

ELS FONTS ESPECIALS EN LES FUNDACIONS PRIVADES

Josep Ferrer Riba

*Professor titular de dret civil
Universitat Pompeu Fabra*

1. ANTECEDENTS I MODELS COMPARATS DE LA TÈCNICA DELS FONTS ESPECIALS

Una novetat destacable de la Llei 5/2001, de 2 de maig, de fundacions (LF) (DOGC núm. 3388, de 15 de maig), és la previsió que es puguin constituir, dins de les fundacions, fons especials integrats per béns o drets que quedin específicament vinculats al compliment de les finalitats d'interès general que hagin escollit els constituents del fons. Amb la regulació dels fons especials es pretén ampliar el ventall de tècniques jurídiques a l'abast de les persones que volen destinar recursos econòmics a causes d'interès general i facilitar així que continuï, amb nous mitjans d'actuació, el ràpid desenvolupament i la diversificació que està experimentant el sector fundacional a Catalunya.¹ En particular, els fons especials poden donar cobertura jurídica a certes actuacions de destinació patrimonial que no queden ben instrumentades amb la constitució d'una fundació amb personalitat jurídica autònoma ni tampoc, des de l'altre extrem, amb la realització de mers donatius o deixes testamentàries a favor d'entitats no lucratives per al compliment de les seves finalitats.

1. Quant al nombre i l'evolució de les fundacions a Catalunya, els seus àmbits d'actuació i el seu funcionament, vegeu COORDINADORA CATALANA DE FUNDACIONS, *Estudi de les fundacions a Catalunya 2001* (en premsa). Segons aquest estudi, hi havia comptabilitzades a Catalunya, a mitjan 2001, més de mil sis-cents fundacions, amb un creixement, en el darrer quinquenni, de l'ordre de cent vint cada any. No disposem de fonts de dades sobre l'atorgament d'actes de destinació a finalitats d'interès general que no desemboquin en la constitució d'una fundació amb personalitat jurídica: no són objecte de cap mena de publicitat ni el Protectorat de la Generalitat sobre les fundacions privades, a Catalunya, vetlla pel seu compliment.

D'una banda, com observa el preàmbul de la Llei 5/2001, un tret remarcable del sector fundacional català és la proliferació de fundacions petites, sovint infradotades i fortament dependents de recursos externs per a la seva subsistència, però que compleixen finalitats d'interès general molt estimables.² El fons especial pot ser, en alguns casos, una alternativa preferible a aquestes fundacions, que es poden veure abocades —per dificultats de gestió derivades de la insuficiència de recursos humans i sobretot per manca de mitjans de finançament— a la inoperància i, al capdavall, a l'extinció. L'èmfasi que la nova llei posa en la suficiència que han de tenir la dotació i els recursos financers previsible per a dur a terme les activitats fundacionals (vegeu els articles 5, 8.1 i 10.1 LF), pot afavorir la constitució de fons especials com a via alternativa per a exercir el dret constitucional de fundar (art. 34 CE), si el Protectorat fa una interpretació estricta d'aquests preceptes.

D'altra banda, com he dit, el fons especial també pot constituir una alternativa a la realització de donatius o a l'ordenació de disposicions testamentàries d'una certa importància econòmica amb finalitats benèfiques, si el donant o el causant —en aquells casos en què no s'ha plantejat o no es considera viable la constitució d'una fundació autònoma— vol garantir que els diners o béns 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.

En els ordenaments català i espanyol aquesta mena de propòsits s'han articulat tradicionalment per mitjà de la *donació*, l'*herència* o el *llegat subjectes a un mode*, institucions que, en alguns casos, constitueixen un antecedent pròxim dels fons especials ara regulats. La imposició d'un mode a un acte de liberalitat comporta per a l'adquirent l'obligació de complir una càrrega o de destinar els béns a la finalitat predeterminada pel donant o el causant, però els seus efectes no són equiparables als que es produeixen respecte dels béns integrats en el patrimoni d'una fundació. El mode és molt més adequat per a fer destinacions de tipus consumptiu que no pas les destinacions amb vocació de permanència; en primer lloc, perquè genera obligacions personals a càrrec del donatari, l'hereu o el legatari que no es poden estendre —almenys de manera il·limitada— als successors de la persona originàriament gravada, i, en segon lloc, perquè no permet mantenir una prohibició o una limitació de disposar indefinida o de durada molt llarga (art. 166 CS). Aquests inconvenients es poden minimitzar si l'adquirent

2. En l'informe citat en la nota anterior, el 46 % de les 327 fundacions que van subministrar dades sobre aquest punt declaraven tenir una dotació inferior als cinc milions de pessetes.

dels béns amb el gravamen modal és una persona jurídica, però en romanen d'altres. No sembla, per exemple, que per mitjà d'un mode es pugui formar, a partir dels béns donats o transmesos *mortis causa*, un patrimoni d'afecció en el qual operin efectes de subrogació real com els que tenen lloc en la dotació d'una fundació (art. 39.2 LF). Els mecanismes legals per a incentivar, supervisar i forçar el compliment d'aquesta mena de modes tampoc no resulten sempre adequats, com va posar en relleu emblemàticament la sentència de l'Audiència de Barcelona de 9 d'abril de 1999 en el cas Clarà.³ En el dret de successions, el cercle de persones que poden exigir el compliment d'un mode successori és reduït (art. 162 CS) i no inclou el Protectorat de la Generalitat de Catalunya sobre les fundacions privades. D'altra banda, la institució hereditària subjecta a un mode, en dret català, no es pot revocar («Lamentablemente, si el testador no prevé sanción alguna para el heredero que incumple el modo impuesto, nada cabe hacer», com diu la sentència esmentada);⁴ el llegat només pot ser revocat si l'incompliment és imputable al legatari i es demostra que el compliment del mode va ser motiu determinant de la disposició (art. 164.IV CS), i és doctrinalment polèmic si l'acció revocatòria de les donacions per incompliment de càrregues (art. 647 CC) pot ser exercida pels hereus del donant.⁵ Sigui com vulgui, qualsevol mitjà de tutela que es deixi a les mans de familiars o successors de la persona que fa la disposició modal esdevé, a llarg termini, inapropiat o fins i tot contraproductent.

A fi de reforçar l'eficàcia de l'obligació modal i reduir en alguna mesura les dificultats esmentades, el mode pot anar acompanyat de la imposició d'una *càrrega real sobre els béns mateixos*, la qual, si es tracta d'immobles, es pot inscriure

3. En aquest cas, una neboda de l'escultor olotí Josep Clarà (1878-1958) litigava contra l'Ajuntament de Barcelona a fi que es declarés la seva condició d'hereva fideïcomissària en l'herència de la senyora Carme Clarà, germana de l'escultor i hereva universal d'aquest. En el testament de la senyora Clarà va ser designat hereu l'Ajuntament de Barcelona, amb la càrrega, que va romandre en part incompleta, de constituir una fundació privada i destinar el cabal hereditari a la divulgació de l'obra artística de l'escultor per mitjà d'un museu, el qual havia de ser ubicat en un immoble que la testadora ja havia donat prèviament al municipi. La demandant entenia que aquesta fundació tenia la qualitat d'hereva fiduciària i que, frustrada la delació a favor d'aquesta, li corresponia el patrimoni fideïcomès. La sentència rebutja aquesta tesi artificiosa, qualifica el deure de constituir la fundació de *mode* i conclou que no es pot reaccionar jurídicament contra l'incompliment d'aquest.

4. Tanmateix, si el mode té per objecte constituir una fundació, crec que el Protectorat pot exigir-ne el compliment en virtut de l'article 3.2 LF (i, abans, de l'art. 6.2 de la Llei 1/1982). En aquest punt, doncs, la conclusió a la qual arriba la sentència ressenyada en la nota anterior hauria d'haver estat més matisada.

5. Vegeu, p. ex., M. ALBALADEJO GARCÍA, «Comentario al art. 647 del Código Civil», a MINISTERIO DE JUSTICIA, *Comentario del Código Civil*, vol. I, 2a ed., Madrid, 1993, p. 1640-1642.

en el Registre de la Propietat.⁶ Aquesta tècnica, que també pot emprar-se arran d'una transmissió dels béns a títol oneros i, per tant, al marge d'una disposició a títol lucratiu feta *sub modo*, garanteix millor la subsistència del vincle de destinació dels béns a la seva finalitat, perquè la càrrega es trasllada ambulatoriament i obliga a cada nou propietari o titular del bé. Tot i això, també és un procediment de destinació rudimentari, perquè en la pràctica només és efectiu amb béns immobles (l'oposició del gravamen *erga omnes* està supeditada a la seva publicitat, que només garanteix a bastament la inscripció registral), no es pot estendre més enllà del bé singular gravat i sempre és susceptible de redempció: tard o d'hora la càrrega està cridada a desaparèixer i el seu valor s'ha de reconvertir en una altra forma de destinació que no pesi com a gravamen sobre la propietat immobiliària.

La llei estatal 30/1994 i les seves normes de desenvolupament reglamentari han volgut actualitzar el règim d'aquestes càrregues de destinació (anomenades *cargas duraderas sobre bienes para la realización de fines de interés general*) tant si tenen el seu origen en una disposició modal i despleguen eficàcia personal com si es deriven d'un acte d'afecció real. La disposició addicional primera del Reglament de fundacions de competència estatal disposa que el Protectorat pot exigir i controlar el compliment d'aquestes i estableix el deure d'inscriure-les en el Registre de Fundacions de competència estatal sempre que el compliment de les seves finalitats afecti l'àmbit territorial de dues o més comunitats autònomes.⁷ Pel que fa a la manera de complir les finalitats de les fundacions, els apartats segon i tercer de la disposició addicional primera del reglament esmentat donen a l'adquirent dels béns tres alternatives possibles: *a*) constituir amb els béns una fundació; *b*) integrar els béns en una fundació ja constituïda que tingui uns fins similars,⁸ i *c*) executar directament la càrrega i donar-ne compte al

6. En relació amb aquesta tècnica de destinació, en el dret espanyol anterior a la legislació de fundacions de 1994 vegeu l'art. 788 CC i els art. 64 a 71 del Reglament de fundacions culturals privades (RFCP), aprovat pel Decret 2930/1972, de 21 de juliol (BOE núm. 260, de 30 d'octubre). Els art. 64 a 71 RFCP, que regulaven les «cargas culturales de carácter permanente», s'han d'entendre derogats per la disposició addicional primera del Reglament de fundacions de competència estatal, aprovat pel Reial decret (RD) 316/1996, de 23 de febrer (BOE núm. 57, de 6 de març).

7. Vegeu la disposició addicional primera de la llei estatal 30/1994, de 24 de novembre, de fundacions i d'incentius fiscals a la participació privada en activitats d'interès general (BOE núm. 282, de 25 de novembre), la disposició addicional primera del Reglament de fundacions de competència estatal i els articles 3.L, 5.1 i 7.1 del Reglament del Registre de Fundacions de competència estatal, aprovat pel RD 384/1996, d'1 de març (BOE núm. 77, de 29 de març).

8. En realitat, la disposició addicional primera, apartat segon *in fine*, del reglament esmentat diu: «[...] integrarlos en una [fundación] ya constituída cuyos fines sean similares a los de la fundación a cuyos bienes está afectada la carga», expressió que, en la seva part final, no resulta intel·ligible.

Protectorat (apt. 3). Els fons especials regulats pel dret català tenen una certa similitud funcional amb els béns subjectes a càrregues duradores que han estat incorporats a una fundació ja constituïda (és a dir, quan el compliment de la càrrega s'ha realitzat seguint la segona opció), si bé no és gens fàcil discernir fins on arriba l'analogia, particularment perquè la legislació estatal de fundacions no explicita les conseqüències d'aquesta incorporació.⁹

Al marge d'aquests antecedents, pot ser també il·lustratiu comparar el règim dels fons especials amb alguns models del dret comparat. De fet, amb els fons especials no es fa altra cosa que modernitzar una tècnica de destinació amb molta tradició històrica a Europa, sobretot abans que es generalitzés, a partir de la segona meitat del segle XIX, la institució de la fundació amb personalitat jurídica.¹⁰ La difusió progressiva de la fundació personificada va fer que les formes de destinació sense personalitat anessin quedant relegades a una posició secundària —n'és un bon exemple el dret espanyol—, però van mantenir la seva importància en algunes cultures jurídiques europees.

Així, per exemple, la cessió de béns a una o diverses persones o a una entitat amb la imposició del deure de destinar-los de manera duradora a alguna finalitat benèfica, s'ha mantingut, en la tradició del *common law* i particularment a Anglaterra, com una de les estructures legals bàsiques per a constituir una fundació, sota la forma de *charitable trust*.¹¹ Tot i que és el paradigma de la fundació sense personalitat, els efectes d'aquest *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'article 1911 CC).

9. En particular, no és clar si la integració dels béns gravats en una fundació determina la confusió d'aquests amb la resta del patrimoni fundacional, amb subjecció plena a les normes generals del dret de fundacions, sense cap excepció, o bé si es manté l'aplicació, si escau, del règim jurídic de les disposicions modals, ja que ambdós règims jurídics presenten diferències importants (p. ex., pel que fa a la revocació, la commutació de la càrrega o la destinació del romanent). Sobre el règim jurídic d'aquestes càrregues, vegeu M. ALBALADEJO GARCÍA, «Las cargas duraderas en la legislación de fundaciones», a *RDP*, maig de 1998, p. 347 i seg.

10. Penseu, per exemple, en les dotacions de capellanies en el si d'una església, les caixes de previsió per als membres d'un gremi constituïdes en el si de la corporació corresponent, els capitals afectats al pagament d'estipendis per a estudiants o de pensions per a persones necessitades, etc. Sobre aquestes formes de destinació en el dret espanyol, en el procés de trànsit a la codificació, vegeu C. MALUQUER DE MOTES, *La fundación como persona jurídica en la codificación civil: de vinculación a persona (Estudio de un proceso)*, Barcelona, Universitat de Barcelona, 1983, p. 165 i seg.

11. Cf., en el dret anglès, P. LUXTON, *The Law of Charities*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 252-259.

En realitat, els fons especials s'acosten molt més a altres formes de fundació no autònoma o fiduciària reconegudes i practicades a l'Europa continental i, particularment, a les fundacions sense personalitat del dret francès. La legislació francesa, que sempre ha mantingut una política restrictiva de concessió de personalitat jurídica a les fundacions,¹² qualifica de *fundació* l'affectació irrevocable d'un patrimoni a finalitats d'interès general si els béns es posen en poder d'una fundació reconeguda d'utilitat pública que els gestioni directament sense crear una persona jurídica nova.¹³ La difusió d'aquesta modalitat d'affectació —que es correspon amb la dels fons especials del dret català— està sobretot propiciada per l'existència de la Fundació de França, una macrofundació que té per missió la constitució i l'administració de fons o fundacions sense personalitat pròpia en el seu si.¹⁴ Tot i que el sistema francès es basa en una política fundacional que no és en absolut extrapolable a Catalunya —ja que el dret català facilita la constitució de fundacions petites i mitjanes amb personalitat pròpia—, pot ser molt útil tenir en compte el funcionament dels fons o comptes de fundació en el si de la Fundació de França per veure quines aplicacions poden tenir els fons especials i la manera de fer-los operatius.

A continuació, a partir d'aquests antecedents i models comparats, examino els trets més rellevants del règim jurídic dels fons especials en el dret català, que es troba en el capítol v de la Llei 5/2001 (articles 40 a 42) i en els articles 39.1 i 49e, que hi fan referències puntuals. Malgrat la remissió que l'article 41.2 fa a les normes de la llei sobre les dotacions, la regulació dels fons és, com veurem, molt fragmentària i deixa oberts força interrogants, als quals haurà d'anar donant resposta la pràctica notarial, administrativa i judicial.

12. Vegeu E. LAUROBA LACASA, «El régime de fondaciones en Francia. Claves y caracteres de una regulación tardía», a ÀREA DE DRET CIVIL DE LA UNIVERSITAT DE GIRONA (coord.), *Les persones jurídiques en el dret civil de Catalunya: associacions i fundacions (Materials de les Novenes Jornades de Dret Català a Tossa)*, València, Tirant lo Blanch, 1998, p. 512-519.

13. Art. 20 de la Llei 87-571, de 23 de juliol de 1987, en la redacció que li dona la Llei 90-559, de 4 de juliol de 1990.

14. Vegeu, p. ex., E. BARON i X. DELSOL, *Les fondations reconnues d'utilité publique et d'entreprise (Régime juridique et fiscal)*, París, Juris-Service, 1992, p. 226-232. Vegeu, també, www.fdf.org, amb informació sobre el procediment de constitució de fundacions sota els auspicis de la Fundació de França.

2. CONSTITUCIÓ DELS FONS ESPECIALS

2.1. L'ACTE DE CONSTITUCIÓ DEL FONS I EL SEU CONTINGUT

La constitució d'un fons especial és un acte d'autonomia privada en el qual una o diverses persones manifesten la seva voluntat de destinar béns o drets a finalitats d'interès general i fan efectiu aquest disseny, sense necessitat de constituir una persona jurídica de nova planta, mitjançant l'atribució d'aquests béns o drets a una fundació preexistent, que els accepta. Adquirits els béns del fons, la fundació assumeix la seva tinença, administració i destinació d'acord amb les regles establertes en l'acte constitutiu —regles que configuren allò que podem qualificar de *vincle especial de destinació*— i amb les disposicions que s'apliquen a una dotació fundacional (art. 41 LF). La subjecció d'aquest vincle a les normes del dret de fundacions (pel que fa a l'administració dels béns, la seva disposició, la producció d'efectes de subrogació real, el règim de modificació de la finalitat, la subjecció a supervisió administrativa i les previsions sobre destinació del romanent), fa que aquesta tècnica de destinació sigui molt més efectiva per a satisfer finalitats d'interès general amb caràcter durador que l'atorgament d'una disposició modal o la constitució d'una càrrega real sobre béns determinats.

El negoci constitutiu d'un fons és un acte complex, susceptible de ser articulat per diferents procediments (segons es faci entre vius o per causa de mort) i que acostuma a reunir a la vegada un *dobte contingut de destinació i d'atribució patrimonial*:

— El negoci constitutiu d'un fons especial és, en primer lloc i essencialment, un *acte de destinació* de béns a finalitats d'interès general. Si els béns han estat aportats a títol de dotació, queden afectats o vinculats a la seva finalitat de manera duradora i se subjecten al règim dels béns dotacionals, al qual em referiré més endavant (vegeu *infra* 3.1). Un tret remarcable de l'acte de destinació és el seu caràcter irreversible, tot i que aquest efecte pot quedar en part limitat pel fet que s'hagin aportat béns a títol d'ús o amb subjecció a terminis o condicions resolutoris. Aquest *principi d'irreversibilitat de la destinació a fins d'interès general* es fa particularment palès després de l'extinció del fons, moment en el qual desapareix el vincle de destinació especial, que se substitueix, en principi, per la subjecció dels béns a l'estatut d'una altra persona jurídica que compleixi igualment fins d'interès general: el patrimoni que pugui eventualment roman-dre després de l'extinció esmentada ha de ser cedit a una fundació, a una entitat no lucrativa amb fins similars o a una entitat pública (art. 42 LF i, per remissió, art. 46).

— L'acte de constitució d'un fons especial té també un *contingut d'atribució patrimonial*, fora del cas excepcional que els béns del fons haguessin estat transmesos amb anterioritat i, per tant, ja es trobessin en poder de la fundació en el moment que les parts decideixin imposar sobre aquests un vincle especial de destinació. Els fons especials no tenen personalitat jurídica i, per tant, per a la seva constitució els béns i drets han de ser transmesos a una altra persona, que n'esdevé titular. En la Llei 5/2001, com en el dret francès, aquesta persona ha de ser necessàriament una fundació. L'acte constitutiu del fons incorpora, doncs, un títol adquisitiu dels béns, que en la constitució *inter vivos* la llei ha configurat com a contracte (que podem qualificar de *contracte de dotació d'un fons*) i que en la constitució *mortis causa* pot ser l'herència, el llegat o l'acte de compliment d'un encàrrec de destinació.¹⁵ La facultat d'ajornar el desembossament de l'aportació (que permet l'article 41.1c LF) no exclou aquest contingut atributiu, encara que en canvi l'objecte: en virtut del contracte constitutiu, la fundació adquireix un crèdit contra l'aportant que passa immediatament a figurar en la partida corresponent de l'actiu en el seu balanç.

2.2. PROCEDIMENTS DE CONSTITUCIÓ: LA CONSTITUCIÓ DELS FONDS ESPECIALS *INTER VIVOS I MORTIS CAUSA*

La Llei preveu dues modalitats de constitució dels fons especials: *inter vivos*, per mitjà d'un contracte entre la persona o les persones que hi aporten recursos o que es comprometen a fer-ho i la fundació adquirent dels béns o drets aportats, i *mortis causa*, per mitjà d'un acte unilateral de disposició fet pel causant i que ha de ser acceptat per la fundació.¹⁶

15. La constitució d'un fons especial per causa de mort desmentiria la idea segons la qual, quan es vinculen béns a finalitats d'interès general, no es produeixen efectes de successió (defensada amb cert, en el context de la constitució d'una fundació amb personalitat autònoma, per E. ARROYO AMAYUELAS, «La doble configuració de la dotació en la Llei 1/1982, de 3 de març, de fundacions privades: com a negoci de vinculació i com a part del patrimoni general de la fundació», a ÀREA DE DRET CIVIL DE LA UNIVERSITAT DE GIRONA (coord.), *Les persones jurídiques...*, p. 467-469). L'efecte de la destinació a les finalitats pot certament subsistir encara que es frustri l'efecte successori (i perdurar més enllà d'aquest), però normalment ambdós es compaginen.

16. La terminologia legal emprada per a designar les parts que intervenen en el procediment de constitució del fons és ambigua: els art. 39.1 i 42 LF qualifiquen la persona que dota el fons de *constituent*, però l'article 40.1 LF (i també el preàmbul de la Llei, en els seus paràgrafs 6 i 18) sembla entendre que el fons és en realitat constituït per la fundació que adquireix els béns. Aquesta ambigüitat és conseqüència de la diversitat de procediments de constitució: si aquesta és unilateral, el terme *constituent* escau al causant encara que el procés constitutiu s'hagi de completar amb actes

a) Constitució per acte entre vius

D'acord amb els articles 40.1 i 41.1 LF, la constitució d'un fons entre vius té lloc per mitjà d'un contracte bilateral celebrat entre els aportants dels béns i drets amb els quals ha de finançar-se el fons i la fundació que els adquireix i s'obliga a subjectar-los al règim d'una dotació fundacional i a complir els pactes que s'hagin convingut sobre la manera de destinar-los a alguna finalitat d'interès general. Excepte en el cas que els béns estiguessin en poder de la fundació amb anterioritat, *la constitució d'un fons especial inter vivos és un contracte translatiu, amb causa gratuïta*, que genera efectes diferents als dels dos tipus negocials que s'esmenten principalment, en dret comparat, com a vehicles de constitució d'una fundació no autònoma *inter vivos*: la donació modal i el contracte de transmissió fiduciària dels béns amb un encàrrec de destinació.¹⁷ A diferència del que succeeix en aquests negocis, en el fons especial la destinació dels béns a la seva finalitat no té lloc en compliment d'una obligació personal imposada com a càrrega a un donatari o com a *pactum fiduciae* a un administrador, sinó en virtut de la seva subjecció *ope legis* al règim legal de les dotacions fundacionals. El seu compliment no facultat, com en la donació modal, per a revocar l'acte dispositiu per incompliment de càrregues, amb la subsegüent recuperació dels béns per part del donant, sinó que determina la possibilitat d'exercir una acció de responsabilitat fundacional o la subjecció de la fundació titular del fons a mesures d'intervenció judicial o administrativa. La constitució d'un fons tampoc no és equivalent a un contracte de transmissió fiduciària del domini amb finalitats limitades d'administració i de destinació: s'hi assembla en la mesura que la Llei reconeix a ambdues parts facultats d'extinció unilateral (art. 42 LF), però se'n separa pel fet que la transmissió del domini és plena, els efectes de destinació són irreversibles i el seu compliment no té la causa en l'assumpció d'una obligació contractual, sinó en l'obligació que tenen els administradors fundacionals d'exercir degudament els seus càrrecs.

La configuració legal del negoci de constitució *inter vivos* d'un fons especial en termes contractuals (*cf.* art. 40.1: «Les fundacions poden convenir amb

posteriors (acceptació per la fundació, inscripció); si la constitució és bilateral, hom pot qualificar de *constituents* les dues parts intervinents en el negoci i aleshores es pot parlar d'*aportant* per a referir-se a la persona o les persones que doten el fons (com fa l'art. 41.1).

17. La consideració de la donació modal i el negoci fiduciari com a possibles opcions per a la constitució d'una fundació no autònoma és típica en la dogmàtica fundacional alemanya. Vegeu, p. ex., A. WESTEBBE, *Die Stiftungstreuhand*, Baden-Baden, Nomos, 1993, p. 65-72; H. Hof, a W. SEIFART i A. F. VON CAMPENHAUSEN, *Handbuch des Stiftungsrechts*, 2a ed., Munic, Beck, 1999, § 36, Rn 28-42, p. 525-529, i D. REUTER, *Münchener Kommentar BGB*, tom 1 (*Allgemeiner Teil*), 4a ed., Munic, Beck, 2001, Vor § 80 BGB, Rn 84-93 (crític amb la possibilitat de constituir la fundació per mitjà d'un negoci fiduciari).

altres persones [...]», art. 41.1: «Sens perjudici dels altres pactes lícits que convinguin els aportants i la fundació [...]») no és obstacle perquè l'aportant dels béns pugui servir-se del tipus negocial de la donació, tot i imposant a la fundació donatària la càrrega de completar el procés constitutiu (això és, demanar la inscripció registral) i subjectar els béns donats al règim d'una dotació fundacional. En aquest cas, la frustració del projecte de fons (p. ex., per manca d'inscripció) podrà determinar la revocació de la donació per incompliment de càrregues. S'ha de fer notar, però, que, un cop constituït vàlidament el fons, el compliment del mode haurà quedat exhaurit i els actes de compliment de la finalitat del fons no es podran considerar en cap cas actes de compliment de la càrrega ni podran motivar l'exercici d'una acció revocatòria.

La capacitat per a constituir *inter vivos* un fons especial no presenta particularitats respecte de la capacitat general per a fundar (art. 2 LF). L'aportant ha de gaudir de plena capacitat d'obrar i en el moment en què faci la transmissió ha de tenir poder de disposició sobre els béns. Atès que l'aportació de béns a un fons especial té una causa gratuïta, la seva eficàcia està subordinada a les regles de protecció dels creditors (art. 340.III de la Compilació de dret civil de Catalunya (CDCC)) i dels legitimaris (articles 373 a 375 CS). Pel que fa a la fundació adquirent del fons, la seva capacitat negocial està limitada, d'acord amb la Llei, al fet que les finalitats del fons especial coincideixin amb els seus propis fins fundacionals (art. 40.1 LF, en relació amb l'art. 6.1 de la mateixa llei, quant a l'abast de la capacitat de les fundacions). La voluntat fundacional d'acceptar la constitució del fons haurà de ser formulada per mitjà d'un acord del patronat, sense possibilitat de delegar-ne l'adopció a cap altre òrgan (arg. *ex art.* 22.3f LF, en la mesura que la constitució d'un fons especial comporta normalment un augment de dotació). Tot i això, es pot considerar vàlid l'apoderament fet pel patronat a favor d'un tercer per a l'atorgament de l'acte en les condicions aprovades prèviament per l'òrgan de govern (arg. *ex art.* 22.3e LF, *in fine*).

La constitució *inter vivos* requereix l'atorgament d'una escriptura pública (art. 40.2 LF) i la inscripció de l'acte en el Registre de Fundacions (art. 49e LF). Del pronunciament taxatiu de l'article 40.2 LF es pot deduir que l'atorgament d'una escriptura és una forma solemne, però la Llei no diu res pel que fa a la funció de la inscripció registral. Em referiré a aquesta qüestió més endavant (vegeu *infra* 2.3).

b) Constitució per causa de mort

D'acord amb l'article 40.3 LF, els fons també es poden constituir per mitjà d'un acte de disposició *mortis causa*. En aquest cas, el causant ordena la cons-

titució del fons en un testament o, si escau al tipus de disposició, en un codicil, n'estableix les regles d'organització i la finalitat de destinació i fa disposició dels béns que l'han d'integrar a títol universal o particular. Un cop oberta la successió i deferits l'herència o el llegat, la fundació pot acceptar-los i adquirir els béns d'acord amb les regles pròpies de cada títol (art. 5 CS per a l'herència i art. 267 CS per al llegat). Tant en l'herència com en el llegat s'ha d'entendre implícita la càrrega de completar el procés constitutiu del fons, és a dir, d'atorgar l'acta, si fos necessària, i de sol·licitar-ne la inscripció. És important, particularment en cas que la fundació sigui instituïda hereva, que el causant arbitri mecanismes que posin remei a l'incompliment d'aquests deures, atesa la impossibilitat de revocar o resoldre la institució (art. 154 CS), tot i que, segons la meua opinió, el Protectorat podria suplir la inactivitat de la fundació (arg. *ex art.* 3.2 LF). Per a evitar aquests problemes, es pot encarregar la constitució del fons a un o més marmessors amb facultats de liquidació, sense atribuir a la fundació cap títol successori (art. 315.II CS).¹⁸ En aquest cas, la fundació rebria els béns en compliment de l'encàrrec de destinació ordenat pel causant.

La fundació té en tot cas capacitat per a acceptar l'herència o el llegat (art. 21 CS i 6.1 LF) i, si es tracta d'una herència, gaudeix sempre del benefici d'inventari (art. 33.II CS i 38.1 LF). En cas que decideixi repudiar el títol, és qüestionable si ha de sol·licitar l'autorització prèvia del Protectorat, que l'article 38.2 LF requereix per a repudiar herències i llegats no onerosos. El deure imposat a la fundació de destinar els béns adquirits a la finalitat establerta pel causant i d'administrar-los com a fons especial, constitueix una càrrega que tenyeix l'acte lucratiu, per a la fundació, d'una onerositat innegable, la qual cosa hauria de redundar en la dispensa d'autorització administrativa. D'altra banda, però, no s'ha d'oblidar que les finalitats de destinació del fons especial han de coincidir amb les pròpies de la fundació adquirent (art. 40.1 LF) i que, per tant, la càrrega es pot entendre imposada en interès de la fundació mateixa, i no de tercers. D'aquesta manera, fent una interpretació teleològica de l'article 38.2 LF, es pot concloure que, per a repudiar el títol successori, s'ha de sol·licitar l'autorització administrativa encara que la disposició estigui subjecta a un gravamen.

Com he assenyalat, la constitució d'un fons especial per causa de mort es pot articular mitjançant la intervenció d'executors testamentaris. El causant pot encarregar a un marmessor (o, eventualment, a un hereu o legatari de confiança) que completi la seva voluntat, si cal, i negociï amb la fundació que ha

18. Quant a la validesa, en el dret català, del testament liquidatori sense institució d'hereu, vegeu J. MARSAL GUILLAMET, *El testament*, col·l. «Estudis de Dret Privat Català», núm. 4, Barcelona, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, 2000, p. 10-12 i 21-24.

de rebre els béns els termes en què ha d'establir-se el fons especial. Es podria fins i tot admetre que la persona encarregada de gestionar la constitució del fons pogués escollir la fundació destinatària d'aquest (per mitjà d'un llegat d'e-lecció, *ex art. 255 CS*, o directament per mitjà d'un encàrrec de destinació, *ex art. 315.I o 318.I CS*). Si s'ha previst la intervenció d'un executor, la constitu-ció del fons es perfeccionarà amb l'atorgament en escriptura pública de l'acta de constitució, que caldrà fer en compliment de l'encàrrec d'última voluntat. Crec, però, que en la constitució d'un fons per causa de mort (a diferència d'al-lò que s'esdevé en la d'una fundació amb personalitat), *no és imprescindible interposar un executor i ni tan sols atorgar una escriptura pública de constitu-ció*: si el causant ha fet constar en el testament o el codicil les finalitats per a les quals es constitueix el fons (única previsió de les que conté l'article 41 LF que crec indispensable, juntament amb la determinació dels béns i drets que han de finançar-lo), n'hi ha d'haver prou amb aquest instrument, acompanyat, si escau, de l'acreditació de les operacions particionals, de l'escriptura de ma-nifestació d'herència o de la de lliurament del llegat, per a promoure la ins-cripció registral del fons.¹⁹

En cas que el fons ordenat per causa de mort no es pugui constituir en els termes previstos inicialment, sigui perquè la fundació receptora dels béns s'hagi extingit abans de l'obertura de la successió o sigui perquè repudï el títol, hom s'haurà d'atènyer a les previsions que el causant hagi adoptat a aquest efecte (p. ex., ordenació d'una substitució vulgar). Si no n'hagués adoptat cap, l'acte de des-tinació pot mantenir la seva eficàcia encara que la finalitat que hom pretenia as-solir hagi de ser complerta en termes diferents als establerts pel causant (*cfr.*, per analogia, art. 165.II CS i 42 *in fine* LF). La qüestió dependrà, en dar-ter terme, de la interpretació de la voluntat del causant expressada en el testa-ment o el codicil. El compliment d'aquesta voluntat alternativa de destinació, si hi és, correspondrà als marmessors del causant i, subsidiàriament, a l'hereu o als hereus, o al Protectorat mateix (*arg. ex art. 3.2 LF*).

19. Durant la tramitació parlamentària de la Llei es va presentar una esmena, la núm. 141 del grup parlamentari Convergència i Unió, que addicionava el primer apartat de l'article 41 del Pro-jecte amb una menció, després de la referència del text a l'escriptura de constitució, a «l'acte de dis-posició per causa de mort», donant a entendre que en la constitució *mortis causa* no sempre ha de ser indispensable l'escriptura d'acta constitutiva (BOPC núm. 172, d'11 d'abril de 2001, p. 33). La ponència va recomanar l'adopció de l'esmena, però després no va passar al text de l'article proposat per la ponència mateixa, ni al dictamen de la Comissió (*ibidem*, p. 58).

2.3. EL CONTINGUT DE L'ACTA DE CONSTITUCIÓ I LA SEVA INSCRIPCIÓ REGISTRAL

Les parts que constitueixen el fons —o l'aportant dels béns, en la constitució unilateral— tenen molta llibertat per a establir el règim de funcionament d'aquest. Poden incloure-hi tota mena de pactes o estipulacions, amb comptades limitacions: només tenen naturalesa imperativa la norma que imposa que la finalitat del fons ha de coincidir amb la de la fundació afectatària (art. 40.1 LF), la que regula la destinació del romanent (art. 42 LF) i la que subjecta els béns del fons al règim jurídic de les dotacions fundacionals (en virtut de la remissió de l'article 41.2 LF), subjecció que s'ha d'entendre circumscrita, òbviament, als béns aportats a aquest títol i als que en cada moment integren la dotació del fons.

a) Clàusules que ha de contenir l'acta de constitució

L'article 41.1 LF conté una relació d'estipulacions que s'han de fer constar en l'acta de constitució, però no encerta a distingir entre les clàusules del negoci constitutiu (la declaració de voluntat de constituir el fons, les parts intervingents en el contracte, la relació de béns aportats) i les clàusules que conformen allò que podem denominar *estatut de destinació del fons*, que són les que doten de contingut el vincle especial al qual se subjecten els béns aportats (denominació, finalitats, durada, regles d'administració i de destinació i causes d'extinció). La distinció és rellevant quant al règim de modificació, perquè les estipulacions del negoci només es podran alterar, en la constitució entre vius, per mitjà d'una novació convinguda entre els constituents, mentre que les de naturalesa estatutària es poden subjectar, alternativament, als procediments de modificació que resulten de l'aplicació de l'article 14 LF (vegeu *infra* 5.1).

Les regles que integren l'estatut de destinació són menys rellevants en la constitució d'un fons que en la d'una fundació amb personalitat, ja que el primer disposa, per a la seva operativitat, de l'aparell de govern i de gestió propi de la fundació titular dels seus béns. De fet, la definició dels aspectes organitzatius no és essencial perquè l'acte constitutiu sigui eficaç: en particular, si el fons es constitueix per causa de mort i el testador no s'ha pronunciat sobre algun dels aspectes que ha de contenir l'acta fundacional, la seva voluntat podrà ser completada pels executors testamentaris o fins i tot pel Protectorat, sempre que hagi quedat definida, almenys, la finalitat que hom pretén assolir (arg. *ex art.* 3.2 LF, que ha de considerar-se aplicable a la constitució d'un fons especial).

Les estipulacions que han de figurar, si escau, en l'acta de constitució o en el testament són les següents:

— *La denominació del fons* (lletra a). Els constituents del fons poden assignar a aquest una denominació, tot i que no és imprescindible fer-ho, ja que els béns del fons tenen un titular —la fundació adquirent— que actua en el tràfic amb la seva pròpia identitat. L'assignació d'una denominació al fons, tanmateix, ajuda a visualitzar l'efecte d'afectació patrimonial, a donar coneixement de la finalitat de destinació dels béns i del seu compliment, a fer avinent l'origen de la liberalitat i, si així ho vol el fundador, a perpetuar la seva memòria. Encara que, en un fons especial, el nom no sigui un instrument dirigit a permetre l'actuació en el tràfic (atès que el fons no disposa de capacitat d'obrar), té indubtablement relleu jurídic i, per tant, caldrà verificar que no indueixi a error respecte a la naturalesa jurídica del fons (de fet, seria recomanable que hi figurés la paraula *fons*) i que no coincideixi amb el nom d'un fons preexistent o s'hi assembla tant que generi confusió (arg. ex art. 7 de la Llei 7/1997, d'associacions).²⁰

— *Els fins per als quals es constitueix el fons* (lletra b). D'acord amb l'article 40.1 LF ja esmentat, els fins dels fons han de coincidir amb els fins de la fundació. Per tant, han de ser d'interès general i les activitats que es duguin a terme per al seu compliment han de beneficiar col·lectius genèrics de persones (art. 4 LF).²¹ Tot i que la Llei exigeix que hi hagi coincidència de fins, aquest requisit no pot interpretar-se de manera estricta; els fins del fons i de la fundació poden estar definits amb un nivell de concreció molt diferent i s'ha de considerar suficient que uns i altres siguin compatibles.

— *Els béns i els drets destinats a finançar el fons i la forma en què es fa o es farà l'aportació* (lletra c). De manera paral·lela a allò que estableix l'article 7.1d de la Llei, en l'acta de constitució del fons s'han de descriure els béns i els drets que han d'integrar la dotació inicial del fons s'hi ha de fer constar a qui pertanyen, s'han de valorar (si no es tracta de diners) i s'hi ha d'indicar com es fa o es farà la seva aportació. Naturalment, hom pot aportar també altres recursos no dotacionals per al finançament de les activitats inicials. El més freqüent serà que l'aportació es materialitzi en el mateix acte i quedi formalitzada en l'escriptura de constitució, però això no és essencial: com he dit més amunt, és possible que s'hagi fet prèviament i que, per tant, la fundació sigui ja propietària dels béns o diners del

20. A banda d'això, cal tenir també en compte l'existència de mecanismes jurídics de defensa del nom civil de les persones —en cas que una altra persona en faci un ús indegut— i de protecció dels signes d'identificació en l'àmbit mercantil.

21. Pel que fa al concepte de *fi d'interès general*, que no desenvolupo en aquest treball, vegeu J. FERRER RIBA, «Les finalitats fundacionals: la seva naturalesa, compliment i modificació», a ÀREA DE DRET CIVIL DE LA UNIVERSITAT DE GIRONA (coord.), *Les persones jurídiques...*, p. 138-143, i P. SALVADOR CODERCH i J. C. SEUBA TORREBLANCA, «Fundaciones, interés general y títulos de aportación (I)», a *La Ley*, núm. 4467 (28 de gener de 1998), p. 4-6.

fons (*cf.* art. 9.1 LF), o que es faci més endavant (com preveu expressament la norma que comento ara). Igual que en la constitució d'una fundació amb personalitat, la dotació inicial es pot aportar íntegrament en ocasió de la constitució del fons o d'una manera successiva (*ex art.* 8.1 LF, aplicable per remissió). En cas que la dotació inicial es faci efectiva de manera fraccionada, l'acta ha de precisar els béns i drets que seran aportats amb posterioritat i la data o les dates en què es complirà aquest compromís, que esdevé una obligació jurídicament exigible.

— *La durada del fons o la declaració del seu caràcter indefinit* (lletra *d*). La Llei permet que un fons especial, com també una fundació (*cf.* art. 11.1*b* LF), sigui constituït per un temps determinat, transcorregut el qual es produirà la seva extinció automàtica (*arg. ex art.* 45.1*a* LF), llevat que les parts en convinguin la pròrroga. Si no es pacta el contrari, l'establiment d'un termini de durada priva les parts de la facultat d'extinció unilateral del fons que els reconeix l'article 42 LF. L'admissió dels fons temporals facilita la utilització d'aquesta tècnica per a dur a terme programes d'actuació plurianual de durada limitada que requereixin, per al seu compliment, el consum (i no la inversió) dels béns i diners disponibles. Aquesta mena d'actuacions, a vegades, han d'anar precedides d'un període d'acumulació de recursos, que es pot instrumentar —sempre que es respectin els límits de l'article 33.3 LF— per mitjà de la constitució d'un fons.

— *Les causes especials d'extinció i la destinació del romanent* (lletra *e*). La inclusió de causes especials d'extinció en l'estatut del fons és facultativa, com també la indicació de l'aplicació que s'ha de donar al romanent dels béns, ja que, si no s'ha previst res, entra en joc directament l'article 46 LF (que, en tot cas, opera com a límit). Tenint en compte, però, que la regulació legal de l'extinció dels fons és molt incompleta, és recomanable precisar-ne les causes de manera exhaustiva (àdhuc aquelles que es podrien considerar, en aplicació analògica de l'article 45 LF, causes legals), establir el procediment d'extinció i adoptar previsions per a evitar l'aplicació incondicionada del règim legal de destinació del romanent (art. 46 LF), que en molts casos pot ser inadequat (*cf. infra* 5.2*c*).

Al marge d'aquesta llista de clàusules, els constituents d'un fons poden establir *tota mena de previsions o pactes referents a l'administració i el funcionament del fons*. Aquestes estipulacions poden regular, entre d'altres, els aspectes següents: l'establiment de mecanismes privats, addicionals als administratius, de supervisió i rendició de comptes; la participació dels aportants o d'altres persones en la presa de decisions relacionades amb l'aplicació dels recursos a les finalitats del fons i la determinació dels beneficiaris; els criteris que han de seguir-se respecte de la realització d'augment de la dotació; el procediment de modificació de les regles d'organització i de funcionament del fons, com també de la seva finalitat; les limitacions o prohibicions per a fer actes d'alienació o de gravamen

dels béns de la dotació que es considerin oportuns, i l'establiment de criteris per a quantificar les despeses d'administració del fons que la fundació pot imputar en cada exercici al patrimoni del fons.²²

b) La inscripció del fons en el Registre de Fundacions

La constitució d'un fons especial s'ha d'inscriure en el Registre de Fundacions (art. 49e LF). A desgrat de la manca de claredat d'aquest precepte, que es limita a dir que «s'ha de deixar constància» en el Registre dels actes que s'hi indiquen, aquesta constància ha de tenir lloc per mitjà d'una inscripció,²³ que ha de sol·licitar la fundació adquirent del fons en compliment d'una de les obligacions que ha assumit, però que també poden demanar la resta d'atorgants de l'acta o, en els fons *mortis causa*, els hereus i els executors testamentaris. Per mitjà de la inscripció, el Protectorat exerceix una funció qualificadora i pot denegar l'accés de l'acta al Registre si no compleix els requisits legals o no conté totes les dades que exigeix la llei (vegeu el núm. 18 de la Instrucció²⁴). La resolució de la sol·licitud és competència del titular del Departament de Justícia (art. 52 LF) i contra la seva decisió es pot recórrer en via contenciosa administrativa (núm. 57 de la Instrucció). Si cap de les persones que tenen el deure de promoure la inscripció compleix aquesta obligació, l'omissió pot ser suplerta pel Protectorat mateix (arg. *ex art.* 3.2 LF).

La Llei no es pronuncia sobre la funció que compleix la inscripció registral respecte dels fons especials. Segons la meua opinió, constitueix un requisit formal *ad substantiam* per a la plena eficàcia de la constitució del fons (arg. *ex art.* 6.2 LF, del qual es pot desprendre un principi general que enllaça la producció d'efectes de destinació fundacional amb la inscripció registral). Tanmateix, no crec que la manca d'inscripció del fons determini *ipso iure* la ineficàcia de l'atribució patri-

22. Durant la tramitació parlamentària de la Llei es va presentar una esmena, la núm. 143 del grup parlamentari Popular, que incloïa dins de les clàusules que podien figurar en l'acta constitutiva d'un fons «les regles per a l'administració dels béns que l'integren i per a l'aplicació dels seus rendiments a les finalitats pactades, si escau» (BOPC núm. 172, d'11 d'abril de 2001, p. 33). Com en el cas de l'esmena citada en la nota 19, la ponència va recomanar l'adopció de l'esmena, però després, inexplicablement, aquesta no va aparèixer recollida ni en la redacció del text de l'article proposat per la ponència mateixa ni en el dictamen de la Comissió (*ibidem*, p. 58).

23. Així ho entén també el Protectorat, com es pot veure en els formularis que posa a la disposició de les persones interessades a fer diversos tràmits relatius a les fundacions, incloent-hi el d'inscripció de fons especials (<http://www.gencat.es/justicia/dgdej/funda.htm>).

24. Instrucció per a l'organització i el funcionament del Protectorat de la Generalitat sobre les fundacions privades de Catalunya, aprovada pel Decret 37/1987, de 29 de gener (DOGC núm. 807, de 23 de febrer).

monial feta a favor de la fundació. Això dependrà, en cada cas, de com s'hagin configurat el contracte o la disposició testamentària, de la interpretació de la voluntat de les parts i dels efectes que la llei vincula a l'incompliment de càrregues:

— En la constitució entre vius, les parts són lliures d'establir allò que considerin oportú i, concretament, de condicionar l'eficàcia del contracte o de la donació —de manera suspensiva o resolutòria— a la inscripció registral i a la conseqüent producció dels efectes de destinació típics d'un fons especial. Si la inscripció no ha estat posada com a condició, no sembla que la seva denegació hagi de determinar la ineficàcia del negoci com a títol adquisitiu, sinó només la possibilitat d'exercir la facultat de resoldre'l o, si s'ha volgut configurar com a donació, la de revocar-la per incompliment de la càrrega (art. 647 CC).

— En la constitució per causa de mort no és possible sotmetre la delació de l'herència o el llegat a la condició suspensiva de la inscripció del fons, perquè la sol·licitud d'inscripció pressuposa l'acceptació prèvia del títol successori. Si es tracta d'un llegat i el causant vol garantir que els béns seran restituïts als seus familiars o a altres persones en cas que no arribi a bon fi la constitució del fons projectada, pot establir una condició resolutòria *ad hoc* (art. 262.I CS). Aquesta possibilitat no hi és si els béns es transmeten a la fundació a títol d'herència (art. 154.I CS), però el causant pot ordenar una substitució fideïcomissària condicional per a aconseguir efectes equivalents. El més aconsellable, però, com he indicat, és no designar la fundació com a hereva, confiar la constitució del fons a un o més marmessors universals i formular previsions explícites per al cas que resulti impossible complir la voluntat de destinació. Si s'empra aquesta tècnica, no hi ha el perill que s'entengui vulnerat el principi *semel heres, semper heres* (cf. també art. 135 CS, que estableix un efecte de caducitat de la institució de confiança si el seu compliment esdevé impossible).

3. RÈGIM ECONÒMIC I DE COMPLIMENT DE FINALITATS

3.1. LA DOTACIÓ DEL FONS ESPECIAL

Són aplicables als fons especials regulats per la Llei 5/2001 les disposicions legals relatives a les dotacions (art. 41.2 LF). Aquesta remissió legal es pot interpretar com una *reserva de la tècnica del fons especial per als fons de dotació*, és a dir, aquells en els quals l'aportació inicial de béns es fa, del tot o almenys en part, amb el caràcter de dotació i, per tant, amb subjecció a les regles d'administració i de disposició pròpies d'aquest tipus de béns (art. 39 LF). Si es fa una interpretació estricta de la Llei, doncs, no sembla que es puguin constituir

fons sense dotació, finançats exclusivament a càrrec de les aportacions que puguin anar fent el constituent o terceres persones, i no a càrrec dels rendiments dels béns dotacionals. Tanmateix, seria preferible adoptar, en aquest aspecte, un criteri més flexible i permetre també la constitució d'aquest segon tipus de fons, que pot resultar més idoni que un fons de dotació per a l'execució de programes d'actuació plurianual, de durada limitada, susceptibles de ser finançats amb aportacions periòdiques (p. ex., de mecenatge empresarial) que els constituents s'hagin compromès a fer a mesura que el programa es vagi executant.²⁵ L'admissió de fons sense dotació —o, si es vol, amb una dotació reduïda, inadequada per si mateixa per a complir les finalitats del fons— permetria també l'ús de la tècnica del fons especial per a una activitat que li pot escaure particularment: *la promoció de subscripcions o col·lectes públiques amb finalitats d'interès general* (actualment regulada, pel que fa a la responsabilitat dels promotors, en l'article 11.4 de la Llei 7/1997, de 18 de juny, d'associacions).

Si no s'admeten els fons sense dotació, és fàcil imaginar que la discussió sobre la viabilitat jurídica de molts fons especials girarà a l'entorn del *requisit de la suficiència de la dotació per a complir les activitats previstes del fons*. Els articles 5 i 8 LF, d'una banda, i l'article 10 LF, de l'altra, aborden aquesta qüestió des de perspectives diferents: els dos primers posen èmfasi en el requisit de la suficiència de la dotació inicial (art. 5 i 8 LF) i el tercer, en canvi, lliga la viabilitat d'una fundació a la suficiència dels mitjans financers, amb independència del seu origen (*cf.* art. 10 LF: «[...] tant si es tracta dels rendiments de béns o drets, com d'una activitat lícita, o de donacions o subvencions»). Si hem de fer cas a la voluntat de facilitar la constitució de fundacions no dotacionals que suposadament ha animat el legislador (com es llegeix en la declaració d'intencions que s'exposa en el preàmbul de la Llei), ha de donar-se prevalença al criteri expressat en l'article 10 LF. Aquest criteri —que és continuista amb la pràctica que ha seguit el Protectorat en aplicació de la Llei 1/1982— és encara més adient respecte d'un fons especial, perquè, en aquest cas, les conseqüències d'una insuficiència eventual de recursos poden haver estat previstes i pactades anticipadament amb la fundació que n'adquireix els béns.

La dotació d'un fons especial pot consistir en béns i drets de tota mena, valorables econòmicament i susceptibles de ser aplicats al compliment de les finalitats previstes, sigui *in natura* o sigui per mitjà de la seva explotació fructífera

25. Aquesta modalitat de fons és admesa, en canvi, en la pràctica fundacional de la Fundació de França. La fundació sense dotació funciona gràcies a les aportacions periòdiques del donant o de tercers, que han de tenir lloc durant almenys tres anys i han de tenir un import acumulat mínim de cent seixanta mil euros.

(cf. art. 5 LF). Les aportacions poden ser de diners, béns mobles, béns immobles, drets reals, drets de crèdit o àdhuc establiments. Un fons es pot dotar, per exemple, amb béns d'interès històric, artístic o cultural destinats a la seva conservació i exposició; amb un capital destinat a l'obtenció de rendes per a la seva erogació en forma de premis, beques o ajuts de qualsevol mena, o fins i tot amb un establiment que tingui una projecció d'interès general per raó de la pròpia activitat (arg. ex art. 36a LF).

Pel que fa al títol i les condicions de l'aportació de béns a un fons, no crec que es pugui qüestionar la licitud de les aportacions en ús i de les aportacions subjectes a condicions o terminis resolutoris, que era ja admesa —segons una opinió doctrinal consolidada— en la legislació de 1982,²⁶ sense que la Llei 5/2001 hagi introduït, almenys aparentment, cap novetat sobre això. La destinació forçosa del patrimoni romanent a favor d'entitats públiques o sense ànim de lucre (art. 42 i 46 LF) comporta la *il·licitud de les clàusules de reversió del patrimoni d'un fons especial a favor dels aportants, els seus successors o terceres persones* (criteri plausible si es té en consideració que aquest patrimoni s'ha beneficiat d'incentius fiscals i pot haver augmentat gràcies a donatius i contribucions desinteressades de tercers), però *no afecta la facultat d'aportar-hi béns o drets a títol d'ús o amb subjecció a terminis o condicions resolutoris*, previsió que pot ser particularment adequada en els fons de caràcter temporal. En darrer terme, el Protectorat haurà de valorar en cada cas si l'aportació de béns a títol d'ús o subjecta a alguna clàusula resolutòria o reversional és inadequada o insuficient, conjuntament amb la resta de recursos disponibles, per al finançament de les activitats fundacionals projectades durant el període de durada del fons (art. 10 LF).²⁷

La dotació inicial es pot incrementar per dues vies:

— Per mitjà d'aportacions addicionals fetes per la persona o les persones que van constituir el fons o, fins i tot, si aquests no ho van prohibir, per terce-

26. Vegeu L. PUIG FERRIOL, «El patrimonio fundacional en la Ley de fundaciones catalanas», a *ADC*, 1983, p. 1654-1655. Amb caràcter general, en el dret espanyol, vegeu P. SALVADOR CODERCH i J. C. SEUBA, «Fundaciones... (II)», a *La Ley*, núm. 4468 (29 gener 1998), p. 4-7; I. TRAPIELLA NIETO, «Destino de los bienes de las fundaciones extintas. Su posible reversión», a A. REAL PÉREZ (dir.), *Constitución y extinción de fundaciones*, València, Tirant lo Blanch, 1999, p. 263-302; J. L. PIÑAR MAÑAS i A. REAL PÉREZ, *Derecho de fundaciones y voluntad del fundador*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2000, p. 157-166.

27. El model de balanç de situació que figura com a annex en l'Ordre de 28 de juny de 2001, per la qual s'aproven els impresos per a la presentació dels comptes anuals de les fundacions (DOGC núm. 3428, d'11 de juliol), incorpora, en el seu actiu, un compte en el qual consten els drets sobre béns cedits en ús i, en el seu passiu, un compte de fons de reversió en el qual s'ha de reconstruir el valor econòmic de l'actiu reversible.

res persones (art. 8.2 LF). Aquests augments de dotació poden tenir lloc pels mateixos títols que la dotació inicial i han de ser acceptats per la fundació titular del fons.

— Per la fundació titular del fons, en exercici de la seva facultat de qualificar determinats béns com a dotacionals (art. 8.3 LF). Aquesta facultat haurà d'exercir-se en els termes convinguts o establerts en l'acta constitutiva del fons, que hauran de respectar la regla d'aplicació obligatòria de rendes de l'article 33.1 LF. Si no s'hagués previst res, la fundació podrà augmentar la dotació discrecionalment, basant-se en el fonament legal de l'article 33.1 mateix.

Els béns que integren la dotació del fons especial estan subjectes a les regles sobre disposició, deure de reinversió i subrogació real pròpies d'aquest tipus de béns:

— Tant si estan destinats *in natura* al compliment de les finalitats del fons —perquè la seva naturalesa ho permet o ho requereix— com si ho estan per mitjà de la seva explotació fructífera, els béns només poden ser alienats a títol oneros i en les condicions establertes pels constituents del fons, condicions que s'han de respectar també —encara que l'acta de constitució no digui res sobre això— si la fundació pretén constituir càrregues i gravàmens sobre els béns (art. 39.1 LF). A diferència de l'antic article 4.1 de la Llei 1/1982, l'article 39 no preveu que el Protectorat pugui dispensar l'observança d'aquestes condicions imposades pel constituent del fons: l'única via per eludir-ne l'eficàcia és promoure la modificació de les regles del fons (v. *infra* 5.1).

— El producte que s'obté d'un acte d'alienació de béns dotacionals s'ha de reinvertir en millores de béns del fons o en l'adquisició d'altres béns o drets susceptibles d'aprofitament *in natura* o d'inversió, els quals queden subrogats en el lloc dels alienats (art. 39.2 LF). El Protectorat, però, pot eximir de la reinversió i, per tant, permetre el consum de part de la dotació (art. 39.3 LF) sempre que concorri una causa justificada.

3.2. L'ADMINISTRACIÓ DEL FONS COM A PATRIMONI SEPARAT: ABAST I LÍMITS DE LA SEPARACIÓ

L'administració dels fons especials està condicionada per la seva naturalesa de fons de dotació i, per tant, per la necessitat de respectar el vincle d'afectació duradora que recau sobre els béns. D'aquesta manera, la fundació afectatària ha de vetllar per la realitat de la dotació del fons (arg. *ex art.* 15.2 LF), ha de conservar els béns que la integren o els que s'han subrogat en lloc d'aquests i, segons escaigui a la qualitat dels béns, els ha d'aplicar *in natura* al compliment de

les finalitats o ha de procurar-ne la productivitat, a fi d'obtenir uns rendiments que siguin suficients per a complir les finalitats del fons (arg. *ex art. 20b LF*). Els deures i les facultats que conformen el règim d'administració d'un fons dependran del que s'hagi establert en l'acta de constitució i poden variar substancialment segons la voluntat de les parts, la naturalesa i el valor dels béns afectats i el tipus de destinació que es pretengui assolir. A falta de clàusules estatutàries que ho modulin, s'hauran de prendre com a referència els estàndards de diligència i lleialtat i la resta de drets i deures típics d'una administració fundacional (cfr. art. 20 LF).

El silenci de la Llei fa particularment difícil escatir si els béns d'un fons especial han de ser objecte d'una administració separada respecte de la resta del patrimoni fundacional i, si és el cas, com s'ha d'organitzar aquesta administració i quin abast té l'efecte de separació patrimonial. Podem abordar l'anàlisi d'aquesta qüestió per parts:

— 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 (p. ex., augments de dotació, donatius, ingressos per serveis) i de decrement (p. ex., despeses d'explotació, d'administració, de compliment de càrregues, de compliment de les finalitats) i s'hi produeixen efectes de subrogació real (art. 39.2 LF). 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 (cf. l'art. 42 LF, que empra l'expressió *patrimoni del fons*).

— L'efecte de separació patrimonial que genera la constitució d'un fons condiciona el règim d'administració dels béns, en la mesura que la fundació ha de poder acreditar que ha complert, d'acord amb la llei i amb els estatuts del fons, els deures esmentats abans de conservació i, si escau, d'increment de la dotació, d'explotació dels béns i d'aplicació dels rendiments nets al compliment de les finalitats. Això pot requerir, segons els casos, complir el deure d'inventariar els elements patrimonials del fons (art. 29.1 LF), identificar en el balanç els béns i drets que formen part de la seva dotació (art. 29.2a LF) i comptabilitzar els ingressos, les despeses i els resultats de cada exercici de manera separada.

— A les exigències anteriors, de naturalesa bàsicament formal o comptable, s'hi pot afegir, en alguns casos, el *deure de segregat físicament els béns i d'administrar-los de manera separada*. Aquest és un dels deures típics de l'administrador fiduciari en el dret clàssic de *trusts* (*duty to separate and earmark trust property*): 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.²⁸ Tot i que, com comentem després, el fons especial no és immune a l'acció dels creditors de la fundació —i, per tant, no cal separar-ne els béns a l'efecte de fer valer una limitació eventual de responsabilitat—, en molts casos pot ser recomanable, per les altres raons esmentades abans, establir que els béns del fons —o alguns d'aquests— siguin administrats de manera separada. De fet, el deure d'administració separada pot ser, en alguns casos, consubstancial a la naturalesa i la composició dels béns (p. ex., si es tracta de béns d'interès històric, artístic o cultural que hagin de destinar-se en espècie, o d'un establiment que operi com una unitat econòmica): aleshores es tracta d'un deure exigible àdhuc sense necessitat de pactar-lo.

— L'obligació de dur a terme una administració separada no té, però, caràcter imperatiu: en particular, llevat que s'hagi estipulat el contrari, *no és necessari dipositar els diners i els valors en comptes bancaris separats o invertir-los al marge de la resta de béns de la fundació*. Un dels avantatges de la tècnica del fons especial és, precisament, que possibilita que els actius d'un fons puguin ser invertits conjuntament amb els d'altres fons o amb els del patrimoni general de la fundació, a fi d'assolir economies d'escala en la gestió financera (amb l'estalvi de costos consegüent) i de repartir millor els riscos gràcies a la major diversificació de les inversions. Aquesta modalitat d'administració es pot articular —tal com es fa en les fundacions dotacionals creades sota els auspicis de la Fundació de França— constituint una caixa comuna (en la qual s'inclouï la dotació de la fundació titular dels fons i la de tots aquests) i assignant a cada fons especial un nombre de participacions en funció del valor de la dotació aportada i del valor dels béns i drets que integren la caixa comuna en aquell moment. Les rendes produïdes cada any aleshores es repartiran entre tots els partícips en el cabal comú, a prorrata del nombre de participacions atribuïdes a cada fons, amb un descompte en concepte de despeses de gestió.²⁹

28. Quant al deure de separació patrimonial, en el dret de *trusts* dels Estats Units, vegeu *Restatement (Second) of Trusts*, § 179 (1959), i el seu comentari a G. BOGERT i G. BOGERT, *The Law of Trusts and Trustees*, cap. 29, § 596 (2a ed. revisada i actualitzada l'any 2001), West Publishing Co. Val a dir, però, que la regla tradicional del *common law* té en l'actualitat restriccions i excepcions molt rellevants, sobretot en l'àmbit de les institucions d'inversió col·lectiva.

29. Respecte d'aquest sistema d'administració en el si de la Fundació de França, vegeu E. BARON i X. DELSOL, *Les fondations...*, p. 228-229, i també la informació subministrada per la Fundació mateixa a www.fdf.org. La Fundació de França admet el pacte d'administració separada si el constituent vol que els béns siguin gestionats per l'establiment que ell esculli o siguin conservats *in natura*, però posa com a condició que el valor de la dotació superi la xifra d'1.600.000 euros.

— Els deures de comptabilitzar i, quan escaigui, administrar separatament els recursos econòmics d'un fons especial no determinen, però, que els seus béns deixin d'estar subjectes, respecte de tercers, a la responsabilitat de les obligacions —de qualsevol origen— concretes per la fundació titular. La naturalesa especial del vincle de destinació que recau sobre els béns i drets d'un fons no altera, a falta d'una declaració legal a aquest efecte, la seva subjecció a les conseqüències de la responsabilitat patrimonial universal (art. 1911 CC).³⁰ L'elaboració de la dogmàtica de la fundació no autònoma en el dret europeu continental, particularment a Alemanya, s'ha caracteritzat per l'esforç a argumentar que els efectes de la separació patrimonial s'estenen a la limitació de la responsabilitat, reproduint d'aquesta manera, en la fundació no autònoma, els efectes propis d'un *trust*.³¹ Tanmateix, aquesta pretensió, com ha posat en relleu la millor doctrina, és inviable: si l'aportació dels béns es configura com una transmissió fiduciària susceptible de ser revocada i, per tant, amb conseqüències restitutòries, no es pot evitar que els creditors personals del transmissor se subroguin en l'exercici de la facultat de revocació a fi de recomposar el patrimoni del seu deutor i cobrar els seus crèdits; si es configura com una transmissió a títol lucratiu amb caràcter definitiu —com en el dret català—, només el legislador, amb una declaració expressa, pot impedir l'agressió del patrimoni del fons pels creditors de la fundació.³² Corresponentment, 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.

4. FUNCIONS DE SUPERVISIÓ, PUBLICITAT I SUPLÈNCIA

La regulació dels fons especials no ha estat gens explícita sobre la manera de supervisar el funcionament d'aquests i de reaccionar enfront d'una administració negligent o que no respecti les disposicions legals o estatutàries dels fons. Atès que es tracta d'un vincle de naturalesa fundacional, s'ha d'entendre que correspon al Protectorat de la Generalitat tenir-ne cura i vetllar perquè es compleixin les finalitats del fons i siguin respectades la voluntat de les persones constituents, les disposicions legals i les disposicions contingudes en els estatuts del

30. En aquest mateix sentit, també, els comptes de fundació del dret francès no escapen a la responsabilitat per deutes de la fundació que els administra (E. BARON i X. DELSOL, *Les fondations...*, p. 76).

31. Vegeu, p. ex., A. WESTEBBE, *Die Stiftungstreuhand*, p. 125-151.

32. D. REUTER, *Münchener Kommentar BGB*, tom I, Vor § 80 BGB, Rn 86-97.

fons (arg. *ex art.* 47 LF). Aquesta subjecció a la supervisió administrativa, en les seves diverses manifestacions, és un dels trets distintius més remarcables del règim dels fons especials respecte d'altres formes de destinació d'eficàcia més feble, com la donació o la disposició successòria modals o la càrrega real de destinació, el compliment dels quals no està subjecte, en el dret català, a la supervisió pública (amb l'excepció de l'article 165.II CS, sobre la commutació o la conversió dels modes benèfics o docents).³³

Les competències de control que assumeix el Protectorat sobre els fons especials es fonamenten en les mateixes raons que justifiquen el control respecte de qualsevol fundació: es tracta de *garantir el compliment dels fins d'interès general* (és a dir, de verificar que la destinació que es dona als béns produeix algun benefici a la col·lectivitat, la qual cosa justifica al seu torn el règim tributari privilegiat i els ajuts públics que pot rebre la fundació), de *vetllar per la naturalesa no lucrativa de la gestió fundacional* (naturalesa que genera confiança pública en la fundació i que pot motivar la realització de donatius, la prestació de treball voluntari i la decisió de consumir-ne els serveis o productes)³⁴ i *d'assegurar que es respecti la voluntat dels constituents del fons*.³⁵ S'ha de posar èmfasi en aquesta darrera funció, perquè pot donar-se el cas que una fundació titular d'un fons desvii els seus rendiments o apliqui els seus béns a finalitats diferents de les pactades o establertes en l'acta constitutiva, però que tinguin cabuda dins de les generals de la fundació. En aquest cas, encara que no hi hagi vulneració de l'interès general abstractament considerat, sí que n'hi ha de l'interès dels constituents del fons i, per tant, el Protectorat pot i ha d'actuar per a defensar-lo.

La funció de protectorat, projectada sobre un fons especial, pateix també els mateixos dèficits que té quan s'exerceix sobre una fundació: és un control de legalitat, inadequat per a redreçar una gestió poc dinàmica o per a corregir decisions discrecionals que siguin simplement desencertades però que no constitueixin una negligència en sentit tecnicojurídic i no hagin causat danys quanti-

33. En el dret estatal, la disposició addicional primera del Reglament de fundacions subjecta l'execució de les càrregues duradores imposades sobre béns per a la realització de finalitats d'interès general, a la supervisió del Protectorat de fundacions estatal, que es tradueix en el deure de presentar un pla d'actuació de la càrrega, diversos estudis econòmics i tècnics i, després de cada exercici, una memòria acreditativa del grau de compliment.

34. Aquesta justificació de la funció de protectorat escau més a una fundació que a un fons, el qual difícilment serà destinatari de la confiança pública de manera individualitzada, al marge de la fundació a la qual pertanyi.

35. Sobre la funció de supervisió de les fundacions i les modalitats de control de l'activitat d'aquestes, vegeu J. FERRER RIBA, «Les finalitats fundacionals...», p. 147-160.

ficables. Aquesta limitació es pot compensar amb la facultat que tenen els constituents del fons especial de procedir a l'extinció unilateral d'aquest (*ex art. 42 LF*), la qual esdevé un incentiu molt poderós perquè la seva voluntat sigui respectada i complerta de la manera més eficient possible. A banda d'això, també poden establir-se mecanismes de control de caire convencional: en l'acta de constitució es pot haver previst, entre altres mesures, que la fundació hagi d'informar periòdicament els aportants, hagi de presentar comptes a persones o institucions designades a aquest efecte o hagi de donar publicitat de les activitats que du a terme amb finançament a càrrec del fons. Tanmateix, ni la facultat d'extingir unilateralment el fons ni la possibilitat d'articular mesures privades de control, deslegitimen o excusen el Protectorat de l'exercici de les seves funcions, perquè el seu fonament rau primordialment en la tutela de l'interès general que els béns afectes han de contribuir a satisfer i, per tant, no s'exhaureix amb la protecció de la voluntat dels constituents del fons.

L'actuació administrativa respecte dels fons especials es tradueix en l'exercici de funcions de control, de publicitat i de suplència:

— En exercici de les seves *funcions de control*, el Protectorat ha de resoldre les sol·licituds d'inscripció registral dels actes de constitució, modificació i extinció dels fons (*art. 48a LF*) i, consegüentment, ha de verificar el compliment dels requisits legals propis de cadascun d'aquests actes. Li correspon també supervisar el compliment de les obligacions legals i les obligacions establertes en l'acta de constitució dels fons (*arg. ex art. 48e LF*), particularment les de conservació de la dotació, d'aplicació obligatòria de les rendes i altres ingressos, i de compliment de les finalitats. Finalment, ha de tramitar les autoritzacions per a realitzar aquells actes relatius a la gestió patrimonial o a la destinació dels béns d'un fons que ho requereixin d'acord amb la llei (*cf. art. 33.3, 38.2, 39 i 46.1 LF*).

El control de la gestió econòmica i del compliment de les finalitats dels fons especials es du a terme principalment per mitjà de l'examen dels comptes anuals que han de presentar les fundacions que en siguin titulars. Segons l'Ordre de 28 de juny de 2001, per la qual s'aproven els impressos per a la presentació dels comptes anuals de les fundacions (DOGC núm. 3.428, d'11 de juliol), s'han de fer constar en la memòria anual (*apt. 14*) els moviments dels fons especials (constitució, ampliacions, disminucions, extinció i destinació dels béns). A banda d'això, entenc que, en aplicació de l'article 29.2a LF, és necessari que s'especifiquin amb claredat, per mitjà de comptes *ad hoc* en el balanç de situació de la fundació, els béns o els elements que s'inclouen en les dotacions dels seus fons especials o que són finançats amb aquestes dotacions (*art. 29.2a LF*).

— Pel que fa a les *funcions de publicitat*, el Registre de Fundacions ha de deixar constància, per mitjà de la seva inscripció, dels actes de constitució, mo-

dificació i extinció dels fons especials (art. 49e LF), inscripció que les fundacions titulars d'aquests estan obligades a sol·licitar.

— Les *funcions de suplència* del Protectorat respecte dels fons especials es limiten, molt probablement, a promoure l'atorgament de l'acta de constitució del fons que s'hagi ordenat per causa de mort en substitució de les persones encarregades pel causant de fer-ho si no compleixen el seu deure per qualsevol causa (arg. *ex art.* 3.2 LF) i a ordenar la modificació de les regles del fons o adoptar altres mesures pertinents si es donen les circumstàncies de l'apartat 3 de l'article 14 LF i les parts implicades no actuen en conseqüència (l'aportant o els aportants de béns o la fundació propietària del fons, segons escaigui).

L'incompliment o el compliment negligent de les obligacions legals o estatutàries respecte d'un fons, fonamenta, si s'han produït danys i perjudicis en el seu patrimoni, l'exercici d'una *acció de responsabilitat contra els patrons de la fundació titular del fons* que es regirà per l'article 21 LF pel que fa a la legitimació activa i a les condicions d'imputació de responsabilitat. L'acció de responsabilitat pot ser exercida per la fundació titular del fons, per qualsevol patró, pel Protectorat i possiblement també, en la mesura que són una «persona legitimada d'acord amb les lleis», per les corporacions, les associacions o els grups que acreditin que poden resultar afectats pel perjudici patit pel fons, ja que gaudeixen de legitimació per a la defensa d'interessos col·lectius (*cf.* art. 7.3 LOPJ). L'objecte de l'acció és obtenir una condemna a indemnitzar pels danys i perjudicis causats als béns o drets del fons i, si escau, cessar els patrons responsables; en cas que no s'hagi produït un dany cert i avaluable econòmicament però es pugui acreditar la negligència o l'incompliment d'obligacions, es podrà exercir l'acció només amb aquesta segona petició (arg. *ex art.* 24.1d LF).

L'article 21.3 LF exclou el fundador del cercle de persones legitimades per a demanar responsabilitat, i d'això es pot deduir que tampoc no estan legitimades, en interès del fons, les persones que van constituir-lo, llevat que s'haguessin reservat aquesta facultat. No hi ha cap raó d'ordre públic per a restringir l'exercici de l'acció de responsabilitat a les persones que indica l'article 21.3 i, per tant, s'ha d'admetre que les persones que han aportat béns o drets es poden reservar, per a si mateixes o per a altres persones, una legitimació d'aquest tipus. Si no ho fan, els seus drets queden reduïts, si escau, a la facultat d'extingir el fons i de destinar el patrimoni romanent a finalitats d'interès general per mitjans alternatius (facultat que poden exercir de manera discrecional, encara que no hi hagi causa per a demanar responsabilitat).

5. ALTERACIONS ESTRUCTURALS I EXTINCIÓ DELS FONTS ESPECIALS

5.1. LA MODIFICACIÓ DE L'ESTATUT DE DESTINACIÓ DELS FONTS: PRESSUPÒSITS I PROCEDIMENTS

Com confirma l'article 49e LF, els fons especials es poden modificar. La modificació a la qual es refereix aquest precepte —que n'ordena la constància en el Registre— pot afectar qualsevol de les regles que formen allò que abans he qualificat d'*estatut de destinació del fons* (vegeu *supra* 2.3): la denominació, la finalitat del fons i la manera de complir aquesta finalitat, incloent-hi el procediment i els criteris per a la determinació dels beneficiaris, la durada, les regles —si hi fossin— sobre administració i disposició dels béns, capitalització dels excedents, càlcul i imputació de despeses, els deures *inter partes* d'informació o de rendició de comptes, les causes d'extinció i la destinació del romanent.

No crec, en canvi, que s'hagin de qualificar de *modificació del fons* les variacions en la composició patrimonial d'aquest que es puguin produir arran de la pràctica d'augmentos o de reduccions de dotació, encara que comportin una alteració de les dades contingudes en l'acta de constitució (art. 41.1c LF). Aquestes variacions no condicionen normativament el vincle de destinació dels béns afectats i, per tant, no estan subjectes al procediment de modificació de les regles estatutàries. Tampoc no gaudeixen de la publicitat que dona el Registre de Fundacions i en queda només constància en la documentació econòmica que ha de presentar anualment la fundació.

La Llei ha omès tota referència als pressupòsits i al procediment per a la modificació dels fons especials. En principi, sembla raonable aplicar, *mutatis mutandis*, el règim establert en l'article 14 LF per a la modificació dels estatuts d'una fundació: els actes de modificació estatutària, com la resta d'actes d'alteració estructural d'una fundació, incideixen necessàriament en l'administració i la destinació dels seus béns, i, per tant, les disposicions que els regulen formen part —en un sentit ampli— del règim de la dotació, que és aplicable als fons per remissió (art. 41.2 LF).

Aplicant, doncs, l'article 14 LF als fons especials, trobem dos procediments de modificació:

— D'acord amb el primer apartat d'aquest article, la modificació de les regles d'un fons especial pot ser acordada pel patronat de la fundació que en sigui titular i ha de ser aprovada pel Protectorat perquè tingui eficàcia plena. El patronat té el deure de *justificar que la modificació és convenient* per a la subsistència del fons o per a fer més efectiu el compliment de les seves finalitats, i hau-

rà d'haver ponderat la voluntat de les persones que el van constituir. Per la seva part, les facultats de fiscalització del Protectorat són limitades, perquè *només es pot oposar a la modificació per tres causes: a) perquè el constituent la va prohibir, b) per raons de legalitat i c) perquè la modificació acordada s'aparta de la voluntat dels constituents en una sèrie de punts que el precepte mateix especifica (el nom, les finalitats, l'aplicació dels recursos, la destinació dels béns sobrants o la composició del patronat*³⁶). Naturalment, els constituents del fons poden ampliar aquesta llista de matèries que podríem qualificar d'*alta sensibilitat* —des de la perspectiva del deure de respectar la voluntat fundacional— o poden reduir-la, fent consegüentment més àgil el procediment de modificació. També poden pactar que la fundació pugui modificar unilateralment les regles del fons en determinades circumstàncies.³⁷

— D'acord amb el tercer apartat, el Protectorat també pot ordenar la modificació del fons si *s'ha produït un canvi de circumstàncies que impedeix que es duguin a terme les activitats estatutàries* i el patronat de la fundació no ha promogut la modificació voluntàriament, després d'haver estat requerit a aquest efecte. Quan se segueix aquest procediment, la modificació s'ha de dirigir a restablir la possibilitat de complir les finalitats del fons (encara que sigui de manera diferent a la prevista pels constituents) o, si això no fos possible, a modificar la finalitat mateixa i a establir-ne una altra que tingui la màxima semblança amb aquella que havien previst els fundadors. Així doncs, aquest procediment de modificació (a diferència de l'anterior) permet apartar-se de la voluntat fundacional expressada en l'acta constitutiva del fons, atesa la gravetat de la situació que l'ha fet necessari. Nogensmenys, si el constituent o els constituents haguessin prohibit expressament la modificació del fons, caldria procedir a l'extinció d'aquest (arg. *ex art. 45.1c LF*).

La naturalesa contractual de la constitució dels fons especials, quan aquesta té lloc *inter vivos*, suscita el dubte de si s'han d'admetre les modificacions bilaterals, acordades —a manera de pacte novatori— entre les dues parts consti-

36. En principi, les regles de constitució d'un fons no han de pronunciar-se sobre la composició de cap patronat, perquè l'administració d'aquest es confia a la fundació adquirent, que té el seu propi òrgan de govern, regulat pels seus estatuts. Una qüestió diferent és que, ocasionalment, pugui aprofitar-se la constitució del fons per a modificar els estatuts de la fundació receptora dels béns (p. ex., fent lloc en el patronat a una persona designada per raó de la seva relació amb el fons adquirent). En aquest cas, per a modificar els estatuts de la fundació caldrà tenir en compte la voluntat dels fundadors i la voluntat expressada en els actes de constitució dels seus fons especials.

37. En la constitució de fons fundacionals en el si de la Fundació de França que hagin de ser objecte d'una administració particularitzada, és típic pactar que la Fundació podrà modificar la modalitat de gestió del fons si, atesa l'evolució de les circumstàncies, la gestió particular esdevé menys efectiva que la gestió en el si del patrimoni comú (vegeu <http://www.fdf.org>).

tients del fons. A diferència del que s'esdevé en la constitució d'una fundació com a persona jurídica, *la voluntat de l'aportant de béns a un fons entre vius segueix essent rellevant al llarg de la destinació d'aquells*, almenys mentre visqui, en la mesura que conserva *ex lege* la facultat d'extingir el fons (art. 42 LF). Si l'aportant de béns a un fons pot extingir-lo, *a fortiori* ha d'estar legitimat per a modificar-lo sempre que arribi a un acord amb l'altra part, la fundació titular del fons (que, no s'ha d'oblidar, habitualment també tindrà una facultat idèntica d'extinció unilateral). En aquest cas, l'acord de modificació —com el de constitució— haurà de ser aprovat pel Protectorat, però aquest només podrà objectar-lo per raons de legalitat (arg. *ex art.* 14.2 LF), és a dir, pel fet que la modificació proposada contravingui el dret imperatiu. De tota manera, ha de quedar clar que la possibilitat de renovar el contracte mitjançant un acord de les parts no preclou, en cap cas, la facultat de modificació unilateral *ex article* 14 LF, que té el seu fonament en la naturalesa fundacional del vincle de destinació creat.

5.2. L'EXTINCIÓ DELS FONTS ESPECIALS

De la regulació dels fons de la Llei 5/2001, l'aspecte més desafortunat és, segurament, el règim de la seva extinció. Ho és per la seva incompletesa —fa un tractament molt parcial de les causes d'extinció i no fa cap esment del procediment per a decretar l'extinció— i també pel simplisme amb què es regulen les seves conseqüències, que la Llei redueix al deure de destinar el romanent aplicant l'article 46. En aquest darrer punt, la Llei fa un cert paral·lelisme —conscient o no— amb les conseqüències de l'extinció d'una fundació, que no sempre s'adiu a la naturalesa dels fons especials ni a les facultats que la llei mateixa dóna per a extingir-los unilateralment.

a) Causes d'extinció

La Llei preveu que en l'acta de constitució del fons es puguin establir causes convencionals d'extinció (*causes especials*, les qualifica l'article 41.1e LF) i, a continuació, en l'article 42, regula també com a causa legal d'extinció —d'abast suposadament general— la declaració de voluntat unilateral de la fundació o del constituent del fons, és a dir, de la persona o les persones que han intervingut en l'acta de constitució aportant-hi béns. Encara que la dicció d'aquest precepte podria portar a creure que aquesta és l'única causa legal d'extinció («A part de les causes convingudes [...]»), en realitat, com veurem, n'hi ha d'altres, que resulten de la pròpia naturalesa del fons com a vincle de destinació de naturalesa fundacional. El

plantejament que fa la Llei és molt desenfocat, perquè tracta la denúncia unilateral com a causa d'extinció del fons, mentre que hauria d'haver estat, si de cas, causa d'ineficàcia sobrevinguda de l'atribució patrimonial a la fundació (però no necessàriament d'extinció del fons), i, per contra, oblida les causes d'extinció d'un fons com a acte de destinació, que hauria d'haver extret de la dogmàtica fundacional (art. 45 LF). Recapitulant, doncs, cal considerar causes d'extinció:

— *L'expiració del termini per al qual el fons va ser constituït* (arg. ex art. 42 i 45.1a), llevat del cas de pròrroga. Poden acordar la pròrroga, sense cap limitació, els constituents mateixos, i, si això no és possible (p. ex., pel fet que algun hagués mort o que el fons s'hagués constituït *mortis causa*), ho pot fer unilateralment la fundació titular del fons, sempre que es donin els requisits per a la modificació estatutària ex art. 14 LF; és a dir, sempre que l'aportant no ho hagués prohibit i que el Protectorat ho aprovi. L'acord de pròrroga s'ha d'inscriure en el Registre de Fundacions (art. 49e i g LF).

— *El compliment íntegre de les finalitats del fons o la impossibilitat de complir-les* (art. 45.1b i c). En ambdós casos —no només en el segon— l'extinció es pot eludir si es modifiquen els estatuts del fons per qualsevol dels procediments comentats abans (vegeu *supra* 5.I), en el sentit d'establir una nova finalitat o de variar la manera de dur-la a terme. La decisió de donar prevalença a la modificació o a l'extinció dependrà de la voluntat dels constituents en el moment en què es plantegi aquesta disjuntiva i, si no poden expressar-la, del que haguessin previst les regles estatutàries sobre aquest punt. Si no s'hagués previst res, s'ha de considerar preferible procedir a la modificació i salvar, d'aquesta manera, la identitat i la pervivència del fons. Cal recordar, però, que la modificació ha de ser aprovada sempre pel Protectorat, que pot fiscalitzar si el fons segueix essent viable amb els recursos amb què encara pugui comptar.

— *L'absorció per un altre fons o la fusió amb diversos fons* (art. 45.1d). Aquestes modalitats d'alteració estructural no han estat previstes per als fons especials, potser per a evitar un detallisme que hauria estat poc justificat atesa la infreqüència previsible d'aquests actes. No hi ha, però, raons per impedir que es puguin dur a terme operacions d'absorció o de fusió entre fons si tots els seus constituents (els aportants i la fundació que els administra) hi consenteixen. Altrament, perquè la fundació ho pugui acordar unilateralment caldrà que en justifiqui la conveniència per a complir millor els respectius fins dels fons afectats, que no hi hagi l'oposició dels constituents, que es ponderi la seva voluntat i que el Protectorat ho aprovi (arg. ex. art. 14 i 43 LF).

— *L'extinció de la fundació titular del fons*. L'extinció de la fundació titular de fons especials, per qualsevol de les causes de l'article 45 LF, determina ineluctablement l'extinció d'aquests, als béns dels quals caldrà donar una nova

destinació. Aquesta destinació no ha de coincidir necessàriament amb la del romanent de la fundació extinta, ja que els estatuts del fons la poden haver previst de manera autònoma.

— *La declaració de voluntat unilateral dels aportants o de la fundació titular del fons* (art. 42 LF). La facultat d'extinció unilateral del fons per part de qualsevol dels qui el van constituir és un dels aspectes més vistents —i opinables— de la regulació legal dels fons especials i n'apropa el règim al dels contractes de gestió patrimonial, que es poden extingir per revocació de la persona que ha donat l'encàrrec i per renúncia del mandatari (art. 1732 CC). La similitud, però, és limitada, perquè l'extinció d'aquesta relació no determina en cap cas la recuperació dels béns pel *dominus negotii*, sinó que determina la destinació d'aquests a fins d'interès general per altres vies, com a conseqüència de l'aplicació imperativa de l'article 46 LF. Aquesta conjunció d'un efecte característic de certs contractes de gestió (la revocabilitat discrecional) amb un altre efecte propi dels actes de destinació finalística (el caràcter permanent de l'afectació) presenta disfuncions i, tal com ha quedat configurada per la Llei, pot desincentivar de manera sensible la constitució de fons especials. Que un fundador pugui revocar unilateralment l'acte de fundar és més aviat insòlit (*cf.* art. 7.2 LF), encara que compti amb algun suport en el dret comparat,³⁸ però encara ho és més que ho pugui fer la part que ha assumit la comesa de complir la voluntat fundacional. L'atribució d'aquesta facultat d'extinció unilateral *ad libitum* a la fundació sembla particularment desafortunada, perquè *frustra l'expectativa típica del constituent d'un fons*, això és, que els béns quedin afectes de manera permanent al compliment de la finalitat de destinació concreta que aquest ha volgut. Es pot replicar, certament, que l'afectació patrimonial a causes d'interès general es manté (*ex art.* 46 LF) a desgrat de l'extinció del fons, però hi ha el risc manifest que el vincle especial de destinació desaparegui i el romanent del fons passi a incrementar, com a mer residu, el patrimoni general d'una altra entitat privada no lucrativa o d'una entitat pública. Aquest risc només es pot evitar per mitjà d'un disseny molt acurat de la clàusula estatutària sobre destinació del romanent i per mitjà d'una interpretació generosa, a favor del fundador, de l'article 46 LF (vegeu més sobre aquesta qüestió *infra* 5.2c).

38. La fundació no autònoma alemanya, si es constitueix per mitjà d'un negoci fiduciari (*Treuhandgeschäft*), es considera revocable, com típicament succeeix en els supòsits de fidúcia *cum amico*. Aquest és, precisament, un dels inconvenients més notables de l'ús d'aquesta tècnica de destinació, al qual s'intenta posar remei amb l'argument —dogmàticament difícil de sostenir— que es pot pactar que l'alienació sigui irrevocable i tingui caràcter definitiu (en aquest sentit, HOF, a W. SEIFART i A. F. VON CAMPENHAUSEN, *Handbuch...*, § 36, Rn 41, p. 528).

L'article 42 LF no ha precisat l'abast d'aquesta facultat de denúncia unilateral. El precepte l'atorga a les dues parts constituents del fons («a voluntat de la fundació o del constituent»), però no aclareix si és transmissible als hereus, si és aplicable als fons constituïts per causa de mort i si és renunciable. La naturalesa fundacional dels fons especials aconsella una interpretació restrictiva del precepte, d'acord amb la qual s'hauria d'entendre que la facultat de denúncia unilateral té naturalesa personal i no és transmissible als hereus, almenys com a regla per defecte. De la mateixa manera, tampoc no sembla que aquesta facultat —que la Llei atribueix amb caràcter recíproc— es pugui fer valer en els fons constituïts per causa de mort,³⁹ llevat que el causant l'hagi atribuït expressament a un marmessor o a una altra persona encarregada de vetllar pel compliment de la seva voluntat. D'altra banda, es pot sostenir amb bons arguments que es tracta d'una norma dispositiva que pot ser objecte d'exclusió en l'acta de constitució: si les parts constituents del fons renuncien a aquesta facultat, no faran altra cosa, de fet, que assimilar el règim d'extinció dels fons al règim ordinari d'una fundació.

— *Altres causes establertes en l'acta de constitució del fons* (art. 41.1e). El causant, en la constitució per causa de mort, i les dues parts constituents del fons —els aportants i la fundació—, en la constitució entre vius, poden fer constar en l'acta de constitució les causes legals d'extinció que acabo de comentar, definir-ne l'abast concret —cosa molt recomanable atesa la vaguetat de la llei— i establir causes extintives addicionals. Es pot establir —per esmentar una causa típica— que el fons s'extingirà en cas que no assoleixi un cert nivell de recursos econòmics (si s'ha constituït amb la previsió que s'hauran de cercar fonts de finançament addicionals per a desenvolupar les seves activitats) o, de manera similar, en cas que el patrimoni del fons caigui per sota d'una certa quantia que en faci econòmicament inviable la gestió en règim de fons especial.

b) Procediments d'extinció

El procediment d'extinció d'un fons dependrà de la causa que ha donat lloc a l'extinció i, a falta d'una regulació específica, s'haurà d'aplicar —en la mesura que escaigui— l'article 45 LF, referent a l'extinció de les fundacions. D'acord amb aquest precepte i tenint també en compte les causes d'extinció específiques dels fons, es poden distingir diversos procediments:

39. Originàriament, l'article 42 LF era un precepte pensat per a fons constituïts *inter vivos* (cf. l'expressió *causes convingudes*): el seu primer incís prové del text del Projecte de llei, que no preveia la possibilitat de constitució de fons especials per causa de mort.

— *Extinció per disposició de la llei.* L'extinció d'un fons es produeix *ipso iure* pel transcurs del termini per al qual va ser constituït, llevat que prèviament hagi estat prorrogat (arg. *ex art.* 45.1a, en relació amb el segon apartat del mateix article), sense necessitat que ho acordi el patronat de la fundació i ho ratifiqui el Protectorat. També es produeix aquest efecte en cas que per qualsevol causa s'extingeixi la fundació titular del fons. Un cop s'hagi produït l'extinció del fons, el patronat haurà d'acordar el procediment que caldrà seguir per a la cessió o la liquidació del patrimoni romanent, haurà de determinar la destinació dels béns sobrants, d'acord amb els estatuts del fons i amb la Llei, i, abans de l'execució d'aquestes operacions, haurà de sol·licitar la inscripció de l'extinció en el Registre de Fundacions (art. 49e LF). Si el patronat incompleix aquests deures, el Protectorat podrà suplir aquesta omissió (*cf.* art. 46.1 LF, que reconeix la competència administrativa per a fer les operacions de cessió i liquidació), però m'inclino a creure que no ho podrà fer *motu proprio*, enviant les atribucions del patronat de la fundació. S'adequa millor a l'esperit de la Llei interpretar que ho haurà de sol·licitar a l'autoritat judicial (arg. *ex art.* 26 LF).

— *Extinció acordada pel patronat de la fundació propietària del fons.* L'extinció per la resta de causes legals i estatutàries (compliment íntegre dels fins, impossibilitat insalvable de complir aquests fins, absorció o fusió entre fons, etc.), requereix que la fundació titular del fons adopti l'acord corresponent. La decisió ha de ser motivada (arg. *ex art.* 45.2 LF), llevat del cas que la fundació faci ús de la seva facultat d'extinció unilateral, que no requereix, en principi, una justificació especial. A diferència d'allò que disposava la legislació derogada (art. 14.1 de la Llei 1/1982), la nova llei no precisa quins elements de judici han d'informar la presa de la decisió d'extinció: el patronat, entenc, ha de justificar que concorre una causa justa i ha de tenir en compte la voluntat dels aportants (*ex art.* 14.1 LF), sobretot pel que fa a la possibilitat d'explorar altres alternatives a l'extinció. L'acord d'extinció ha d'anar acompanyat d'un pronunciament del patronat mateix sobre el procediment de cessió o de liquidació i sobre la destinació del romanent. El Protectorat ha de ratificar l'acord d'extinció (art. 45.2 LF) i ha d'autoritzar amb caràcter previ la destinació del romanent (art. 46.1 LF), funcions que compleix mitjançant l'expedient que es tramita arran de la sol·licitud d'inscripció de l'extinció en el Registre.⁴⁰

40. Vegeu la documentació necessària per a inscriure l'extinció d'una fundació en el Registre, que es pot traslladar sense variacions substancials a la sol·licitud d'extinció d'un fons especial, a <http://www.gencat.es/justicia/dgdej/funda.htm>. S'ha d'adjuntar a la sol·licitud el certificat de l'acord del patronat, que ha de contenir la declaració de la voluntat d'extingir, les causes i la motivació d'aquesta voluntat, la relació actual dels membres del patronat i la destinació del patrimoni.

— *Extinció per voluntat dels aportants de la dotació inicial.* Si els aportants gaudeixen de la facultat d'extinció unilateral del fons *ex* article 42 LF, poden extingir-lo manifestant la seva voluntat de fer-ho i notificant-la a la fundació, a fi que el patronat adopti l'acord de cessió o de liquidació dels béns i de destinació del romanent. Aquesta facultat no s'ha de confondre amb la de reversió dels béns aportats que eventualment s'haguessin reservat els fundadors: *el seu objecte és extingir el vincle especial de destinació que pesa sobre el patrimoni del fons, en la seva composició actual i en la seva integritat.* Si hi ha diversos fundadors, es tracta d'una facultat indivisible i que, per tant, requerirà una actuació mancomunada. La fundació, en aquesta modalitat d'extinció, tindrà també el deure de demanar la inscripció de l'extinció en el Registre i haurà d'adjuntar a la sol·licitud el document (públic o privat) que contingui la voluntat de l'aportant o dels aportants d'extingir el fons i el certificat de l'acord del patronat sobre la liquidació i la destinació del patrimoni. No crec que el Protectorat pugui fiscalitzar la decisió presa pels aportants d'extingir el fons —més enllà de verificar-ne la legalitat—, però sí que li correspon autoritzar la destinació que es pretengui donar al romanent, abans que es faci efectiva (art. 46.1 LF). Si la fundació no compleix el seu deure de liquidar el fons i traspasar-ne el residu a qui correspongui, el Protectorat pot requerir al patronat que ho faci i, si escau, pot suplir l'omissió d'aquest, tot assumint-ne, amb autorització judicial prèvia, les funcions (art. 26 LF). A banda d'això, crec que els aportants estan legitimats per a accionar judicialment contra la fundació per reclamar-li el compliment de les seves obligacions de liquidació i destinació. Tot i que, generalment, els fundadors no estan legitimats per a exercir accions contra la fundació (*cf.*, p. ex., art. 21.3 i 25 LF), entenc que, en aquest cas, la legitimació processal no és altra cosa que el corollari del reconeixement legal de la seva facultat d'extingir el fons.

— *Extinció per resolució judicial, a instàncies del Protectorat.* Si concorre una causa legal d'extinció d'un fons especial i el patronat de la fundació que n'és titular no pren cap acord respecte a això, el Protectorat —sempre que no sigui possible reactivar el fons mitjançant una modificació estatutària— pot instar l'extinció del fons davant del jutge civil. No crec que el Protectorat pugui decretar l'extinció directament, per la seva pròpia autoritat: sense necessitat d'entrar a discutir si un fons especial gaudeix de les garanties jurisdiccionals que la Constitució espanyola confereix a la fundació per a fins d'interès general (art. 34.2 CE, en relació amb l'art. 22.4), el cert és que no hi ha base legal suficient, en la Llei 5/2001, per a entendre conferida al Protectorat aquesta potestat. En canvi, la seva competència per a instar en via judicial l'extinció d'un fons no presenta massa dubtes: resulta de la funció bàsica que li correspon de vetllar

perquè es respectin el compliment de les finalitats fundacionals i les disposicions legals i estatutàries (art. 47.2 LF), i té un paral·lelisme amb la seva competència per a instar la dissolució de fundacions. Val a dir que la Llei 5/2001 ha oblidat de legitimar de manera expressa i general el Protectorat per a instar l'extinció d'una fundació quan concorre una causa legal per a fer-ho (a diferència del que preveia, amb més encert, l'art. 14.2 de la Llei 1/1982), però aquesta competència es desprèn, sense forçar-ne la interpretació, de diversos preceptes de la llei nova, com ara l'article 16.5 (que permet al Protectorat instar l'extinció d'una fundació si el patronat és inoperant per falta de membres), l'article 43.3 (que li permet instar al jutge la fusió de fundacions) i l'article 14.3 (que el faculta per adoptar «les altres mesures que siguin pertinents» sempre que la fundació no pugui dur a terme les seves activitats). L'extinció judicial d'un fons a instàncies del Protectorat seguirà, per analogia, els tràmits establerts en el número 51 de la Instrucció annexa al Decret 37/1987.

c) Conseqüències de l'extinció i modalitats de destinació del romanent

Els articles 41.1e i 42 LF associen l'extinció d'un fons especial al deure de destinar el seu romanent, «sigui quin sigui el cas en què es produeix l'extinció». El segon d'ambdós, a més, posa èmfasi a garantir, per mitjà d'una remissió a l'article 46, que aquesta destinació residual no comporti el retorn del romanent als constituents del fons ni a altres persones privades, sinó que continui servint l'interès general per mitjà de la seva cessió a una altra entitat pública o no lucrativa.⁴¹

Aquestes referències a la destinació del romanent obliden, però, que extingir un fons especial no és altra cosa que deixar sense efecte el vincle especial que pesa sobre el seu patrimoni, i això es pot dur a terme, sense vulnerar el principi d'irreversibilitat de la destinació a fins d'interès general, per mitjans diferents als previstos en l'article 46. En aquest sentit, és lícit estipular en l'acta de constitució del fons que l'extinció d'aquest, quan es degui a la manca de viabilitat (p. ex., per exhauriment dels recursos econòmics, per haver quedat complertes íntegrament les finalitats, per impossibilitat de complir-les, etc.), determini *la integració del seu patrimoni en el patrimoni general de la fundació que n'era titular*, sense haver de fer cap acte de cessió ni cap liquidació. En aquest cas, les conseqüències de l'extinció del fons seran el cessament de les operacions lligades a l'existència del fons, la remoció del vincle d'afectació especial i, si els béns eren ad-

41. Aquesta remissió va ser fruit de l'acceptació pel Ple del Parlament, en la sessió de debat i votació del Projecte de llei, d'una esmena transaccional a l'art. 42, presentada a instàncies dels grups Socialista i Iniciativa per Catalunya (DSPC, sèrie P, núm. 50, de 18 d'abril de 2001, p. 13).

ministrats de manera separada, la confusió d'aquests amb el patrimoni general de la fundació.

Si no s'ha previst que pugui produir-se aquest efecte d'absorció o no es considera procedent atesa la causa d'extinció, s'haurà de lliurar el romanent del fons a una altra entitat, sigui per mitjà de la cessió global dels seus actius i passius —que és l'opció preferida per la Llei— sigui per mitjà de la liquidació. Els estatuts del fons contindran normalment previsions sobre l'entitat destinatària del patrimoni final, o bé designant-la directament o bé fixant criteris per a determinar-la en el moment de l'extinció. A falta de previsions, l'article 46.1a LF estableix una preferència a favor de les entitats del lloc o de la comarca on es trobi el domicili de la fundació i que tinguin finalitats anàlogues. En principi, l'elecció de l'entitat beneficiària correspon al patronat de la fundació propietària del fons extingit, però, segons la meua opinió, els *estatuts del fons poden reservar la facultat de proposar aquella elecció als constituents mateixos o a altres persones o entitats de la seva confiança*, almenys en el cas que el fons s'extingeixi per la seva voluntat unilateral. Aquesta reserva no contravé cap precepte imperatiu (l'article 46.1 disposa que el patronat ha de dur a terme la cessió o la liquidació, però no que correspongui necessàriament a aquest decidir a favor de qui s'ha de fer) i és congruent amb el reconeixement de la facultat extintiva esmentada, que perdria gran part de la seva virtualitat si no es permetés als constituents de decidir a quina institució s'han de reassignar els béns del fons extingit.

En aquesta mateixa direcció, també és recomanable fer una interpretació flexible de la remissió, poc afortunada, que fa l'article 42 al 46 i donar més llibertat als constituents d'un fons per a establir en els estatuts la modalitat de destinació del romanent que sigui més adient a cada causa d'extinció. No sempre serà adequat tractar aquest romanent com un mer residu de béns sobrants que hagi de ser lliurat indiscriminadament a una altra entitat. S'ha de tenir en compte, com he dit abans, que el fons especial pot ser extingit a discreció de les parts en qualsevol moment, i no només quan la seva continuïtat sigui inviable. En alguns casos, doncs, es pot acordar que *amb el patrimoni del fons extingit es constitueixi una nova fundació amb personalitat jurídica pròpia*, sempre que la composició i la quantia del patrimoni del fons, que pot haver augmentat en l'interim gràcies a increments de dotació, ho permetin. Tampoc no s'ha de descartar, eventualment, l'opció de *constituir amb el romanent un nou fons especial*, que respecti, tant com ho facin possible les noves circumstàncies, les condicions de destinació del fons originari.

L'execució dels actes de destinació del romanent, en qualsevol de les seves modalitats, correspon al patronat de la fundació, als liquidadors que s'hagin

pogut nomenar o, si escau, al Protectorat (art. 46.1 LF). No sembla que estiguin legitimades per a intervenir-hi les persones que en el seu dia van aportar al fons la seva dotació inicial, tot i la seva facultat d'extingir-lo. Aquesta paradoxa s'ha de poder corregir, si escau, introduint en els estatuts del fons cauteles que els donin alguna participació (audiència, facultat d'elecció del destinatari del romanent, etc.). L'acord del patronat sobre la cessió o la liquidació del patrimoni i sobre el lliurament del romanent ha de ser autoritzat, abans que s'executi, pel Protectorat. Un cop s'han dut a terme les operacions liquidatòries, els patrons tenen el deure de comunicar-ho al Protectorat (núm. 55 de la Instrucció). Fins que no ho fan, es manté la seva responsabilitat davant l'Administració.

6. CONSIDERACIONS FINALS

La decisió de regular els fons especials, valorada globalment, és encertada, perquè obre nous mitjans d'actuació en el sector de les entitats no lucratives i omple presumiblement un buit que l'expansió i la diversificació creixent d'aquest sector començaven a evidenciar. Ara falta que aquesta nova tècnica fundacional passi la prova de la seva aplicació pràctica, que dependrà de la promoció i la difusió que en facin les fundacions i les entitats que els donen suport, de la praxi notarial, que haurà d'instrumentar-ne l'estatut jurídic cas per cas, i del Protectorat, que també pot contribuir a perfilar-ne l'eficàcia jurídica i els límits.

Tanmateix, com hem posat en relleu en aquest treball, el desplegament normatiu dels fons especials en la Llei 5/2001 es queda curt i deixa oberts interrogants notables. Caldria, en particular, precisar millor els tipus de fons que poden constituir-se i admetre algunes modalitats de fons no dotacionals, que poden satisfer —com acredita la praxi fundacional comparada— interessos socials molt estimables. També caldria definir amb més claredat (no només per raons de dogmàtica jurídica, sinó per les conseqüències d'ordre pràctic que se'n deriven) els procediments de constitució dels fons i els títols en virtut dels quals una fundació pot adquirir béns per a la seva integració en un fons especial. D'això depèn, en gran mesura, la possibilitat de discernir en quina posició jurídica queden els aportants de béns i diners a un fons —o, eventualment, els seus successors—, un cop aquest ha quedat constituït (p. ex., facultats de resolució o de revocació per incompliment, participació en el procediment de modificació, possibilitat d'intervenir en la presa de decisions sobre l'aplicació dels rendiments del fons, facultats de supervisió, etc.). En la llei vigent, aquesta

posició no és gens clara, llevat del reconeixement a favor dels aportants —d'altra banda, tampoc no exempt de dificultats interpretatives— de la facultat unilateral d'extingir el fons. Finalment, sembla també molt convenient repensar íntegrament el règim d'extinció del fons i de destinació dels romanents, sobretot, com he argumentat, pel que fa a la facultat d'extinció unilateral del fons que la Llei concedeix a la fundació titular d'aquests.