”; “Capítulo XIV: Salud pública”; “Capítulo XVI: Redes Transeuropeas”, en: E. LINDE PANIAGUA (coord.), *Políticas de la Unión Europea*, 5<sup>a</sup> ed., Colex, 2005, pàg. 547-631.

LORENTZEN, H., “Norway”, H.K. ANHEIER; S. DALY (eds.), *The Politics of Foundations*, Routledge, 2007, pàg. 254-265.

LORENZO GARCÍA, R. DE, “Artículo 12”, R. DE LORENZO GARCÍA et al., *Comentarios a la Ley de fundaciones y de incentivos fiscales*, Madrid, 1995, pàg. 103-111.

LORENZO GARCÍA, R. DE, *El nuevo derecho de fundaciones*, Madrid, 1993.

LORENZO GARCÍA, R. DE; CABRA DE LUNA, M.A et al., *Comentarios a la Ley de fundaciones y de incentivos fiscales*, Fundación ONCE, Marcial Pons, Madrid, 1995.

LOUSSOUARN, Y., “La proposition d’un statut des sociétés anonymes européennes et le droit international privé”, *RCrDIPr*, 1971, pàg. 383-413.

LOUSSOUARN, Y.; BREDIN, J.D., *Droit du Commerce International*, Paris, 1969.

LOVELLE ROLANDO, R., “Los tributos locales y las entidades sin fin de lucro”, S. MUÑOZ et al. (dir.), *Comentarios a las leyes de fundaciones y de mecenazgo*, Madrid, 2005, pàg. 1019-1036.

- LUPOI, M., *Trusts*, (2<sup>a</sup> ed.), Milano, 2001.
- LUPOI, M., *Introduzione ai trusts. Diritto inglese. Convenzione dell'Aja. Diritto italiano*, Milano, 1994.
- LUXTON, P., *The law of charities*, Oxford, 2001.
- MAGALLÓN ELÓSEGUI, N., “Una aproximación práctica a los conflictos de leyes en el Derecho público económico”, *AEDIPr*, t. V, 2005, pàg. 413-450.
- MAGNIER, V., “La société européenne en question”, *RCrDIPr*, 2004, pàg. 555-587.
- MAÍLLO SALGADO, F., “Waqf”, *Diccionario de Derecho islámico*, Gijón, 2005.
- MALARET GARCIA, E.; MARSAL FERRET, M., *Las fundaciones de iniciativa pública: un régimen jurídico en construcción*, Fundació Carles Pi i Sunyer, Barcelona, 2005.
- MALATESTA, A., “Principio dello Stato di origine e norme di conflitto dopo la direttiva 2006/123/CE sui servizi nel mercato interno: una partita finita?”, *RDIPP*, 2007, pàg. 293-312.
- MALATESTA, A., “Prime osservazioni sul Regolamento CE n. 2157/2001 sulla società europea”, *RDIPP*, 2002, pàg. 613-624.
- MALHEBE, J., *La société européenne*, Bruylant, 2005.
- MALUQUER DE MOTES, C., *La fundación como persona jurídica en la codificación civil: de vinculación a persona (Estudio de un proceso)*, Barcelona, 1983.
- MARASÀ, G., *La riforma di società, cooperative, associazioni e fondazioni. Scritti*, Cedam, 2005.
- MARCO MOLINA, J., “La incorporación de directivas en materia de Derecho patrimonial por el legislador catalán”, *Ier Congrés de Dret Civil Català: El dret patrimonial en el futur codi civil de Catalunya*, *La Notaria*, 2001, vol. II, pàg. 15-50.
- MARÍN LÓPEZ, J.J., (ed.), *Legislación sobre Fundaciones*, Tecnos, 1998.
- MARSAL I FERRET, M., “Liberalización de los servicios de interés económico general”, E. ARROYO et al. (coord.), *Repertorio de Derecho civil y mercantil comunitario*, Bosch, 2005, pàg. 617-643.
- MARTEL, P.; LEBEL, G.A., *La corporation sans but lucratif au Québec. Aspects théoriques et pratiques*, Montréal (1987, mise à jour n° 25, décembre 2001).
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “El derecho de establecimiento”; “La libertad de prestación de servicios”; “Derecho comunitario de la competencia (III): Actuaciones anticompetitivas de los poderes públicos”, M. LÓPEZ ESCUDERO et al., *Derecho comunitario material*, Madrid, 2000, pàg. 107-121; 123-136; 189-206.

- MARTÍN, M.M., *Las fundaciones religiosas en el Derecho español. Especial referencia al Derecho autonómico*, Almería, 1995.
- MATTERA, A., *El mercado único europeo. Sus reglas, su funcionamiento*, Madrid, 1991.
- MENJUCQ, M., “La unificación de la noción de domicilio social en Derecho internacional y en Derecho comunitario de sociedades”, *Noticias de la Unión Europea*, n. 252, 2006, pàg. 103-109.
- MENJUCQ, M., “Le droit judiciaire des litiges du commerce international”, J. BÉGUIN; M. MENJUCQ (dirs.), *Droit du commerce international*, Paris, 2005, pàg. 701-784.
- MENJUCQ, M., *Droit international et européen des sociétés*, Montchrestien, 2001.
- MERLE, M.M., “Introduction sur les organisations internationales non gouvernementales”, Conseil de l’Europe, *Associations et fondations*, Strasbourg, 27-29 novembre 1996, pàg. 107-114.
- MESTRE I CAMP, J., (dir.), *Diccionari d’Història de Catalunya*, Barcelona, 1999.
- MESTRE, J.L., “Les fondations dans l’histoire”, CH. DEBBASCH (dir.), *Les fondations un mécénat pour notre temps?*, Marseille, 1987, pàg. 10-22.
- MIGUEL ASENSIO, P.A. DE, “Pluralidad de jurisdicciones y unificación de las reglas de competencia: una visión transatlántica”, *REDI*, 2006-I, pàg. 19-60.
- MIGUEL ASENSIO, P.A. DE, “Conflictos de leyes e integración jurídica: Estados Unidos y la Unión europea” *AEDIPr*, t. V, 2005, pàg. 43-102.
- MINANDO SANZ, J., “El nuevo Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea”, *CIRIEC-España*, n. 41, 2002, pàg. 9-23.
- MOLNÁR, K., “Hungary”, *Foundations’ Legal and Fiscal Environments, Mapping the European Union of 27*, EFC, 2007.
- MONTEVERDI, A., “Dimension of the foundation Sector in the European Union: Italy”, *EFC*, 2001, <www.efc.be>.
- MONTERRAT CODORNIU, J., *La fiscalidad de las Fundaciones y Asociaciones*, Gestión 2000, Barcelona, 2004.
- MONZÓN, J.M., “Economía Social y conceptos afines: fronteras borrosas y ambigüedades conceptuales del Tercer Sector”, *CIRIEC-España*, n. 56, 2006, pàg. 9-14.
- MORILLO GONZÁLEZ, F., “Capítulo 6: Constitución de la fundación”, BENEYTO PÉREZ, J.M. (dir.), *Tratado de Fundaciones*, Bosch, 2007, vol. I, pàg. 313-356.
- MUIR WATT, H., “Concurrence d’ordres juridiques et conflits de lois de droit privé”, *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l’honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, pàg. 615-633.

- MUNS I ACOSTA, J., *Les fundacions a Espanya, Regne Unit, Estats Units, França i Alemanya. Anàlisi comparativa, problemes i recomanacions*, Barcelona, 1998.
- MUÑOZ MACHADO, S.; CRUZ AMORÓS, M., LORENZO GARCÍA, R. DE (dirs.), *Comentarios a las leyes de fundaciones y de mecenazgo*, Fundación ONCE, Iustel, Madrid, 2005.
- NACHBAR, M.P., *Avis relatif au mécénat, aux associations et aux fondations*, Sénat n° 279, 7 mai 2003.
- NAPOLITANO, G., “La ‘crisi d’identità’ delle Fondazioni di Casse di Risparmio di fronte al giudice costituzionale”, *Giurisprudenza italiana*, 1994, pàg. 326-332.
- NASARRE AZNAR, S., “Reflexiones sobre la conveniencia de una regulación catalana de la fiducia y su modelo”, E. ARROYO I AMAYUELAS (dir.), *El Trust en el Derecho civil*, Barcelona, 2007, pàg. 539-552.
- NASARRE AZNAR, S., “El patrimonio fiduciario y el trust. La experiencia internacional aplicada a Cataluña. El III Congreso de Derecho Civil Catalán 2005”, S. NASARRE; M. GARRIDO (coords.), *Los patrimonios fiduciarios y el trust, III Congreso de Derecho Civil Catalán*, La Notaria, 2006, pàg. 739-768.
- NASARRE AZNAR, S., “Los patrimonios fiduciarios y la protección del territorio. Experiencia en Inglaterra y aplicación en Cataluña”, *La Notaría*, vol. I, n. 35-36, 2006, pàg. 11-24.
- NASARRE AZNAR, S.; RIVAS NIETO, E., “Patrimonios financieros sin personalidad. Naturaleza jurídica y régimen tributario”, *Estudios Financieros*, núm. 261, 2004, pàg. 57-106
- NASARRE, S.; GARRIDO, M. (coords.), *Los patrimonios fiduciarios y el trust, III Congreso de Derecho Civil Catalán*, La Notaria, 2006.
- NIBOYET, J.P., “Existe-t-il vraiment une Nationalité des Sociétés?”, *RCrDIPr*, n. 3, 1927, pàg. 402-417.
- NIETO ALONSO, A., “Hacia una nueva percepción de la persona jurídica tipo fundación”, J.M. ABRIL; M.E. AMAT (coords.), *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, València, 2006, pàg. 1839-1870.
- NOVA, R. DE, “Diritto interlocale e diritto internazionale privato: ancora un raffronto”, *RDIPP*, 1976, pàg. 5-15.
- NUZZO, M., *La riforma del Titolo II del Libro I del Codice Civile e un’unica Autorità di vigilanza per le Fondazioni*, Bolzano (22.6.2006), <[www.confcommercio.it](http://www.confcommercio.it)>.
- OÑORO CARRASCAL, A., “Capítulo 18: Las cajas de ahorros”, BENEYTO PÉREZ, J.M. (dir.), *Tratado de Fundaciones*, Bosch, 2007, vol. II, pàg. 963-1001.
- ORLANDO, G., “Il perché di una riforma”; S. BILLÈ, “Nuove norme per associazioni e fondazioni”; (10.12.2003), <[www.confcommercio.it](http://www.confcommercio.it)>.

- OVERBECK, A.E., *Rapport explicatif, actes et documents de la quinzième session*, vol. II: Trust-loi applicable et reconnaissance, 1985, pàg. 370-415.
- PAGLIARI, G., *Le fondazioni bancarie*, Milano, 2004.
- PALAO MORENO, G., “Artículo 7. Fundaciones extranjeras”, J. OLAVARRÍA IGLESIA (coord.), *Comentarios a la Ley de fundaciones*, Tirant lo blanch, València, 2008, pàg. 203-221.
- PALAO MORENO, G., *El Traslado del domicilio social de la Sociedad Anónima Europea*, Thomson Aranzadi, 2006.
- PALAO MORENO, G., “Hacia una ley española de Derecho internacional privado”, *AEDIPr*, t. V, 2005, pàg. 1249-1251.
- PALAO MORENO, G.; CUENCA GARCÍA, A., “Artículo 6. Domicilio”, J. OLAVARRÍA IGLESIA (coord.), *Comentarios a la Ley de fundaciones*, Tirant lo blanch, València, 2008, pàg. 183-201.
- PALMER, P., “Auditing, Accounting and Supervision in the European Charitable Sector”, *Corporate governance in not-for-profit entities*, v. 5 (1), 1997, pàg. 29-35.
- PARLANGELI, M.; FANTUZZI, L., “Italy”, *Foundations’ Legal and Fiscal Environments, Mapping the European Union of 27*, EFC, Brussel les, 2007.
- PARLEANI, G., “Le règlement relatif à la société coopérative européenne, et la subtile articulation du droit communautaire et des droits nationaux”, *Revue des Sociétés*, n. 1, 2004, pàg. 74-92.
- PAU PEDRÓN, A., “El patrimonio fiduciario desde la perspectiva registral”, E. ARROYO I AMAYUELAS (dir.), *El Trust en el Derecho civil*, Barcelona, 2007, pàg. 337-362.
- PAU PEDRÓN, A., “El registro de fundaciones”, S. MUÑOZ et al. (dir.), *Comentarios a las leyes de fundaciones y de mecenazgo*, Madrid, 2005, pàg. 556-571.
- PAU PEDRÓN, A., “El Registro de Fundaciones”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 638, 1997, pàg. 9-64.
- PAU PEDRÓN, A., “La agrupación europea de interés económico: naturaleza, función y régimen”, *RCDI*, julio-agosto, 1988, pàg. 1181-1245.
- PEDREIRA MENÉNDEZ, J., “El IVA y el sector no lucrativo: análisis particular de la exenciones”, *Jurisprudencia Tributaria-Aranzadi*, 2005-I, pàg. 2651-2662.
- PEDREIRA MENÉNDEZ, J., *Las actividades empresariales de las fundaciones y su tributación*, Valladolid, 1999.
- PEKACKA, M., “Poland”, *Foundations’ Legal and Fiscal Environments, Mapping the European Union of 27*, EFC, 2007.

PEÑALOSA ESTEBAN, I., “Principales obligaciones contables y fiscales”, V.A., *Las fundaciones*, Colex, 2006, pàg. 67-120.

PÉREZ CASTAÑO, H., “Capítulo 7: La personalidad jurídica de la fundación”, BENEYTO PÉREZ, J.M. (dir.), *Tratado de Fundaciones*, Bosch, 2007, vol. I, pàg. 357-407.

PÉREZ VERA, E., “El derecho internacional privado y la Unión Europea”, *XIX Jornadas de la AEPDIRI: La Unión Europea ante el siglo XXI: los retos de Niza*, Madrid, 2003, pàg. 173-188.

PICARDA, H., (ed.), *The law and practice relating to charities*, 2<sup>a</sup> ed., Butterworths, 1995.

PIEPOLI, G., “Gli enti non profit”, N. LIPARI (dir.), *Diritto privato europeo*, vol I, Cedam, 1997, pàg. 347-352.

PILLET, A., *Personnes morales en droit international privé*, Paris, 1914.

PIÑAR MAÑAS, J.L., “Art. 4 Domicilio”; “Art. 5 Fundaciones extranjeras”; “Disposición Final Primera”, R. DE LORENZO GARCÍA et al., *Comentarios a la ley de fundaciones y de incentivos fiscales*, Madrid, 1995, pàg. 33-44; 710-721.

PIROTTE, G., “Belgium”, H.K. ANHEIER; S. DALY (eds.), *The Politics of Foundations*, Routledge, 2007, pàg. 85-95.

POCAR, F. (ed), *The external competence of the European Union and private international law: the EC court's opinion on the Lugano Convention : proceedings of the round table held at Milan University on 16 September 2006*, Padova, CEDAM, 2007.

POCAR, F., “La codification européenne du droit international privé: vers l'adoption de règles rigides ou flexibles vers les états tiers?”, *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, pàg. 697-705.

POCAR, F., “Le statut de la société européenne: une étape importante dans l'évolution du droit communautaire”, *RDIPP*, 2002, pàg. 585-594.

POCAR, F., *La Convenzione di Bruxelles sulla giurisdizione e l'esecuzione delle sentenze*, Milano, 3<sup>a</sup> ed., 1995.

POCAR, F.; DRAETTA, U. (ed.), *La società europea. Problemi di diritto societario comunitario*, Milano, 2002.

POMEY, M., *Traité des fondations d'utilité publique*, Presses universitaires de France, Paris, 1980.

PORCHIA, O., “Alcune considerazioni sull'art. 36 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea: l'accesso ai servizi di interesse economico generale”, *Il Diritto dell'Unione Europea*, 4-2002, pàg. 633-651.



POUS DE LA FLOR, M<sup>a</sup>.P., “Legislación aplicable. Pluralidad normativa. Derecho estatal y derecho autonómico. Constitución y atribución de personalidad”, V.A., *Las Fundaciones*, Colex, 2006, pàg. 17-33.

POZO CARRASCOSA, P. DEL; VAQUER ALOY, A.; BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho civil de Cataluña. Derechos reales*, Marcial Pons, 2008.

PRADA GONZÁLEZ, J.M. DE, “Actividades mercantiles de las fundaciones”, *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. I, Madrid, 2002, pàg. 53-99.

PRATS JANÉ, S., *Evolución del derecho societario europeo. Situación actual y análisis jurisprudencial desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado*, Abecedario editorial, 2007.

PRIEGO FERNÁNDEZ, V. DE, “Capítulo 11: Modificación, fusión y extinción de las fundaciones”, BENEYTO PÉREZ, J.M. (dir.), *Tratado de Fundaciones*, Bosch, 2007, vol. I, pàg. 587-649.

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

PRIEGO FERNÁNDEZ, V. DE, “Consideraciones sobre las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de fundaciones”, *RDP*, 2004, pàg. 639-675.

PRUJINER, A., “Canadian Private international Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress?”, SYMEONIDES, S.C. (ed.), *Private internacional Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress?, XVth Internacional Congress of Comparative Law*, Kluwer Law, 1999, pàg. 127-145.

PUIG I FERRIOL, LL., “Les fundacions privades catalanes”, LL. PUIG I FERRIOL; E. ROCA I TRIAS, *Institucions del dret civil de Catalunya. Dret de la persona i dret de família*, vol. II, Tirant lo Blanch, València, 6<sup>a</sup> ed, 2005, pàg. 327-352.

PUIG I FERRIOL, LL., “Persones jurídiques”, LL. PUIG I FERRIOL; E. ROCA I TRIAS, *Institucions del dret civil de Catalunya. Dret de la persona i dret de família*, vol. II, Tirant lo Blanch, València, 1998.

PURTSCHERT, R. et al., “Switzerland”, H.K. ANHEIER; S. DALY (eds.), *The Politics of Foundations*, Routledge, 2007, pàg. 307-322.

RABEL, E., *The Conflict of Laws. A Comparative Study*, University of Michigan Law School, Vol. II, 2<sup>a</sup> ed., 1960.

RAMMELOO, S., *Corporations in Private internacional Law. A European Perspective*, Oxford, 2001.

RAYNAUD, P., “Les fondations, problèmes de droit civil”, R.J. DUPUY (dir.), *Le droit des fondations en France et à l'étranger*, Paris, 1989, pàg. 41-46.

- REVILLARD, M., “Fondations en droit international privé”, *Juris Classeur - Droit international* (5), Fasc. 526-11, 2001.
- REVILLARD, M., “Associations en droit international privé”, *Juris Classeur - Droit international*, (5), Fasc. 526-10, 2000.
- REVILLARD, M., “Les conventions internationales relatives aux associations”, *JDI*, n°2, avril-juin 1992, pàg. 299-318.
- RICCI, G.M., “Filantropia locale e community foundations: la circolazione del modello americano nel sistema giuridico italiano”, *InDret* 2/2005, n. 282.
- RINCÓN GARCÍA LOYGORRI, A., “Capítulo 23: El tercer setor y la Comunidad Europea”, BENEYTO PÉREZ, J.M. (dir.), *Tratado de Fundaciones*, Bosch, 2007, vol. II, pàg. 1209-1256.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Responsabilidad de los patronos de una fundación frente a terceros”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 664, 2001, pàg. 721-758.
- ROCA TRÍAS, E., “Fonti del diritto civile: Differenze e pluralità in Spagna”, *Politica del Diritto*, 1996-3, pàg. 445-468.
- ROCA TRÍAS, E., *L'estructura de l'ordenament civil espanyol*, Barcelona, 1982.
- ROELANTS, B. (Coord), “Ampliando la Economía Social”, *Primera Conferencia Europea sobre Economía Social en Europa Central y Oriental*, Praga 2002, CECOP, Julio 2002.
- ROOIJ, R.VAN; POLAK, M.V., *Private Interational Law in The Netherlands*, The Hague, 1987; suplement de 1995.
- RÖTHEL, A., “Le droit comparé de l'association dans les pays européens”, *L'Association, Actes des 7e Journées René Savatier, Potiers 8 et 9 juin 2001*, vol. 42, PUF, 2002, pàg. 41-56.
- RUBIO RODRÍGUEZ, J.J., *Fuentes sobre las fundaciones, en el derecho común europeo y en los juristas clásicos*, Córdoba, 1999.
- RUBIO TORRANO, E., “Fundaciones y Competencia autonómica”, *Aranzadi Civil*, març 2006, n. 20, pàg. 11-14.
- RUIZ FABRI, H., “Organisations non gouvernementales”, *Rép. Internat. Dalloz*, octubre 2000, pàg. 1-6.
- RUIZ FABRI, H.; RUIZ, H.; SOREL, J.M., “Organization du commerce international. L'organisation européenne et la réglementation du commerce extérieur”, J.BÉGUIN; M. MENJUCQ (dirs.), *Droit du commerce international*, Paris, 2005, pàg. 117-140.
- RUIZ GARIJO, M., “Requisistos fiscales de las entidades sin fines lucrativos para la obtención del régimen de exención”, *Jurisprudencia Tributaria-Aranzadi*, 2004-I, pàg. 2391-2425.

- RUIZ OJEDA, A., “Capítulo 8: El Registro de Fundaciones”, BENEYTO PÉREZ, J.M. (dir.), *Tratado de Fundaciones*, Bosch, 2007, vol. I, pàg. 409-449.
- SAJARDO MORENO, A., “Asociaciones y fundaciones: entre tercer sector y economía social. Materiales para el análisis”, *Quaderns de Treball*, Universitat de València, n. 103, 2002.
- SALAMON, L.M., (dir.). *La sociedad civil global. Las dimensiones del sector no lucrativo*, Fundación BBVA, 2001.
- SALAMON, L.M.; FLAHERTY, S.L.Q., “Nonprofit Law: ten issues in search of resolution”, *Working Papers of the Johns Hopkins Comparative Nonprofit Sector Project*, 1996.
- SALAS MURILLO, S. DE, “Notas sobre el estatuto de asociación europea”, *Actualidad Civil*, n. 9, 1997, pàg. 183-201.
- SALERNO, F., *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (CE) N. 44/2001. La revisione della Convenzione di Bruselles de 1968*, Padova, 2003.
- SÁNCHEZ LORENZO, S.A., *Derecho privado europeo*, Granada, 2002.
- SÁNCHEZ LORENZO, S., “El derecho de establecimiento secundario de las sociedades ficticias en el ámbito comunitario”, *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol.I, Madrid, 2002, pàg. 451-480.
- SÁNCHEZ LORENZO, S., “Competencia judicial y reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil: del Convenio de Bruselas al Reglamento ‘Bruselas I’”, A. BORRÁS (dir.), *Cooperación jurídica internacional en materia civil. El Convenio de Bruselas*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 2001-IV, pàg. 181-228.
- SÁNCHEZ LORENZO, S., “La incidencia del principio comunitario de no discriminación por razón de nacionalidad en los sistemas conflictuales de los Estados miembros”, *Revista de la Corte española de Arbitraje*, 1996, pàg. 61-81.
- SANCHO VILLA, D., *La transferencia internacional de la sede social en el espacio europeo*, Madrid, 2001.
- SANTA MARIA, A., “Articolo 25”, F. POCAR et al., *Commentario del nuovo diritto internzionale privato*, Milan, 1996, pàg. 133-139.
- SANTA MARIA, A., *Le società nel diritto internazionale privato*, Milano, 2ª ed., 1973.
- SANTOS MORÓN, M.J. “La nacionalidad de las fundaciones. Actividad en España de las fundaciones extranjeras”, S. MUÑOZ et al. (dir.), *Comentarios a las leyes de fundaciones y de mecenazgo*, Madrid, 2005, pàg. 181-197.
- SANTUARI, A., *Le ONLUS. Profili civili, amministrativi e fiscali*, Cedam, 2000.

- SANZO, S., “Brevissime riflessioni sull’insolvenza della fondazione-impresa, ovvero della solitudine del giudice. Nota a Trib. Milano 16 luglio 1998”, *Giurisprudenza italiana*, 1999, fasc. 8-9, pàg. 1678-1684.
- SAUMIER, G., “The Recognition of Foreign Judgements in Québec. The Mirror Crack’s?”, *The Canadian Bar Review*, vol. 81, n°3, 2002.
- SCHAAFSMA, S.J., “Informe se la Comisión de Estado neerlandesa de Derecho internacional privado sobre la propuesta de disposiciones generales de derecho internacional privado”, *REDI*, 2004, 2, pàg. 1069-1074.
- SCHERPHUIS, J. et al., “The netherlands”, *Foundations’ Legal and Fiscal Environments, Mapping the European Union of 27*, EFC, 2007.
- SCHERPHUIS, J., “Unrecoverable Foreign Withholding Taxes. Opposition by Foundations”, *SEAL* (EFC), vol. 8, n. 1, 2006, pàg. 26.
- SCHLÜTER, A; THEN, V.; WALKENHORST, P., (ed.), *Foundations i Europe. Society Management and Law*, London – Bertelsmann Foundation, 2001.
- SCHNITZER, A.F., “Le trust et la fondation dans les conflits de lois”, *RCrDIPr*, 1965, pàg. 479-498
- SCHUIT, S.R. et al., *Corporate law and practice of the Netherlands*, The Hague, 2002.
- SEBASTIÁN, L.M. DE, “Efectes de la globalització en el món de les fundacions”, *Societat civil i globalització. Revista de la Coordinadora Catalana de Fundacions*, núm. 30, 2003, pàg. 30-32.
- SERRA RODRÍGUEZ, A., “Capítulo 2: El Derecho de fundación”, BENEYTO PÉREZ, J.M. (dir.), *Tratado de Fundaciones*, Bosch, 2007, vol. I, pàg. 69-134.
- SERRANO CHAMORRO, M.E., “Capítulo 17. La prestación de servicios sanitarios”, BENEYTO PÉREZ, J.M. (dir.), *Tratado de Fundaciones*, Bosch, 2007, vol. II, pàg. 905-961.
- SERRANO CHAMORRO, M.E., “De las instituciones de beneficencia a las fundacions sanitarias”, *AC*, 22, 2006, pàg. 2638-2652.
- SERRANO DE NICOLÁS, A., “Trust y Derecho de sucesiones”, E. ARROYO I AMAYUELAS, (dir.), *El Trust en el Derecho civil*, Barcelona, 2007, pàg. 59-91.
- SIMONART, V., *La personnalité moral en droit privé comparé*, Brussel les, 1995.
- SMITH, J.A; BORGMANN, K., “Foundations in Europe: the Historical Context”, A. SCHLÜTER; V. THEN; P. WALKENHORST (ed.). *Foundations i Europe. Society Management and Law*, London, 2001, pàg. 2-34.
- SMITS, J.M.; MILO, J.M. (ed.), *Trust in Mixed Legal Systems*, Nijmegen, 2001.

- SOBRINO HEREDIA, J.M., “La determinación de la personalidad jurídica de las organizaciones no gubernamentales: contribución del Consejo de Europa”, *REDI*, 1990, 1, pàg. 101-123
- SUMAMPOUW, M., “Droit interregional privé et droit international privé”, *Comparability and Evaluation. In Honour of Dimitra Kokkini-Iatridou*, The Hague, 1994, pàg. 291-306.
- SURMATZ, H., “European Company Law and a European Foundation Statute”, *SEAL* (EFC), vol. 8, n. 1, 2006, pàg.
- SURMATZ, H.; ROSSI, M., *Foundations’ Legal and Fiscal Environments, Mapping the European Union of 27*, EFC, Brussel les, 2007.
- TEICHMANN, C., “La Societas Europaea (SE) entre el Derecho nacional y el europeo”, *Noticias de la Unión Europea*, n. 252, 2006, pàg. 111-127.
- TEIJO GARCÍA, C., *Organizaciones internacionales no gubernamentales y derecho internacional*, Díxel, 2005.
- TEIJO GARCÍA, C., “Democracia, sociedad civil europea y asociaciones europeas: un olvidado vacío legal. Nuevas reflexiones a la luz del derecho europeo de asociación recogido en el artículo 12 de la Carta de derechos fundamentales”, *XIX Jornadas de la AEPDIRI: La Unión Europea ante el siglo XXI: los retos de Niza*, Madrid, 2003, pàg. 159-170.
- TOEPLER, S., “Foundation roles and visions in the USA”, H.K. ANHEIER; S. DALY (eds.), *The Politics of Foundations*, Routledge, 2007, pàg. 324-339.
- TOMÁS Y VALIENTE, F., *El marco político de la desamortización en España*, Obras Completas, I, Madrid, 1997.
- TOMÁS Y VALIENTE, F., “Estudio previo”, R. DE LORENZO GARCÍA et al., *Comentarios a la Ley de fundaciones y de incentivos fiscales*, t. I, Madrid, 1995, pàg. XI-XLVIII.
- TRASERRA CUNILLERA, J., *Las fundaciones pías autónomas*, Barcelona, 1985.
- TRINIDAD GARCÍA, M.L., “Apuntes sobre el registro de fundaciones extranjeras”, *Derecho registral internacional. Homenaje profesor Rafael Arroyo*, 2003, pàg. 109-126.
- UBERTAZZI, B., “El trust en el Derecho internacional privado”, S. NASARRE; M. GARRIDO (coords.), *Los patrimonios fiduciarios y el trust, III Congreso de Derecho Civil Catalán*, La Notaria, 2006, pàg. 135-153.
- UBERTAZZI, B., “El trust en el derecho internacional privado italiano y español”, *AEDIPr*, t.V, 2005, pàg. 199-219.
- URQUIZU CAVALLÉ, A., “Los patrimonios fiduciarios: aspectos tributarios”, S. NASARRE; M. GARRIDO (coords.), *Los patrimonios fiduciarios y el trust, III Congreso de Derecho Civil Catalán*, La Notaria, 2006, pàg. 715-726.

- V.A., *Le Fondazioni in Italia Libro bianco*, Consiglio italiano per le Scienze Sociali, Roma, 2002.
- VALCAVI, G., “Applicabilità dell’art. 600 CC a una fondazione straniera istituita da un testatore italiano”, *Rivista Diritto Civile*, 1995, II, pàg. 171-175.
- VALERO AGUNDEZ, U., *La fundación como forma de empresa*, Valladolid, 1969.
- VENDRELL, I., “Captación de fondos (fundraising) estrategias y campañas”, V.A., *Las fundaciones. Aspectos jurídicos y fiscales. Planificación de actividades y comunicación*, Colex, 2006, pàg. 269-285.
- VERDÚ CAÑETE, M.J., “Discordancia entre el domicilio y la administración central de la Sociedad Anónima Europea”, *Revista de Derecho de Sociedades*, 2007, n. 28, pàg. 217-230.
- VERHAGEN, H.L.E., “Trusts in the Civil Law: Making Use of the Experience of Mixed jurisdictions”, J.M. MILO; J.M. SMITS (eds.), *Trusts in Mixed Legal Systems*, Nijmegen, 2001, pàg. 93-113.
- VERNIS, A.; IGLESIAS, M.; SAZ, B., *Los retos en la gestión de las organizaciones no lucrativas. Claves para el fortalecimiento institucional del tercer sector*, Esade, 2004.
- VERWILGHEN, M.M., “Vers un Code belge de droit international privé”, *TCFDIP*, 1998-1999, pàg. 123-168.
- VILLATA, F., “Societas Europaea (SE), diritto internazionale privato e tutela degli stakeholders”, *RDIPP*, 2004, pàg. 901-942;
- VIRGÓS SORIANO, M., *El trust y el Derecho Español*, Navarra, 2006.
- VIRGÓS SORIANO, M.; RODRÍGUEZ PINEAU, E., *Espacio judicial europeo en materia civil y mercantil : jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Aranzadi, 2005.
- VIRGÓS SORIANO; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Madrid, 2000.
- VITTA, E., “Interlocal conflict of laws”, *IECL*, vol. III, Ch. 9.
- VV.AA., *Las Fundaciones. Aspectos jurídicos y fiscales. Planificación de actividades y comunicación*, Asociación Española de Fundaciones, Colex, 2006.
- VV.AA., Monográfico en “Derecho de Sociedades” en, *Noticias de la Unión Europea*, n. 252, 2006.
- VV.AA., “Glossari”, *Societat civil i globalització. Revista de la Coordinadora Catalana de Fundacions*, núm. 30, 2003, pàg. 88-95.
- VV.AA., *Le Fondazioni in Italia Libro bianco*, Consiglio italiano per le Scienze Sociali, Roma, 2002.

- VV.AA., “Rendre plus attractif le droit des fondations”, *Collection Études et documents Conseil d’Etat. La documentation française*, Paris 1997.
- VV.AA., *Le nuove leggi civili commentate. Riforma del sistema italiano di Diritto internazionale privato*, Cedam, 1996.
- VV.AA., *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, vol. I, Ed. Tirant lo Blanch, València, 1995.
- VV.AA., *El sector no lucrativo en España*, Fundación ONCE, Madrid, 1993.
- VV.AA., *Commentaire MEGRET. Libre circulation des personnes, des services et des capitaux. Transports*, 12<sup>a</sup> ed., Institut d’Etudes européennes, 1990.
- WALKER, J., “Must there be Uniform Standards for Jurisdiction within a Federation?”, *Law Quarterly Review*, vol. 119, 2003, pàg. 567-572.
- WARENDORF, H.C.S.; THOMAS, R.L.; KORTHALS, F.; SANDERS, P., *Companies and other Legal Persons under Netherlands and Netherlands Antilles Law*, Kluwer Law International, Supplement 23, October 2003.
- WATTÉ, N., “Le nouveau droit international privé belge. Étude critique des fondements des règles de conflit de lois”, *JDI-Clunet*, 2006, n. 130-2, pàg. 851-927.
- WIEDERKEHR, M.O., “La Convention n°124 du Conseil de l’Europe sur la reconnaissance de la personnalité juridique des Organisation internationales non gouvernementales”, Conseil de l’Europe, *Associations et fondations*, Strasbourg, 27-29 novembre 1996, pàg. 115-124.
- WIJKSTRÖM, F., “Sweden”, H.K. ANHEIER; S. DALY (eds.), *The Politics of Foundations*, Routledge, 2007, pàg. 290-306.
- WIZNER, B; ASZALOS, Z., “Hungary”, K. ANHEIER; S. DALY (eds.), *The Politics of Foundations*, Routledge, 2007, pàg. 200-210.
- WOJNAROWSKI, J., “Changing the Polish Tax Sytem. Proposals of the Polish Donors Forum”, *SEAL (EFC)*, vol. 8, n. 1, 2006, pàg. 46-47.
- WOLF, A., “La aplicación del derecho nacional a una sociedad constituida en la Unión Europea o en el espacio económico europeo”, *AEDIPr*, t. VI, 2006, pàg. 569-610.
- WOLF, M. DE, “Les associations internationales après la Loi du 2 mai 2002”, *Revue Pratique des Sociétés*, 2002, pàg. 5-21.
- WULF, H. DE, “Société coopérative européenne”, *Revue de Droit Commercial Belge*, 2004 (1), pàg. 82-91.
- ZABALO ESCUDERO, E., “Pluralidad legislativa y conflictos de leyes internos en el ordenamiento español”, *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz 1994*, Vitoria-Gasteiz, 1995, pàg. 253-302.

ZABALO ESCUDERO, E., “Art. 16.1 CC”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, t. I, vol. 2, Madrid, 1995, pàg. 1259-1282.

ZABALO ESCUDERO, E., “El fraude de ley en el Derecho interregional. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1994”, *Poder Judicial*, n. 36, 1994, pàg. 397-402.

ZAMORA CABOT, F.J., “Personas jurídicas”, M. AGUILAR NAVARRO, *Lecciones de Derecho Civil Internacional Español*, Madrid, 1983, pàg. 81-137.

ZHANG, L., “La experiencia jurídica del Trust en la República Popular China”, E. ARROYO I AMAYUELAS (dir.), *El Trust en el derecho civil*, Barcelona, Bosch, 2007, pàg. 271-286 ; 603-615.

ZOPPINI, A., “L’associazione europea”, N. LIPARI (ed.), *Trattato di Diritto privato europeo*, 2ª ed., vol. II, CEDAM, 2003, pàg. 249-262.

ZOPPINI, A., “Riformato il sistema di riconoscimento delle persone giuridiche”, *Notarlex*, 2001, 291, estudio 3367, <[www.notarlex.it/studi/enti/3367.htm](http://www.notarlex.it/studi/enti/3367.htm)>.

ZOPPINI, A., *Le Fondazioni: dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995.



## JURISPRUDÈNCIA TRIBUNAL DE JUSTÍCIA DE LES COMUNITATS EUROPEES

*(En negreta es destaca la jurisprudència més significativa en matèria de fundacions)*

Petició de decisió prejudicial plantejada pel *Szegedi Ítéltábla* (Hongria) el 5 de maig de 2006, *Cartesio Oktató és Szolgáltató Bt.*, assumpte C-210/06, (2006/C 165/31).  
Conclusions de l'Advocat General, Sr. M. POIARES MADURO, de 22 de maig de 2008.

**Petició de decisió prejudicial plantejat per el *Bundesfinanzhof* (Alemanya) P1 de juliol de 2007, *Hein Persche, Finanzamt Lüdenscheid*, assumpte C-318/07.**

STJCE de 18 de desembre de 2007, *Jundt*, assumpte C-281/06.

**STJCE de 15 de desembre de 2006, *Musicologia contra Finanzamt München*, assumpte C-386/04, i Conclusions de l'Advocadessa General, Sra. C. STIX-HACKL, de 15 de desembre de 2005.**

STJCE de 12 de setembre de 2006, *Cadbury Schweppes*, assumpte C-196/04.

STJCE de 21 de febrer de 2006, *Halifax i altres*, assumpte C-255/02, i Conclusions de 7 d'abril de 2007, Advocat General Sr. M. POIARES MADURO,

**STJCE de 9 de febrer de 2006, *Stichting Kinderopvang Enschede*, assumpte C-415/04, i les Conclusions de l'Advocat General, Sr. F.G. Jacobs, de 15 de setembre de 2005.**

**STJCE de 10 de gener de 2006, *Ministero dell'Economia e delle Finanze i Cassa di Risparmio di Firenze SpA, Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato, Cassa di Risparmio di San Miniato SpA*, assumpte C-222/04, i les Conclusions de l'Advocat General, Sr. F.G. JACOBS, de 27 d'octubre de 2005.**

**Recurs interposat el 15 d'octubre de 2003 contra el Consell de la Unió Europea pel Parlament Europeu, assumpte C-436/03, (DOUE C 289 de 29.11.2003) i Conclusions de l'Advocadessa General Sra. C. STIX-HACKL, de 12 de juliol de 2005, respecte la base jurídica del Reglament d'Estatut de la Cooperativa Europea.**

STJCE de 28 de juny de 2005, *Dansk Rorindustri i altres*, assumptes acumulats C-189/02P, C-202/02P, C-205/02P a C-208/02P i C-213/02.

**STJCE de 26 de maig de 2005, *Kingscrest Associates Ltd, Montecello Ltd y Commissioners of Customs & Excise*, assumpte C-498/03, i les Conclusions de l'Advocat General, Sr. D. RUIZ-JARABO COLOMER, de 22 de febrero de 2005.**

**STJCE d'11 de desembre de 2003, *Heirs of Barbier*, assumpte C-364/01, i Conclusions de l'Advocat General, Sr. Jean Mischo, de 12 de desembre de 2002.**

STJCE de 1 de febrer de 2001, *Dennis Mac Quen i altres c. Grandvision Belgium*, assumpte C-108/96.

STJCE de 8 de juny de 2000, *Comissió contra República italiana*, assumpte C-264/99.

STJCE de 12 de setembre de 2000, *Pavlov*, assumptes acumulats C-180/98 a C-184/98, i Conclusions de l'Advocat General, Sr. F.G. JACOBS, de 23 de març de 2000,.

STJCE de 9 de març de 2000, *Comissió de les Comunitats Europees contra República Italiana*, assumpte C-358/98.

STJCE de 9 de març de 2000, *Comissió de les Comunitats Europees contra Regne de Bèlgica*, assumpte C-355/98.

STJCE de 28 d'octubre de 1999, *Vestergaard*, assumpte C-55/98.

STJCE de 21 de setembre de 1999, *Maastchappij Drijvende Bokken BV*, assumpte C-219/97.

STJCE de 29 de juny de 1999, *Comissió c. Bèlgica*, assumpte C-172/98, i Conclusions de l'Advocat General, Sr. GEORGES COSMAS, de 28 de gener de 1999.

STJCE d'1 de juny de 1999, *Konle*, assumpte C-302/97.

STJCE de 18 de juny de 1998, *Comissió de les Comunitats Europees contra la República italiana*, assumpte C-35/96.

STJCE de 7 de juny de 1997, *Sodemare*, assumpte C-70/95.

STJCE de 6 de febrer de 1997, *Harnas & Helm CV contra Staatssecretaris van Financiën*, assumpte C-80/95.

STJCE de 27 de juny de 1996, *Asscher*, assumpte C-107/94.

STJCE d'11 d'agost de 1995, *Wielockx*, assumpte C-80/94.

STJCE de 14 de febrer de 1995, *Shumacker*, assumpte C-279/93.

STJCE de 17 de febrer de 1993, *Poucet i Pistre*, assumptes acumulats C-159 i 160/91.

STJCE de 28 de gener de 1992, *Bachmann*, assumpte C-204/90.

STJCE de 23 d'abril de 1991, *Höfner i Elser*, assumpte C-41/90.

STJCE de 2 de febrer de 1989, *Ian William Cowan c. Trésor public*, assumpte C-186/87.

STJCE de 24 de juny de 1986, *Brugnoli i Ruffinengo*, assumpte 157/85.

STJCE de 31 de gener de 1984, *Luisa i Carbone*, assumptes C-286/82 i 26/83.

STJCE de 22 de novembre de 1978, *Somafer*, assumpte 33/78.

STJCE de 12 de febrer de 1974, *Sotgiu*, assumpte 152/73.

### **JURISPRUDÈNCIA ESTATAL**

*Corte Costituzionale italiana*, sentència de 29 de setembre de 2003 n. 300 i n. 301.

*Corte di Appello di Milano*, sentència de 14 de gener de 2000, *Veneta Mineraria s.p.a.c. Ammainter*.

*Corte di Cassazione*, (Civ. Un.), sentència d'1 de juliol de 1993, n. 7186.

*Corte di Cassazione*, sentència de 18 d'octubre de 1960, n. 2785. Nota de G. GALGANO, RDC, 1963 (II), pàg. 172 i ss.

*Cour civil de Bruxelles*, sentència de 14 novembre de 1911 i de 2 abril de 1913, *Fondation Niederfüllbach*, RCrDIPr, 1913, pàg. 178.

*Cour d'Appel de Paris* (1er Ch.), sentència de 17 novembre de 1993, *Fondation Guggenheim*. Nota de H. GAUDEMET TALLON, RCrDIPr, 1994 (1), pàg. 115-120.

*Cour d'Appel de Paris*, (1er Ch. sect. A), sentència de 3 d'octubre de 1984, *Banque Ottomane*. Nota de H. SYNDET, RCrDIPr, 1985 (3), pàg. 526-533; Nota de B. GOLDMAN, JDI, 1986 (1), pàg. 155-170.

*Cour d'Appel de Paris*, (1er ch., sec. B), sentència de 26 de juny de 1981, *Fondation Hans et Helga Eckensberger*. Nota de B. ANCEL, RCrDIPr, 1982 (3), pàg. 537-551.

*Cour d'Appel de Paris*, sentència de 9 de juliol de 1975, *Fondation Zeiss*, RCrDIPr, 1977, pàg. 86-103, Nota T. TRÈVES; en el *JDI-Clunet*, 1976, 112, Nota de P. KHAN.

*Cour d'Appel de Paris*, sentència de 16 de maig de 1960. Nota GAVALDA JCP, 1960, II, pàg. 763.

*Cour d'Appel de Pau*, sentència de 2 març de 1936, RCrDIPr, 1937, pàg. 153.

*Cour de Cassation* (1er Ch. civ.), sentència de 25 de febrer de 1997, acte de *Waqf*. Nota de G.A.L. DROZ, RCrDIPr, 87 (4), 1998, pàg. 602-609.

*Cour de Cassation*, (Ch. Civ.), sentència de 3 de juliol de 1996, *Fondation Guggenheim*. Nota de H. GAUDEMET TALLON, RCrDIPr, 1997 (1), pàg. 97-100.

*Cour de Cassation*, (1er ch. Civ.), sentència de 22 d'abril de 1981 i sentència de 15 de febrer de 1983. Nota de B. ANCEL, RCrDIPr, 1983, pàg. 645-651.

*Cour de Cassation*, (1er ch. civ.), sentència de 3 de juny de 1969, *Fondation Ivo Racid*. Nota de D. HOLLEAUX, RCrDIPr, 1971, pàg. 743-755.

*Cour de Cassation de Belgique*, sentència de 8 de febrer de 1849 (requisit d'autorització reial per a què una societat francesa tingui capacitat jurídica a Bèlgica).

*Tribunal civil de la Seine*, (1er Ch.), sentència de 26 de febrer de 1958, *Fondation Potocki*. Nota de A. PONSARD, *JDI-Clunet*, 1959 (2), pàg. 430-455.

*Tribunal Constitucional español*, sentència 341/2005, de 21 de desembre.

*Tribunal Constitucional español*, sentència 47/2004, 29 març.

*Tribunal Constitucional español*, sentència 88/1993, de 12 de març.

*Tribunal Constitucional español*, sentència 49/1988, de 22 de març.

*Tribunal Constitucional español*, sentència 73/1983, de 29 de juliol.

*Tribunal Constitucional español*, sentència 37/1981, de 16 de novembre.

*Tribunale di Belluno*, decret 25 de setembre de 2002, *RDIPP*, 2003, pàg. 509.

*Tribunale di Bologna*, sentència d'1 octubre de 2003.

*Tribunale di Brescia*, sentència 12 d'octubre de 1994, *RDIPP*, 2004, pàg. 1410.

*Tribunale di Firenze*, sentència de 2 de juliol de 2005.

## **LEGISLACIÓ EUROPEA**

### **TRACTATS CONSTITUTIUS**

Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, firmado en Lisboa, DOUE C 306 de 13.12.2007; versiones consolidadas, DOUE C 115 de 9.5.2008.

Tractado para una Constitución Europea (2003), DOUE C 310 de 16.12. 2004.

Tractado de la Comunidad Económica Europea (TCEE) firmado en Roma el 25 de marzo de 1957, versión consolidada del TCE y TUE: DOUE C 321E de 29.12. 2006.

Tratado de la Unión Europea (TUE), Maastricht 1992, versión consolidada del TCE y TUE: DOUE C 321E de 29.12. 2006.

Consejo Europeo de Tampere, octubre 1999, DOUE C 54 de 25.2.00.

Tractado de Amsterdam (TA) 1999, DOCE C 340 de 10.11.1997.

Acta Única Europea (AUE), 1986, DOCE L 169 de 29.06.1987.

### **DRET DERIVAT**

Reglamento (CE) n° 1524/2007 del Parlamento europeo y del Consejo de 18 de diciembre de 2007 por el que se modifica el Reglamento (CE) no 2004/2003

relativo al estatuto y la financiación de los partidos políticos a escala europea. DOUE, L 343, 27.12.2007.

Reglamento (CE) nº 1435/2003 del Consejo de 22 de julio de 2003 relativo al Estatuto de la sociedad cooperativa europea (SCE). DOUE L 207 de 18.8.2003.

Reglamento (CE) nº 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el estatuto de la sociedad snónima europea (SE). DOUE L 294 de 10.11.2001.

Reglamento (CE) nº 1658/98 del Consejo de 17 de julio de 1998 sobre la cofinanciación, con organizaciones no gubernamentales (ONG) de desarrollo europeas, de acciones en los ámbitos que afectan a los países en desarrollo. DOCE L 213 de 30.7.1998.

Reglamento (CEE) nº 2137/85 del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativo a la Agrupación europea de interés económico (AEIE), DOCE L 199 de 31.7.1985.

Directiva 2006/123/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior. DOUE L 376 de 27.12.2006.

Directiva 2005/56/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 26 de octubre 2005 relativa a las fusiones transfronterizas de sociedades de capital. DOUE L 310, 25.11.2005.

Directiva 2001/86/CE del Consejo de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el estatuto de la Sociedad anónima europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores. DO L 294 de 10.11.2001.

Directiva 88/361/CEE del Consejo de 24 de junio de 1988, para la aplicación del art. 67 del Tratado, DO L 178, de 8.7.1988.

Directiva 2004/106/CE del Consejo, de 16 de noviembre de 2004, por la que se modifica la Directiva 77/799/CEE, relativa a la asistencia mutua entre las autoridades competentes de los Estados miembros en el ámbito de los impuestos directos, de determinados impuestos sobre consumos específicos y de los impuestos sobre las primas de seguros, y la Directiva 92/12/CEE, relativa al régimen general, tenencia, circulación y controles de los productos objeto de impuestos especiales. DOUE L 359 de 4.12.2004.

Directiva 2006/18/CE del Consejo, de 14 de febrero de 2006, por la que se modifica la Directiva 77/388/CEE en lo que se refiere a los tipos reducidos del impuesto sobre el valor añadido. DOUE L 051 de 22.0./2006

## DOCUMENTS PÚBLICS EUROPEUS

### COMISSIÓ EUROPEA

- , “Impact assessment on the Directive on the cross-border transfer of registered office”, SEC (2007) 1707, Comissió Europea, Brussel·les, 12.12.2007.
- , “Fiscalité directe: la Commission demande à la Belgique de mettre fin à la discrimination envers les associations caritatives étrangères”, IP/06/1879, 21.12.2006.
- , “Commission requests Ireland and Poland to end discrimination of foreign charities”, IP/06/1408, 17.10.2006.
- , “Commission request the United Kingdom to end discrimination of foreign charities”, IP/06/964, 10.07.2006.
- , “Comunicación de la Comisión: Aplicación del programa comunitario de Lisboa. Servicios sociales de interés general en la Unión Europea”, COM 2006 177 final, 26.4.2006.
- , “Propuestas de la Comisión retiradas tras el examen a la vista de su importancia general, su impacto sobre la competitividad y otros aspectos”, DOUE (2006/C 64/03), 17.3.2006
- , “Direct taxation: Commission decides to refer Belgium to Court of Justice over Walloon inheritance and gift tax laws”, IP/05/936, 05.07.2005; suspensió 27.6.2007.
- , “Comunicación de la comisión al consejo, al Parlamento europeo y al Comité económico y social europeo: Prevención y lucha contra la financiación terrorista a través de una mayor coordinación a nivel nacional y una mayor transparencia del sector sin ánimo de lucro”, COM (2005) 620 final, de 29.11.2005.
- , “Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo: Resultados del examen de las propuestas legislativas pendientes ante el Legislador”, Brussel·les, COM (2005) 462 final, 27.9.2005.
- , “Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo: Programa de La Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años. Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia” COM (2005) 184 final, 10.5.2005.
- , “Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo - Legislar mejor para potenciar el crecimiento y el empleo en la Unión Europea”, COM (2005) 97, 16.3.2005.
- , “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Libro Blanco sobre los servicios de interés general”, COM (2004) 374 final, 12.3.2004.

- , Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y social europeo y al Comité de las Regiones sobre fomento de las cooperativas en Europa”, Brussel ·les, COM (2004) 18, 23.2.2004.
- , “Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo sobre: Modernización del Derecho de sociedades y mejora de la gobernanza empresarial en la Unión Europea. Un plan para avanzar”, Brussel ·les, COM (2003) 284 final, 21.5.2003.
- , “Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento europeo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones, Estrategia para el mercado interior: Prioridades del período de 2003 – 2006”, Brussel ·les, COM (2003) 238 final, 7.5.2003.
- , “Decisión de la Comisión de 22 de agosto de 2002 sobre las medidas fiscales para las fundaciones bancarias ejecutadas por Italia”, C 54/B/2000 (ex NN 70/2000), DOUE L55 de 1.3.2003.
- , “Direct taxation: Commission decides to request Belgium to amend its legislation on inheritance and registration taxes”, IP/02/1527, 21.10.2002.
- , “Libro verde - Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas”, COM (2001) 366 Final, 18.7.2001.
- , “La Comisión y las organizaciones no gubernamentales: construyendo un partenariado más intenso”, COM (2000), 11; 18.1.2000.
- , “Comunicación de la Comisión sobre el fomento del papel de las asociaciones y fundaciones en Europa”, COM (97) 241 final, Brussel ·les, 6.6.1997.
- , “Comunicación de la Comisión al Consejo: Las empresas de la Economía Social y la realización del mercado europeo sin fronteras”, SEC (89) 2187 final, 18.12.1989.
- , DG del Mercat interior i serveis: “Consultation and hearing on future priorities for the Action Plan on modernising Company Law and enhancing corporate governance in the European Union”, 2006.
- , DG de l’Empresa, “Documento de Consulta: Las mutualidades en una Europa ampliada”, 3.10.2003.
- , DG del mercat interior “Synthèse des réactions à la communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen «Modernisation du droit des sociétés et renforcement du gouvernement d'entreprise dans l'Union européenne – Un plan pour avancer» (mai 2003)” Document des services de la direction générale du marché intérieur, 15.11.2003.

## **COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL**

-, “Avis du Comité économique et social européen: La diversification économique dans les pays accédants – rôle des PME et des entreprises de l'économie sociale”, CCMI/006, Brussel les, 1.4.2004.

-, “Dictamen del Comité Económico y social sobre: La gobernanza europea – Un Libro Blanco” Subcomité “Gobernanza europea” (Libro Blanco), COM (2001) 428 final. 20.03.2002.

-, “Dictamen del Comité Económico y Social sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones — Objetivos estratégicos 2000-2005: Hacer la nueva Europa”, DOCE C 014, 16.01.2001.

-, “Dictamen del Comité Económico y social sobre el tema: La sociedad civil organizada y la gobernanza europea – Contribución del Comité a la elaboración del Libro Blanco”, DOCE C193/117 de 10.07.2001.

-, “Avis du Comité économique et social sur: Économie sociale et Marché unique”, (INT/029), Brussel les, 3.3.2000

-, “Dictamen del Comité Económico y social sobre: El papel y la contribución de la sociedad civil organizada en la construcción europea”, DOCE C329/30 de 17.11.1999.

-, “Dictamen del Comité Económico y Social sobre: la Comunicación de la Comisión sobre ‘El fomento del papel de las asociaciones y fundaciones en Europa”, DOCE C95/99, 30.2.1998.

-, “Dictamen del Comité Económico y Social a iniciativa de la Comisión: La cooperación con las asociaciones de solidaridad como agentes económicos y sociales en el ámbito social”, diciembre 1997.

## **PARLAMENT EUROPEU**

Parlament, Consell i Comissió europea: “Comunicación de la comisión al parlamento europeo, al consejo, al comité económico y social europeo y al comité de las regiones. Segundo análisis estratégico del programa «Legislar mejor» en la Unión Europea”, COM (2008) 32 final, 30.1.2008.

Parlament Europeu, “Resolución del Parlamento Europeo de 13 de marzo de 1987 sobre Entidades sin fin de lucro”, DOCE, C99/205, 3.4.1987.

## **EUROSTAT**

Oficina Estadística de les Comunitats Europees (EUROSTAT): “Le secteur coopératif, mutualiste et associatif dans l’Union Européenne”, Luxembourg, Office des publications des Communautés européennes, 1997.



Oficina Estadística de les Comunitats Europees (EUROSTAT): “Profil statistique des organisations coopératives, mutualistes et associatives de la Communauté Européene”, 1993.

### **CONSELL D'EUROPA**

-, “Principes fondamentaux sur le statut des organisations non gouvernementales en Europe, et exposé des motifs”, (RAP-ONG (2003))

-, “Associations et fondations. Réunion multilatérale organisée par le Conseil de l'Europe », Strasbourg, 27-29 novembre 1996.

-, “Propuesta modificada de Reglamento (CE) del Consejo, por el que se establece el Estatuto de Sociedad Cooperativa Europea, de la Mútua Europea y de la Asociación Europea”, DOCE C 236, 31.8.1993.

-, “Convention européenne sur la reconnaissance de la personnalité juridique des organisations internationales non gouvernementales n. 124”, de 24 d'abril de 1986. <www.coe.int>.

-, ‘Rapport explicatif sur la Convention 124’, Comité européen de coopération juridique, <www.coe.int>.

### **ALTRES ORGANISMES**

GEDIP (Grup Europeu de Dret internacional privat): “Position du Groupe européen de droit international privé relative à la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux services dans le marché intérieur”, doc. 22, 23.11.2004. <www.gedip-egpil.eu>.

CIRIEC (Centre Internacional d'Investigació i Informació sobre l'Economia Pública, Social i Cooperativa): “La Economía Social en la Unión Europea”, n. CESE/COMM/05/2005, DI CESE 97/2007 Gr. III ahc. Resumen para el CESE del CIRIEC, “L'economía social en la Unión europea”, DI CESE 96/2007 Gr.IIIahc.

CIRIEC (Centre Internacional d'Investigació i Informació sobre l'Economia Pública, Social i Cooperativa): “La Economía Social en la Unión Europea”, n. CESE/COMM/05/2005, DI CESE 97/2007 Gr. III ahc. Resumen para el CESE del CIRIEC, “L'economía social en la Unión europea”, DI CESE 96/2007 Gr.IIIahc

COORDINADORA CATALANA DE FUNDACIONS, *Conclusiones del Congreso de Fundacions 2001*, <www.fundacions.org> (maig 2004).

EUROPEAN FOUNDATION CENTRE, “The European Foundation Statute: Frequently Asked Questions (FAQs)”, Advocacy Task Force (EFC), July 2008.

EUROPEAN FOUNDATION CENTRE, “Foundations’ Legal and Fiscal Environments, Mapping the European Union of 27”, 2007.

EUROPEAN FOUNDATION CENTRE, “Report of the EFC Tax Seminar 2007, How does EU law affect national foundation law?”, Brussel les, 5 de febrer de 2007.

EUROPEAN FOUNDATION CENTRE, “Foundations Facts & Figures Across the EU”, abril 2005.

EUROPEAN FOUNDATION CENTRE, “Proposal for a Regulation on a European Statute for Foundations”, 2005.

EUROPEAN FOUNDATION CENTRE, Model Law for public benefit foundations in Europe, en: EFC, Foundations for Europe. Rethinking Our Legal and Fiscal Environments, 2003.

EUROPEAN FOUNDATION CENTRE, Fundamental Legal and Fiscal Principles for Public Benefit Foundations, en: EFC, Foundations for Europe. Rethinking Our Legal and Fiscal Environments, 2003.

EUROPEAN FOUNDATION CENTRE, “Foundations for Europe”, 2003.

EUROPEAN FOUNDATION CENTRE, “Working with Foundations in Europe: Why and How?”, 2001.

#### **ADRECES ELECTRÒNIQUES SELECCIONADES:**

*Asociación Española de Fundaciones* <[www.fundaciones.org](http://www.fundaciones.org)>.

*Associació de Cooperatives i Mútues europees (ACME)*: <[www.acme-eu.org](http://www.acme-eu.org)>.

*Associació Internacional de Mútues (AIM)* <[www.aim-mutual.org](http://www.aim-mutual.org)>.

*Association of Charitable Foundations* <[www.acf.org.uk](http://www.acf.org.uk)>.

*Associazione Il Trust in Italia*: <[www.il-trust-in-italia.it](http://www.il-trust-in-italia.it)>.

*Belgiquelex-Banque carrefour de la législation*: <[www.belgiquelex.be](http://www.belgiquelex.be)>.

*Boletín Oficial del Estado*: <[www.boe.es](http://www.boe.es)>.

*Bundesverband Deutscher Stiftungen* (Association of German Foundations) <[www.stiftungen.org](http://www.stiftungen.org)>.

*Cabinet Office - ‘Third Sector’* <[www.cabinetoffice.gov.uk](http://www.cabinetoffice.gov.uk)>.

*Centro di Documentazione sulle Fondazioni*: <[www.fondazioni.it](http://www.fondazioni.it)>.

*Charity Commission*: <[www.charity-commission.gov.uk](http://www.charity-commission.gov.uk)>.

*Club de La Haia*: <<http://hagueclub.org>>

*Confederación Empresarial Española de Economía Social (CEPES)* <[www.cepes.es](http://www.cepes.es)>

*Conferència de La Haia de DIPr*: <[www.hcch.net](http://www.hcch.net)>.

*Conferència Europea Permanent de les Cooperatives, Societats Mutuals, Associacions i Fundacions (CEP-CMAF) <[www.cepcmaf.org](http://www.cepcmaf.org)>.*

*Consell d'Europa <[www.conventions.coe.int](http://www.conventions.coe.int)>.*

*Consell de les Empreses, els treballadors i grups de l'Economia social (CEGES) <[www.ceges.org](http://www.ceges.org)>.*

*Consell Europeu d'Associacions d'Interès General (CEDAG): <[www.cedag-eu.org](http://www.cedag-eu.org)>.*

*Cooperatives Europe <[www.coopseurope.coop](http://www.coopseurope.coop)>.*

*Corporate Social Responsibility (CSR): <<http://ec.europa.eu/enterprise/csr/>>.*

*Europa – El portal de la Unió Europea: <[www.europa.eu](http://www.europa.eu)>.*

*European Business Register (EBR), <[www.ebr.org](http://www.ebr.org)>.*

*European Foundation Centre <[www.efc.be](http://www.efc.be)>.*

*European Trade Union Institute – SEEurope: <[www.worker-participation.eu](http://www.worker-participation.eu)>.*

*Financial Action Task Force (FATF) o Groupe d'Action Financière (GAFI): <[www.fatf-gafi.org](http://www.fatf-gafi.org)>.*

*Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia: <[www.gencat.cat/justicia](http://www.gencat.cat/justicia)>.*

*Giving in Europe: <[www.givingineurope.org](http://www.givingineurope.org)>.*

*InDret - Revista per a l'Anàlisi del Dret: <[www.indret.com](http://www.indret.com)>.*

*Kamer van Koophandel (Cambra de Comerç dels Països Baixos): <[www.kvk.nl](http://www.kvk.nl)>.*

*King Baudouin Foundation: <[www.kbs-frb.be](http://www.kbs-frb.be)>.*

*Legifrance: Le service public de la diffusion du droit: <[www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)>.*

*Network of European Foundations for Innovative Cooperation (NEF) <[www.nefic.org](http://www.nefic.org)>.*

*Organisation for Economic Co-operation and Development (OCDE): <[www.oecd.org](http://www.oecd.org)>.*

*Revista Electrónica de Estudios Internacionales: <[www.reei.org](http://www.reei.org)>.*

*The Association of Foundations in the Netherlands-FIN: <[www.verenigingvanfondsen.nl](http://www.verenigingvanfondsen.nl)>.*

*The Office of the Scottish Charity Regulator (OSCR): <[www.oscr.org.uk](http://www.oscr.org.uk)>*

*Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees: <[www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu)>.*

*Worldwide Initiatives for Grantmaker Support (WINGS) <[www.wingsweb.org](http://www.wingsweb.org)>.*

*Xarxa Judicial Europea: <<http://ec.europa.eu/civiljustice>>.*