

Empresa y fundación en el ordenamiento jurídico español (la fundación empresaria) (*)

José Miguel Embid Irujo

Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Valencia

SUMARIO: I. EL VÍNCULO ENTRE FUNDACIÓN Y EMPRESA: UNA RELACIÓN PROBLEMÁTICA PERO LEGÍTIMA (A MODO DE INTRODUCCIÓN).—II. SUPUESTOS DE EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD DE EMPRESA POR LAS FUNDACIONES Y PLANTEAMIENTO DE POLÍTICA LEGISLATIVA PARA SU REGULACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL: 1. *Consideraciones introductorias*. 2. *La fundación-empresa*. 3. *La fundación con empresa*. 4. *La opción de política legislativa para la regulación de las fundaciones que ejercen actividades empresariales en el Derecho español*.—III. LA ARTICULACIÓN DE LOS FINES FUNDACIONALES CON EL EJERCICIO POR LA FUNDACIÓN DE LA ACTIVIDAD DE EMPRESA: 1. *Consideraciones generales*. 2. *El problema en el Derecho español*: A) Precisiones terminológicas previas en punto a la actividad de las fundaciones. B) Fines de la fundación y actividad fundacional: el ejercicio de la empresa mercantil y su relación con las «actividades propias» de la fundación.—IV. EL MARCO NORMATIVO DE LA FUNDACIÓN EMPRESARIA EN EL DERECHO ESPAÑOL: 1. *Una valoración previa: la insuficiencia del régimen legislativo de la fundación empresaria*. 2. *El papel de la autonomía de la voluntad; en especial, respecto de la organización de la fundación empresaria*. 3. *Aspectos de régimen jurídico comunes a la fundación-empresa y a la fundación con empresa*.—V. LA FUNDACIÓN-EMPRESA: 1. *Las notas distintivas de la actividad mercantil desarrollada por la fundación*. 2. *La relación de la actividad de empresa desarrollada por la fundación con sus fines específicos*.—VI. LA FUNDACIÓN CON EMPRESA: 1. *Premisa: el sentido de la tipificación legal de la fundación con empresa*. 2. *Las notas distintivas del supuesto de hecho*: A) Delimitación de las sociedades en las que puede participar la fundación. B) El carácter mayoritario de la participación: a) El significado del término «mayoritario». b) Las posibilidades de acción derivadas de la posición mayoritaria de la fundación en la sociedad participada. C) La formación

(*) Abreviaturas empleadas: ADF, Anuario de Derecho de Fundaciones; AAMN, Anales de la Academia Matritense del Notariado; C. de c., Código de comercio; DN, Derecho de los Negocios; DWiR, Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht; ECFR, European Company and Financial Law Review; Lcoop, Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas; LF, Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones; LMV, Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores; LSA, Ley de Sociedades Anónimas (texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre); LSRL, Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de responsabilidad limitada; PPE, Papeles de Economía Española; RAP, Revista de Administración Pública; RCDI, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario; RdS, Revista de Derecho de Sociedades; RF, Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de competencia estatal; RRM, Reglamento del Registro Mercantil; RVEH, Revista Valenciana de Economía y Hacienda.

de un grupo de sociedades encabezado por la fundación.—VII. CONSIDERACIONES FINALES (**).

I. El vínculo entre fundación y empresa: una relación problemática pero legítima (a modo de introducción)

No se puede decir que el ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones sea una cuestión típica y exclusiva de nuestro tiempo, aunque sea en los últimos años cuando ha adquirido un relieve más significativo. Como es bien sabido, se remontan a finales del siglo XIX, particularmente en Alemania, las primeras noticias sobre la existencia de fundaciones que llevaban a cabo actividades empresariales, sin perjuicio de la promoción de sus fines específicos. Aunque los ejemplos de fundaciones en que cabía apreciar esta singular conjugación de elementos en apariencia incompatibles no alcanzaban una cifra relevante, el supuesto descrito adquirió notoriedad más allá de las fronteras de Alemania, dando lugar desde la segunda mitad del pasado siglo a un intenso debate doctrinal que ha llegado hasta nuestros días. Y es que, como resulta fácil de imaginar, no parece sencillo el propósito de insertar la actividad típica de empresa, orientada por lo común a la maximización del beneficio, en el seno de una persona jurídica, como la fundación, carente de ánimo de lucro. Prescindiendo ahora de los muchos matices que la evolución del Derecho mercantil, y aun del Derecho de fundaciones, permitiría formular en torno a estas ideas ¹, es lo cierto que la actividad de empresa viene circundada por un

(**) El presente trabajo se integra en el proyecto de investigación «Actividad de empresa y entidades sin ánimo de lucro» (SEJ 2007-62414), financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia, del que es investigador principal el autor.

En prensa este trabajo, se han promulgado dos importantes normas que han de ser tenidas en cuenta para su debida actualización. Se trata, en primer lugar, del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital; en vigor desde el 1 de septiembre del presente año, su contenido no altera sustancialmente lo afirmado en el trabajo, más allá de los necesarios ajustes en la referencia a los concretos preceptos. En segundo lugar, debe mencionarse el Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros, que ofrece interesantes matices sobre las relaciones entre fundaciones y grupos de empresas, a través de esa especie de contrato de grupo que es el «sistema institucional de protección».

¹ Una confirmación reciente de las mismas se encuentra en la Sentencia de la Audiencia Nacional (sala de lo contencioso-administrativo, sección 7.^a) de 22 de octubre de 2007, en la que se dice que «si bien la legislación actual sobre fundaciones permite a estas personas jurídicas desarrollar actividades económicas para lograr sus fines y objetivos, no pueden participar en el mundo económico en igual condición y métodos que las empresas mercantiles, puesto que el elemento que preside la actividad de las primeras es la ausencia de ánimo de lucro y de competencia, frente a la finalidad de lucro y de libre competencia que son características de la actividad de las empresas». La lectura cuidadosa del artículo 24 LF, entre otros preceptos del ac-

cúmulo de elementos de naturaleza diversa (financieros, organizativos, contables, entre otros) cuya debida observancia no resulta fácil de cumplir desde la estructura institucional de la fundación, sobre todo si se toma en cuenta su consideración clásica como persona jurídica de base patrimonial. En particular, las circunstancias que dificultan la conciliación de la vida de la empresa con el funcionamiento de la fundación aparecen conectadas con la necesidad, para esta última, de cumplir con el fin que motiva su razón de ser y justifica la atribución de personalidad jurídica²; más precisamente, con el peligro de que los objetivos propios de la actividad de empresa, así como su concreta realización, se sobrepongan al cumplimiento del fin, desvirtuándose, de este modo, el sentido institucional de la fundación.

A pesar de estas innegables dificultades, el ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones ha mantenido una llamativa vitalidad a lo largo del tiempo, dentro de unos límites, no obstante, cuantitativamente modestos. El fenómeno merece, con todo, una consideración particular si se tiene en cuenta la ausencia absoluta de tratamiento normativo en los ordenamientos jurídicos más significativos, lo que no ha impedido, por otra parte, la opinión favorable de la mayor parte de la doctrina comparada. Por tal motivo, es importante destacar el reconocimiento legislativo expreso de la realización de actividades empresariales por las fundaciones en el Derecho español. Ya la Ley 30/1994 dio un gran paso en tal sentido, que ha sido confirmado por la vigente Ley 50/2002, cuya disciplina normativa al respecto, ciertamente insuficiente, constituye una aportación de la máxima importancia³. Y es que la postura afirmativa del legislador español otorga plena legitimidad jurídica a la figura en estudio⁴, lo que permite, de un lado, privar de fundamento a las objeciones que se

tual Derecho de fundaciones español, permitiría relativizar alguna de estas afirmaciones sin demasiada dificultad.

² Al respecto, véanse las interesantes consideraciones de J. FERRER I RIBA, «Les finalitats fundacionals: la seva naturalesa, compliment i modificació», en AA.VV., *Les persones jurídiques en Dret Civil de Catalunya: Associacions y Fundacions*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 138 y ss.

³ Dichas normas han de ser completadas con lo dispuesto en el Reglamento de fundaciones de competencia estatal, aprobado por Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, que, sin perjuicio de mantener y consolidar la orientación de política jurídica contenida en la Ley 50/2002, introduce algunos matices y desarrollos interesantes, que si en ocasiones precisan el sentido de la disciplina legislativa, a veces plantean ciertas dificultades interpretativas (al respecto, véase *infra* III).

⁴ Lo que abona la inserción del ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones en la libertad de empresa, reconocida por el artículo 38 de la Constitución (en tal sentido, A. CIDONCHA, *La libertad de empresa*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, p. 224). No opina lo mismo R. LA CASA GARCÍA, «La fundación-empresa», en M. OLIVENCIA, C. FERNÁNDEZ NÓVOA y R. JIMÉNEZ DE PARGA (dirs.), *Tratado de Derecho Mercantil*, XVII, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 77-80.

le pudieran formular, y, de otro, ofrecer un sustento básico a su desarrollo en la práctica ⁵. Es verdad, no obstante, que la referida insuficiencia del régimen jurídico sobre las actividades empresariales desarrolladas por las fundaciones podrá suponer, entre nosotros, algunos inconvenientes a la hora de concretar en la práctica su efectivo alcance. Esa posible situación de inseguridad obligará, desde luego, a extremar el cuidado con motivo de la elaboración de los estatutos de la fundación, cuando por el fundador se pretenda someter el ejercicio de una actividad de empresa a la titularidad de una persona jurídica fundacional. Pero, del mismo modo, será precisa idéntica prudencia con motivo de la actuación del Patronato encargado de dirigir el funcionamiento de una fundación que realice actividades empresariales, cualquiera que sea el modo, dentro de los previstos por el Derecho positivo, en que se lleve a cabo. En todo caso, hay aquí un amplio espacio de desarrollo para la autonomía de la voluntad, de tan acusado relieve en la historia reciente del Derecho de fundaciones.

En el presente estudio, nos limitaremos a poner de manifiesto los rasgos distintivos del fenómeno que nos ocupa, exponiendo sus principales líneas de tratamiento en el Derecho español, el cual, no obstante el tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la Ley 50/2002, sigue constituyendo un ejemplo aislado dentro del Derecho comparado de fundaciones ⁶. Como es evidente,

⁵ El interés de la materia no ha traído consigo una gran contribución doctrinal, aunque se pueden citar ya algunas aportaciones monográficas relativamente completas; entre las más recientes, R. LA CASA GARCÍA, «La fundación-empresa», cit., *passim*; M. PÉREZ ESCOLAR, *La actividad económica de las fundaciones. Tensiones legislativas e interés general*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008; J. M. EMBID IRUJO, «El ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones (fundación-empresa y fundación con empresa): su significado en el régimen jurídico de las Cajas de Ahorros en España», *Perspectivas del sistema financiero*, n.º 91, 2007, pp. 29 y ss.; más sintéticamente, A. SOTILLO MARTÍ, «Artículo 24», en J. OLAVARRÍA (coord.), *Comentarios a la Ley de fundaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 638-661. A pesar de haberse escrito en una situación legislativa y doctrinal muy diferente a la de nuestros días, sigue siendo básica la monografía de U. VALERO AGÚNDEZ, *La fundación como forma de empresa*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1969. Por otra parte, la aportación de la jurisprudencia tampoco es determinante, si bien permite confirmar, como no podía ser de otro modo, la legitimidad de la fundación empresarial; podemos reseñar, en todo caso, la STS de 5 de abril de 2000 (Ref. Iustel: §261490), que reconoce la legitimidad de las actividades empresariales ejercidas por las fundaciones como medio para conseguir su subsistencia a través del ejercicio de actividades económicas adecuadas o al menos no incompatibles con su propio fin fundacional; por tal razón, la mencionada sentencia concluye que dichas actividades empresariales o, más concretamente, los bienes y recursos en que se traducen, son perfectamente embargables. En la misma línea, véase la STS de 9 de julio de 2002 (Ref. Iustel: §331201). Con todo, véase, no obstante, lo indicado *supra* nota 1 a propósito de un fallo jurisprudencial reciente.

⁶ Dentro de esa generalizada atonía, representa una excepción, si bien todavía *in itinere*, el proyecto para el establecimiento de una fundación europea que, aun sin carácter oficial, se ha divulgado hace unos pocos años, con el propósito de configurar en el futuro una figura jurídica de fundación propia del Derecho europeo, en la línea de la sociedad anónima europea o la so-

nos encontramos ante una compleja realidad ⁷ que obliga a manejar, con especial cuidado, los fundamentos del Derecho de fundaciones en su inevitable intersección con el Derecho mercantil, por razón del supuesto de hecho objeto de análisis. En el tratamiento de los diferentes supuestos de ejercicio de actividad empresarial por parte de las fundaciones, corresponderá al jurista la búsqueda de una adecuada composición de los objetivos, no siempre coincidentes de ambos sectores del ordenamiento, en el bien entendido de que será la satisfacción del fin fundacional (de interés general, como es bien sabido, en el Derecho español) el criterio que deba orientar esa nada fácil labor reconstructiva y ordenadora ⁸.

ciudad cooperativa europea. En dicho proyecto, dividido en una parte estrictamente jurídico-privada y otra de carácter tributario, se reconoce explícitamente en su artículo 6 el ejercicio indirecto de actividades empresariales por la fundación europea, mediante su participación, incluso de control, en sociedades, sin que se admita el ejercicio directo de actividades empresariales por la fundación de modo permanente. Sobre todo ello, véanse las indicaciones de T. VON HIPPEL, M. HABERSACK y F. HANSEN, «Art. 6, 2», en K. HOPT, W. R. WALZ, T. VON HIPPEL y V. THEN (eds.), *The European Foundation*, Gütersloh, Verlag Bertelsmann Stiftung, 2006, pp. 219-236, con numerosas referencias al ordenamiento jurídico de los Estados miembros de la Unión. Para conocer el surgimiento, la evolución y situación actual de la fundación europea es interesante el documento «Nota sobre la evolución hacia un Estatuto de Fundación Europea», publicado en *ADF* 2009, pp. 459-468.

⁷ Susceptible de ser contemplada desde otras perspectivas distintas de la jurídica; para una visión económica, específicamente elaborada desde el análisis económico del Derecho, puede verse el trabajo de H. HANSMANN, «The Role of Nonprofit Enterprise», *Yale Law Journal*, n.º 89, 1980, pp. 835 y ss., que, aun refiriéndose, en general, a entidades asociativas y no propiamente a fundaciones, tiene interés a los efectos del presente estudio.

⁸ En el presente trabajo sólo vamos a considerar la realización de actividades empresariales por las fundaciones de competencia estatal, tomando como fundamento de nuestro análisis la disciplina contenida en LF y RF. No desconocemos, por ello, la existencia de una abundante normativa sobre fundaciones en las Comunidades Autónomas, que también incide, si bien limitadamente, en dicho problema. En la doctrina se han planteado, con todo, algunas dudas sobre la posibilidad de que las Comunidades Autónomas dispongan de competencia para regular el vínculo entre fundación y actividad empresarial en sus normas sobre fundaciones, sobre la base de la existencia de diversas competencias exclusivas del Estado, como son las relativas a la legislación mercantil (art. 149.1.6.ª CE), a la legislación civil (art. 149.1.8.ª CE) y a las materias concernientes a la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (art. 149.1.1.ª CE). En la doctrina, M. PÉREZ ESCOLAR (*La actividad económica de las fundaciones. Tensiones legislativas e interés general*, cit., p. 28) no ve inconveniente alguno en que las Comunidades Autónomas regulen el problema que ahora nos ocupa. Por su parte, R. LA CASA GARCÍA («La fundación-empresa», cit., pp. 80-88), tras analizar minuciosamente el problema, no formula una solución concluyente. En el trabajo «El ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones (fundación-empresa y fundación con empresa): su significado en el régimen jurídico de las Cajas de Ahorros en España» (cit., pp. 63-64, nota 43) hemos defendido que la competencia exclusiva del Estado sobre la legislación mercantil impide la regulación del tema que nos ocupa por las Comunidades autónomas, en cuanto que la fundación asume la condi-

II. Supuestos de ejercicio de la actividad de empresa por las fundaciones y planteamiento de política legislativa para su regulación en el Derecho español

1. Consideraciones introductorias

Aun sin recibir, por regla general, una tipificación precisa en los diversos ordenamientos jurídicos, la doctrina y la práctica han perfilado las características básicas de la fundación empresaria alrededor de dos concretos supuestos de hecho: de un lado, el ejercicio directo de la actividad de empresa por la fundación; de otro, el ejercicio indirecto, mediante la participación de la persona jurídica fundacional en sociedades mercantiles que, éstas sí, llevan a cabo de modo inmediato la actividad empresarial. Al primer supuesto se ha solido referir la doctrina con la denominación de «fundación-empresa», en tanto que el segundo suscita muy diversos calificativos, de entre los cuales ha adquirido notoriedad, en los últimos tiempos, la expresión «fundación con empresa»⁹. Antes de describir, someramente, ambos supuestos parece oportuno formular algunas ideas en torno a la pertinencia de la distinción esbozada, cuya razón de ser última se encuentra en la mayor o menor cercanía de la actividad de empresa al fin propio de la fundación, pudiendo hablarse, en ciertos casos, de auténtica integración de aquélla en éste. Con todo, existe en la referida terminología, quizá, un cierto equívoco: en el supuesto de la fundación-empresa cabría imaginar, en principio, una mayor cercanía de la empresa respecto de la fundación, una mayor integración en su razón de ser y en su estructura organizativa, frente a la fundación con empresa, donde esta última aparecería desligada, al menos formalmente, de aquélla. Y ello, sin perjuicio de que, tanto en uno como en otro supuesto, la empresa se limite a jugar el papel de mero proveedor de recursos para el cumplimiento de los fines fundacionales. La posibilidad de que la empresa regida por la fundación tenga un puro carácter donacional es reconocida sin duda por la doctrina, aunque nuestro Derecho

ción de empresario. Para contribuir a la solución del debate, resultaría de utilidad contemplar el problema en el marco del régimen jurídico de las asociaciones, que, no obstante la competencia de las Comunidades autónomas, ha sido objeto de tratamiento exclusivo por el legislador estatal. Al respecto, es interesante la consulta de J. J. MARÍN LÓPEZ, [«El patrimonio de las asociaciones», en M. GARRIDO MELERO y J. M.^a FUGARDO ESTIVILL (coords.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, I, José María Bosch Editor, Barcelona, 2005, p. 838], para quien el artículo 13.2.º de la Ley 1/2002, Orgánica del Derecho de Asociación, excluye la aplicación de las correspondientes normas autonómicas, acudiendo en tal sentido al artículo 149.1.1.ª CE. Es igualmente interesante la consulta, a este respecto, de R. LA CASA GARCÍA, ob. cit., pp. 86-87.

⁹ Críticamente sobre esta denominación, R. LA CASA GARCÍA, «La fundación-empresa», cit., pp. 130-132.

vigente, como tendremos ocasión de señalar, no parece admitirlo respecto de la fundación-empresa.

Con independencia, no obstante, de que la actividad empresarial esté más o menos desligada de los fines de la fundación, es lo cierto que la terminología no debe conducir a engaño: en ambos casos, la fundación es titular jurídico de la empresa, es decir, merece el calificativo de empresario, aunque, sobre todo en el caso de la fundación con empresa, más en un sentido funcional que institucional. En la fundación-empresa, esa titularidad es directa e inmediata, sin interposición de sujeto alguno; en la fundación con empresa, en cambio, nos encontramos ante una titularidad indirecta o mediata, por cuanto la actividad de empresa aparece vinculada formalmente a una sociedad mercantil en la que aquélla participa de modo determinante. Por eso, queda fuera de nuestro propósito el estudio del caso, tan frecuente, de que las fundaciones participen en el capital de diversas sociedades con finalidad puramente inversora y patrimonial. Aquí no cabe hablar, en sentido estricto, de fundación con empresa, sino de una fundación que participa en una sociedad como mero inversor, careciendo, por tanto, de capacidad decisoria sobre el efectivo funcionamiento de la empresa de la que es titular exclusivo la mencionada sociedad ¹⁰.

Por lo demás, y como colofón a este apartado introductorio, conviene indicar que la separación entre fundación-empresa y fundación con empresa (una suerte de *summa divisio* en el tema que nos ocupa) ha de contemplarse con una cierta dosis de relatividad. Es cierto que ambas modalidades se encuentran bien acreditadas tanto en la realidad práctica como en la numerosa doctrina que las estudia; pero la exactitud de su delimitación no debe llevarse hasta el extremo, trazando una línea estricta de separación entre las dos que las

¹⁰ Nada tiene que ver con este asunto el fenómeno, tan actual, de la llamada «fundación de empresa», ni que decir tiene auténtica fundación, pero completamente ajena al ejercicio, directo o indirecto, de una actividad mercantil. Como es sabido, este tipo de fundaciones suele responder al propósito de grandes empresas de financiar la realización de actividades de interés general, sirviendo la fundación de instrumento idóneo al efecto. Además de esta finalidad, la fundación de empresa termina siendo un poderoso instrumento de mejora de la «imagen corporativa» de la empresa constituyente y, en tal sentido, puede servir, entre otras finalidades, para canalizar actividades propias de la llamada responsabilidad social corporativa (al respecto, J. M. EMBID IRUJO, «Derecho, mercado y responsabilidad social corporativa», *PPE*, n.º 108, 2006, pp. 63 y ss.), marginando un tanto la esencia propia de la persona jurídica fundacional. El fenómeno de la fundación de empresa ha encontrado un tratamiento jurídico específico en el Derecho francés, gracias a la Ley de 4 de julio de 1990 (cfr. A. SCHLÜTER, *Stiftungsrecht zwischen Privatautonomie und Gemeinwohlbindung. Ein Rechtsvergleich Deutschland, Frankreich, Italien, England und USA*, Beck, München, 2004, pp. 103-105 y bibliografía allí citada; entre nosotros, J. PEDREIRA MENÉNDEZ, *Las actividades empresariales de las fundaciones y su tributación*, Lex Nova, Valladolid, 1999, pp. 288 y ss.).

convierta en categorías incomunicables. Nada parece oponerse, en principio, a que una fundación que ejercite directa e inmediatamente una actividad mercantil (es decir, una fundación-empresa, de acuerdo con la terminología consolidada) pueda, a su vez, participar en el capital de una o varias sociedades mercantiles, incluso de forma mayoritaria, asumiendo, así, un protagonismo indirecto en el ejercicio de otra u otras actividades empresariales (lo que conduciría a su calificación como fundación con empresa)¹¹. Que estas últimas estén o no relacionadas con la primera, es una cuestión irrelevante, y la identidad, conexión o indiferencia entre ellas dependerá en exclusiva de los objetivos de la fundación, cuyo papel, en este supuesto, se aproxima al de una entidad holding con actividad empresarial propia.

2. La fundación-empresa

El supuesto de la denominada *fundación-empresa* ha sido objeto, tradicionalmente, de amplia atención doctrinal, si bien en nuestros días su relieve en la realidad práctica de las actividades empresariales llevadas a cabo por las fundaciones no parece demasiado significativo. En dicho caso, la fundación, como ya se ha advertido, es titular directa e inmediata de la actividad de empresa, asumiendo, desde el punto de vista del Derecho, las consecuencias patrimoniales derivadas de dicha actividad. Dado que, por imperativo de la propia naturaleza de la fundación, no existen socios o propietarios individuales de la entidad, puede hablarse en este caso de una considerable objetivación o despersonalización de la empresa¹². La fundación-empresa se convierte, así, en uno de los ejemplos más significativos de la doctrina de la «empresa en sí» (*Unternehmen an sich*), teorizada en Alemania, al hilo de las ideas de Walther Rathenau¹³, en el primer tercio del pasado siglo. Tal cosa supone, como es fácil de imaginar, la ausencia, cuando menos teórica, de individuos directamente ligados por su interés a la actividad empresarial y una orientación necesariamente distinta, más «institucional», si cabe decir, de los órganos que asuman la gestión y dirección de la fundación-empresa¹⁴.

¹¹ En esta línea, R. LA CASA GARCÍA, «La fundación-empresa», cit., p. 132.

¹² En este sentido, J. M.^a GONDRA, «La estructura jurídica de la empresa (el fenómeno de la empresa desde la perspectiva de la teoría general del Derecho)», *RDM*, n.º 228, 1998, pp. 523 y 525. La objetivación de la gestión de la empresa, como afirma el mismo GONDRA, no sólo se observa en el supuesto de la fundación-empresa sino también en empresas públicas y grandes sociedades anónimas.

¹³ Al respecto, F. LAUX, *Die Lehre vom Unternehmen an sich. Walter Rathenau und die aktienrechtliche Diskussion in der Weimarer Republik*, Duncker und Humblot, Berlin, 1998; véase, igualmente, A. RIECHERS, *Das «Unternehmen an sich»*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1996.

¹⁴ Así, expresamente, U. VALERO AGÚNDEZ, *La fundación como forma de empresa*, cit.,

Aunque cabe concebir de modo diverso, desde el punto de vista organizativo, esta identificación estricta y plena entre fundación y empresa, son dos, esencialmente, las maneras en las que puede manifestarse. Por una parte, cabe hablar de la fundación-empresa puramente *dotacional*, en la que la actividad de empresa resulta ajena a los fines de la fundación y constituye, sin más, una fuente de recursos para financiar su realización. En tal caso, el funcionamiento de la empresa regida por la fundación no presenta características diversas de las que resultan habituales en el mercado, por lo que, de hecho, se puede hablar de una práctica equiparación entre la empresa puramente privada, orientada a la obtención del beneficio, y la empresa fundacional¹⁵. Por otra, hemos de referirnos a la fundación-empresa de carácter *funcional*, en la que la actividad de empresa es requisito necesario para la realización del fin fundacional y constituye, por tanto, una exigencia inexorable del mismo¹⁶. Ello supone, obligadamente, la coincidencia plena entre forma jurídica y organización interna y, a su vez, importantes consecuencias desde el punto de vista del resultado de la explotación mercantil. En tal caso, la actividad económica de la fundación vendrá orientada por la finalidad de la obtención de ganancias, ya que ésta será el medio indispensable para la conservación de la empresa, en cuanto que la empresa fundacional se ve más obligada que otras a acudir a la autofinanciación como medio de subsistencia¹⁷. No parece dudoso, en fin, que tanto la fundación empresa dotacional como la funcional merezcan, en cuanto titulares inmediatos de la actividad mercantil, el calificativo de empresario, con la aplicación a ambas modalidades de fundación-empresa de las circunstancias propias de tal *status*¹⁸. Y, por otra parte, no debe llevarse al extremo la separa-

pp. 134-136. Como ha señalado dicho autor (ob. cit., p. 128), para que la fundación pueda ser considerada forma adecuada para la titularidad de una empresa es preciso «que la conexión entre fundación y empresa responda a una exigencia institucional de aquélla. La razón de este requisito está en que la forma jurídica de la empresa no sólo implica la creación de un sujeto jurídico de la actividad económica, sino, además, la creación de una organización adecuada para el ejercicio de dicha actividad. Y esta organización sólo se da en aquellas fundaciones a las que el fundador ha asignado la función de desarrollar una actividad de empresa».

¹⁵ En este sentido, U. VALERO AGÚNDEZ, *La fundación como forma de empresa*, cit. p. 140. Tal vez por esta razón, algunos autores, críticos con la idea de la fundación-empresa en sí misma considerada, terminan admitiendo la configuración puramente dotacional (así, por ejemplo, D. REUTER, «Rechtsprobleme Unternehmensbezogener Stiftungen», *DWiR*, 1991, p. 196).

¹⁶ Con detalle, U. VALERO AGÚNDEZ, *La fundación como forma de empresa*, cit., pp. 139 y ss. Sobre estas cuestiones, en el marco de la vigente legislación estatal de fundaciones, véase M. PÉREZ ESCOLAR, *La actividad económica de las fundaciones. Tensiones legislativas e interés general*, cit., pp. 87 y ss.

¹⁷ En este sentido, U. VALERO AGÚNDEZ, *La fundación como forma de empresa*, cit., p. 141.

¹⁸ Aunque la distinción esbozada en el texto goza de un considerable refrendo doctrinal (véase, por muchos, y a propósito de las Cajas de Ahorros, M. ARAGÓN REYES, R. GARCÍA VILLAVERDE y J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *El régimen jurídico de las Cajas de Ahorros*, Madrid, 1991,

ción entre ambas modalidades de fundación-empresa, ya que en los supuestos conocidos de la práctica se aprecia una cierta mixtura entre sus características¹⁹, lo que conduce a calificarlas más como tipos ideales que como supuestos realmente existentes.

3. *La fundación con empresa*

Al lado de la fundación-empresa, encontramos a la denominada, sobre todo en los últimos tiempos, *fundación con empresa*. Se trata de un modelo²⁰ que supera la identificación estricta y plena entre fundación y empresa que acabamos de observar en el supuesto anterior. De este modo, la fundación con empresa supone la separación formal entre la persona jurídica fundacional y la estructura material de la empresa; tal cosa se hace posible por la participación de la fundación en el capital de una sociedad, por lo común de naturaleza mercantil. A través de este expediente, puede permanecer la fundación formalmente ajena a las vicisitudes de la actividad empresarial, cuyas consecuencias se producirán, en principio, en el ámbito exclusivo de la sociedad mercantil participada que disfruta, como es bien sabido, de personalidad jurídica propia. En la práctica es muy frecuente encontrar supuestos de participación de fundaciones en el capital de sociedades mercantiles²¹; pero, como es sabido, no toda participación ha de conducir, inevitablemente, a calificar el supuesto como de fundación con empresa. En este sentido, la necesidad de allegar fondos para integrar y aumentar el patrimonio de la fundación, facilitando, así, el cumplimiento de sus fines, requiere en nuestro tiempo diversificar las fuentes de obtención de ingresos y atender, sobre todo, a las que faciliten un rendi-

pp. 120-122), lo cierto es que las dos modalidades de fundación-empresa descritas corresponden, más bien, a tipos ideales antes que a supuestos verdaderamente existentes en la realidad económica. Más común es encontrar figuras intermedias que, de manera variable, integran aspectos propios de las categorías reseñadas. El ejemplo de las Cajas de Ahorros en España ilustra bien esta dificultad de adscribir con plenitud a las fundaciones-empresa realmente existentes a una de las dos; por tal razón, es habitual en la doctrina atribuirle el calificativo de fundación-empresa de tipo mixto [en este sentido, entre otros, R. GARCÍA VILLAVARDE, voz «Caja de Ahorros (Derecho Mercantil)», *Enciclopedia Jurídica Básica*, I, Civitas, Madrid, 1995, p. 869, y A. CASARES MARCOS, «La naturaleza fundacional de las Cajas de Ahorros y la emisión de cuotas participativas», *RAJ* n.º 166, 2005, p. 60; últimamente, sobre la naturaleza fundacional de las Cajas de Ahorros, R. LA CASA GARCÍA, «La fundación-empresa», pp. 253 y ss.]

¹⁹ Así, por muchos, U. VALERO AGÚNDEZ, *La fundación como forma de empresa*, cit., p. 124.

²⁰ Al respecto, J. PEDREIRA MENÉNDEZ, *Las actividades empresariales*, cit., pp. 288 y ss; críticamente sobre esta denominación, M. PÉREZ ESCOLAR, *La actividad económica de las fundaciones. Tensiones legislativas e interés general*, cit., pp. 43-44.

²¹ Las sociedades (y no sólo mercantiles) no son las únicas entidades en las que puede participar una fundación; para más detalles sobre este asunto, incluyendo figuras carentes de personalidad jurídica, R. LA CASA GARCÍA, «La fundación-empresa», cit., pp. 203-210.

miento monetario relevante. Por ello, a los efectos que nos ocupan, interesa considerar únicamente la participación en sociedades con un carácter duradero y con finalidad de control, materia que puede dar paso a la compleja temática de los grupos de empresas, en cuyo caso la expresada separación jurídica entre fundación y sociedad no podrá mantenerse en sus términos más estrictos. Sólo en este marco de relaciones de participación cabe hablar, con propiedad, de fundación con empresa, siendo posible, entonces, la atribución a la fundación del calificativo de empresario, quizá con un sentido más funcional que institucional.

4. *La opción de política legislativa para la regulación de la fundación empresaria en el Derecho español*

A la hora de regular los supuestos de fundaciones que llevan a cabo actividades empresariales, son posibles, ciertamente, muy diversas opciones de política legislativa. En el curso del presente trabajo, analizaremos con cierto detalle el planteamiento del legislador español que parte, aun sin mencionarlas de manera precisa, de las dos modalidades que acabamos de describir. Como tendremos ocasión de señalar ²², el tratamiento de ambas no es equivalente en lo que se refiere, específicamente, al ámbito de libertad del que disponen a la hora de afrontar el ejercicio concreto de las actividades empresariales. Siendo significativos estos dos criterios como expresión de una opción particular del legislador español, quizá convenga en este momento reparar en la particular ubicación normativa asignada al régimen jurídico de la fundación empresaria. Se trata de un asunto indudablemente perteneciente al terreno de la política legislativa que, sin embargo, no ha recibido atención doctrinal, tal vez por haberse asumido, de manera acrítica, la decisión del legislador de situar dicho régimen, tanto en la ley vigente como en su predecesora, en el ámbito regulador de las fundaciones.

Y es que, en realidad, la opción de nuestro legislador no era la única posible o, al menos, no de manera exclusiva. Teniendo en cuenta que las fundaciones que realizan actividades empresariales, directa o indirectamente, merecen la calificación de empresarios ²³, hubiera podido concretarse alguna vertiente

²² Véase *infra* III, 2, B).

²³ Al respecto, R. LA CASA GARCÍA, «La fundación-empresa», pp. 159 y ss., quien, no obstante, considera ajena a este calificativo a lo que aquí denominamos «fundación con empresa» (pp. 184-185), porque, en tal caso, la actividad mercantil no se ejercita en nombre propio. Sin perjuicio de que este planteamiento pueda ser acertado, como criterio general, si se parte de un entendimiento laxo del ejercicio indirecto de actividades empresariales por las fundaciones,

de su régimen jurídico en el específico sector del Derecho mercantil. A favor de este planteamiento, carente, en la actualidad —como es obvio— de trascendencia práctica, habrían podido militar varias razones. En primer lugar, la notoria sensibilidad hacia la figura de la fundación empresaria por parte de la doctrina mercantilista, que de manera casi unánime y desde hace cierto tiempo, se ha manifestado favorable a su inclusión en el repertorio de formas jurídicas idóneas para la organización de la actividad de empresa²⁴. En segundo lugar, hay que aludir, más recientemente, a la perceptible influencia que algunas ramas del Derecho mercantil, como el Derecho de sociedades, han ejercido sobre la legislación de fundaciones. De ella hay numerosas pruebas en la Ley 50/2002, a pesar de las innegables diferencias que, en cuanto personas jurídicas, cabe apreciar entre fundación y sociedad²⁵. Por último, y de modo genérico, no debe ignorarse que las fundaciones, y no sólo las que ahora nos ocupan, asumen en nuestros días un papel activo en la realidad económica y social, superando la visión tradicional que las veía como simples formas organizativas de un patrimonio, para convertirse en auténticos operadores económicos en el mercado²⁶.

A pesar de la consistencia de estos argumentos, la opción favorable a la legislación de fundaciones se ha consolidado entre nosotros sin mayores inconvenientes. No cabe ignorar, con todo, que la posibilidad de que la fundación empresaria mereciera un tratamiento, desde luego parcial, en el ámbito del Derecho mercantil, hubiera traído consigo dificultades considerables para su realización, ya que habría supuesto, en principio, la reforma de textos legales, como el Código de comercio, de no fácil modificación por diversas razones. En realidad, con la opción favorable a la legislación de fundaciones, lo que se ha querido acentuar, en apariencia, no es propiamente el perfil empresarial —cabría decir— de las fundaciones que nos ocupan, sino, más bien, el carácter netamente fundacional de las figuras reguladas y, por ello mismo, su plena adecuación a los principios caracterizadores de nuestro Derecho de fundaciones, como es, con particular relieve, el servir con su constitución a un fin de interés

no resulta tan convincente cuando, como parece, a nuestro juicio, más fundado, se restringe dicha situación a los casos en que las fundaciones tengan poder de decisión sobre el funcionamiento y actividad concretos de la sociedad participada. Véase con más detalle *infra* VI.

²⁴ Por muchos, véase F. SÁNCHEZ CALERO y J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *Instituciones de Derecho Mercantil*, I, 32.ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 111.

²⁵ Sobre esta cuestión, J. M. EMBID IRUJO, «Notas sobre el régimen jurídico de las entidades sin ánimo de lucro, su estructura interna y la responsabilidad de sus órganos gestores (especial referencia a las fundaciones)», *RVEH*, n.º 7, 2003, pp. 79 y ss.

²⁶ Al respecto, A. BERCOVITZ, *Apuntes de Derecho Mercantil*, 9.ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 132 y ss.

general²⁷. Esa adecuación, además, se produce sin ningún matiz, pues las dos modalidades de fundación empresaria que acabamos de describir carecen de rasgos distintivos relevantes, en cuanto a su régimen jurídico, respecto de las fundaciones que no lleven a cabo actividades empresariales. El hecho de que el legislador, tanto en la LF como en el RF, incluya su tratamiento en los capítulos respectivos dedicados a la actividad de la fundación, al lado de otras cuestiones aplicables a todas las fundaciones con independencia de si intervienen o no en la vida mercantil, permite confirmar lo que antecede.

De este modo, el ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones, cualquiera que sea su configuración institucional, se concibe en nuestro Derecho, sobre todo, como un elemento más, singular, si se quiere, de la vertiente externa de dichas personas jurídicas, sin influjo aparente en su ordenación interna, a salvo, claro está, de las necesarias referencias en los casos pertinentes. No es seguro, sin embargo, que este planteamiento de política legislativa sea enteramente correcto, a pesar de que, quizá, tenga la ventaja de su más fácil realización normativa; parece, en todo caso, que es el resultado de una primera y limitada aproximación al tema que nos ocupa, necesitada de un mayor detalle a partir del momento, en particular, en que los diversos supuestos institucionales de fundación con actividad mercantil alcancen un mayor desarrollo práctico. Y es que, en resumidas cuentas, de este modo terminan quedando en el aire numerosas cuestiones derivadas de la inevitable conexión de la fundación empresaria con el Derecho mercantil, como puede ser, por ejemplo, la posibilidad de su inscripción en el Registro mercantil²⁸.

²⁷ Últimamente sobre este decisivo asunto, J. CAFFARENA, «Las fundaciones: fines de interés general, beneficiarios y cláusulas de reversión», *ADF* 2009, pp. 30 y ss.

²⁸ Como es sabido, la fundación empresaria no figura expresamente mencionada como sujeto inscribible en el Registro mercantil, pudiéndose defender, quizá, su inscripción potestativa al modo de los empresarios individuales, como, en su día, ya propuso U. VALERO AGÚNDEZ (*La fundación como forma de empresa*, cit., pp. 348-350; véanse, no obstante, los matices del autor en p. 120, nota 85); más recientemente, R. LA CASA GARCÍA («La fundación-empresa», cit., pp. 164-165), quien, tras reconocer la dificultad de hacer viable la inscripción de la fundación empresaria, reconoce los inconvenientes que su omisión puede suponer para la realización de su actividad mercantil. Conviene tener en cuenta, no obstante, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de octubre de 2007 (JUR 2007/334786) que declara no procedente la inscripción de una fundación en un Registro, como el mercantil, que tiene por objeto la inscripción de empresas (sobre la misma, véase *supra* nota 1).

III. La articulación de los fines fundacionales con el ejercicio por la fundación de la actividad de empresa

1. *Consideraciones generales*

En apartados anteriores, hemos advertido que la actividad empresarial de la que sea titular la fundación —en cualquiera de sus modalidades— puede estar más o menos integrada en el esquema organizativo y jurídico de esta última y, del mismo modo, puede estar más o menos conectada con sus fines específicos. Siendo necesaria la articulación entre estos últimos y los propios objetivos e intereses de la empresa desarrollada por la fundación, resulta claro, como principio organizador básico, que, ya nos encontremos en presencia de una fundación-empresa, ya se trate de una fundación con empresa, el fin de la fundación ha de realizarse de manera necesaria sin que pueda oponerse a ello el interés específico que pueda caracterizar a la actividad empresarial desenvuelta. Es lo cierto, sin embargo, que las características propias de ambos supuestos, y de sus concretas formas de ordenación, obligan a matizar la señalada articulación de intereses.

Así, cuando la actividad de empresa resulte ser una exigencia institucional de la propia fundación, lo que sucede, esencialmente, en la fundación con empresa de tipo funcional, no sólo aquella estará vinculada con los fines fundacionales, sino que aparecerá inserta en la realidad organizativa de la fundación en cuanto instrumento idóneo para la consecución de los fines de interés general que el ordenamiento le impone. Cuando nos encontremos, en cambio, ante el supuesto de una fundación-empresa de tipo dotacional o de una fundación con empresa, se nos hará patente una llamativa desconexión entre el fin de la fundación y la actividad de empresa, en cuanto que esta última no constituye, en modo alguno, un requisito institucional de aquélla. En tales casos, resulta bien posible ver con mayor independencia el interés de la empresa fundacional respecto de los fines propios de la fundación, llegando a situarse casi como una realidad dotada de una considerable autonomía en los supuestos, organizativamente muy complejos, de grupos de sociedades encabezados por una fundación.

Las circunstancias que venimos considerando permiten poner de manifiesto, por otro lado, el diferente papel que puede corresponder al fundador desde el punto de vista de la constitución de una fundación titular de una actividad empresarial. Si la libertad del fundador está, desde luego, en la base del Derecho de fundaciones²⁹, como motor del mismo, no parece posible desconocer

²⁹ No en balde, el artículo 2.2.º LF señala que «las fundaciones se rigen por la voluntad

que la realización de la concreta actividad mercantil por la fundación, ya constituida, puede obligar, por sus propios imperativos, a que sea ésta, mediante los acuerdos de los órganos competentes —sobre todo, del Patronato— quien determine los pasos concretos a dar en cada caso. Cuando la actividad de empresa resulte ser una exigencia institucional de la propia fundación, por su estrecha conexión con sus fines específicos, el papel del fundador se prolongará, sin duda, más allá del acto de creación de la persona jurídica, condicionando en buena medida su concreta realización. Cuando, en cambio, la actividad mercantil aparezca desligada de los fines fundacionales, asumiendo un papel esencialmente dotacional, parece lógico que al designio originario del fundador se añadan, en llamativa continuidad, los acuerdos del Patronato que serán, en definitiva, quienes terminarán marcando la línea de desarrollo de la misma ³⁰. Y ello con independencia de que el propio fundador disponga de medios idóneos para influir en las decisiones del Patronato ³¹.

Estas afirmaciones, cuya verosimilitud, no obstante, ha de pasar la prueba de su adecuación a cada ordenamiento jurídico ³², pueden, a nuestro juicio, ser

del fundador, por sus Estatutos y, en todo caso, por la Ley»; sobre este aspecto, en el marco general de los conceptos básicos de la fundación en la Ley 50/2002, véase J. GARCÍA ANDRADE, «Objeto y alcance de la ley de fundaciones. Concepto de la fundación. Fines y beneficiarios. Aplicación de la ley y fundaciones especiales», en S. MUÑOZ MACHADO, M. CRUZ AMORÓS y R. DE LORENZO GARCÍA (dirs.), *Comentarios a las leyes de fundaciones y mecenazgo*, Fundación ONCE-Iustel, Madrid, 2005, pp. 44 y ss. Con todo, el entendimiento de la fundación como institución heterónoma, sólo derivada de la voluntad del fundador (véase, desde la perspectiva de la fundación empresaria, U. VALERO AGÚNDEZ, *La fundación como forma de empresa*, cit., pp. 194-196) ha experimentado una significativa matización con el paso del tiempo, de la que es un notable exponente, en particular, el Derecho español de fundaciones, objeto de nuestro análisis. Es más, ni el relevante papel del fundador, en el diseño de la fundación, ni la intervención continua del Protectorado, con finalidad supervisora de su funcionamiento, impiden advertir la mayor autonomía que adquiere nuestra figura en el marco de la legislación vigente, siempre enmarcada en el necesario cumplimiento de fines de interés general.

³⁰ Estas consideraciones parecen, sobre todo, pertinentes en el caso de la fundación con empresa y, en particular, cuando la fundación se encuentre a la cabeza de un auténtico grupo de empresas. La formulación de los correspondientes planes estratégicos, las decisiones sobre mantenimiento o cesión de participación en sociedades, etc., son decisiones que, sin perjuicio del respeto a los fines fundacionales y la voluntad del fundador, requieren una dirección autónoma, necesariamente residenciada en el Patronato, sin perjuicio de la posible concurrencia de otros órganos (véase *infra* IV, 2).

³¹ A este respecto, fuera de nuestras fronteras, es útil la consulta de S. KELLER, *Die Möglichkeiten der Einflussnahme des Stifters im Privatstiftungsrecht*, Wien, Manz, 2006, que analiza el problema en el marco de la «fundación privada», figura característica del reciente Derecho austriaco de fundaciones.

³² Por ejemplo, en el Derecho español, como se comprobará más adelante, el legislador parece reconocer solamente a la fundación-empresa de tipo funcional, al exigir que la activi-

resumidas de una forma gráfica, mediante las siguientes proposiciones: cuando la actividad de empresa sea una exigencia institucional de la propia fundación —como en el caso de la fundación-empresa de tipo funcional— bien podrá decirse que hay «más fundación que empresa», en el sentido de la inevitable influencia de esta última por los fines de la primera que, directamente condicionados por la voluntad del fundador, inspirarán e informarán la actividad mercantil; cuando, en cambio, la actividad de empresa no sea una exigencia institucional de la fundación —lo que sucede en el caso de la fundación-empresa dotacional y en el de la fundación con empresa—, la desvinculación entre los fines de la fundación y la actividad de empresa permitirá afirmar que hay «tanta fundación como empresa», viviendo sus respectivos fines e intereses trayectorias sustancialmente autónomas que, sin embargo, podrán entrecruzarse en momentos de especial dificultad económica³³. La voluntad del fundador encontrará, en este caso, el mejor elemento de continuidad en la articulación de un Patronato que asuma, desde la cercanía a la actividad mercantil, la competencia decisiva para orientar y dirigir el funcionamiento de la empresa.

2. *El problema en el Derecho español*

A) *Precisiones terminológicas previas en punto a la actividad de las fundaciones*

Aun sin nombrarlos precisamente, el legislador español, ya desde la Ley 30/1994, ha contemplado las dos modalidades institucionales de ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones que venimos considerando: la fundación-empresa y la fundación con empresa. Tanto aquella ley³⁴ como la

dad mercantil esté vinculada, de forma más o menos intensa, con los fines fundacionales; otra opinión parece sostener R. LA CASA GARCÍA, «La fundación-empresa», cit., pp. 147-149.

³³ No consideramos posible una tercera posibilidad, a saber, que hubiera «más empresa que fundación», al menos en el terreno de los principios y, sobre todo, en aquellos ordenamientos jurídicos, como el español, en los que la fundación ha de perseguir un fin de interés general. La inferioridad de su condición frente al interés de la empresa haría, en buena lógica, imposible su consecución.

³⁴ Sin perjuicio de que, según numerosas opiniones, el ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones resultaba posible con tal de que se cumplieran los requisitos conceptuales señalados en el artículo 1 de la Ley 30/1994 (así, por ejemplo, J. L. PIÑAR MAÑAS, «Artículos 1 y 2», en *Comentarios a la Ley de fundaciones y de incentivos fiscales*, I, Escuela Libre Editorial-Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 3 y ss.), este texto legal daba pistas más seguras sobre la licitud de aquel propósito. En efecto, ya la exposición de motivos, en su apartado V, afirmaba la posibilidad de que las fundaciones ejercieran «directa o indirectamente actividades mercantiles o industriales». Más adelante, el artículo 22, bajo la rúbrica «actividades mercantiles e industriales» contemplaba lo que venimos denominando «fundación con empresa», merced a la regulación de la participación de las fundaciones en el capital de «sociedades no personalistas». Por último, el artículo 23.6.º imponía la aplicación de las reglas de contabilidad del Código de

vigente parten —según hemos tenido oportunidad de señalar— de una terminología poco precisa y de una discutible ubicación sistemática del asunto. Prolongando este planteamiento, aunque con mayor empeño regulatorio, la Ley 50/2002 encuadra el problema que nos ocupa bajo la rúbrica «actividades económicas» (art. 24 LF), tan genérica como inexacta. Como es evidente, todas las fundaciones realizan, en mayor o menor medida, actividades económicas sin por ello involucrarse de manera efectiva en la realidad empresarial. Hubiera sido preferible, y desde luego mucho más clarificador de las auténticas intenciones de nuestro legislador, rotular el precepto correspondiente con la fórmula «actividades empresariales» o «actividades mercantiles».

A fin de salvar, en apariencia, esta imprecisión se ha dictado con posterioridad el artículo 23 RF, que utiliza expresamente la denominación de «actividades mercantiles» para describir el comportamiento empresarial de una fundación en el mercado ³⁵, considerándola, a la vez, como una modalidad más de las actividades ³⁶ que puede desarrollar lícitamente dicha persona jurídica; así,

comercio a las fundaciones cuando realizaran directamente actividades mercantiles o industriales». Obsérvese que, según este último precepto, sólo el ejercicio directo por la fundación de la actividad de empresa implicaría la llevanza de la contabilidad conforme a las normas que regulan el estatuto del empresario en Derecho español, con lo que habría de presumirse dicha condición en la fundación. Por el contrario, la contabilidad de una fundación que participase mayoritariamente en el capital de una sociedad mercantil no debería ser llevada conforme a las reglas del Código de comercio. Se trataba, en nuestro criterio, de una opción discutible por parte del legislador. En todo caso, de la breve exposición efectuada, cabe deducir, sin demasiadas dudas, que tanto la fundación-empresa, en cuanto titular directo e inmediato de una actividad empresarial, como la fundación con empresa, mediante su participación en sociedades no personalistas, eran contempladas y admitidas por la Ley 30/1994.

³⁵ Conviene recordar que ya la Ley 30/1994 utilizaba una expresión similar, si bien dentro de la fórmula, más amplia, de «actividades mercantiles e industriales».

³⁶ La continua referencia normativa al término «actividades», en punto al tema que nos ocupa, obliga a efectuar alguna precisión sobre el mismo. Situados en el marco de la teoría jurídica de la empresa, quizá resulte innecesario decir que el plural utilizado por las normas no debe confundir en torno a su significado exacto. No se trata de «actos», es decir, de comportamientos individualizados ajenos a un propósito organizador de la vertiente profesional de un determinado sujeto, sino de «actividad», o sea, de un designio sistemático en torno a dicha vertiente profesional que se traduce, por razón de la organización, en una serie continua y repetida de actos concretos (al respecto, siguen siendo esclarecedoras las reflexiones de T. ASCARELLI, *Lezioni di Diritto commerciale. Introduzione*, 2.^a ed., Giuffrè, Milano, 1956, pp. 102-108, entre otras). Sólo en este sentido, como se sabe, cabe hablar de empresa y, lógicamente, de actividad de empresa (al respecto, J. M.^a GONDRA, «La estructura jurídica de la empresa», cit., pp. 528 y ss.). Por otro lado, el hecho de que las normas utilicen habitualmente el plural («actividades») parece permitir la titularidad simultánea no sólo de una sino de varias empresas por parte de la fundación. Ello supone, por ejemplo, que una fundación-empresa pueda ser titular directa e inmediata de distintas actividades empresariales, siempre que se respeten las reglas vigentes y, fundamentalmente, que dichas empresas guarden alguna relación con los fines fundacionales

dentro de su capítulo V («Actividad de la fundación y gestión económica»), el precepto reseñado distingue dos grandes actividades de las fundaciones: las que denomina «propias», esto es, las que se realizan por la fundación «para el cumplimiento de sus fines, sin ánimo de lucro, con independencia de que la prestación o servicio se otorgue de forma gratuita o mediante contraprestación» (art. 23.1.º RF), y las que denomina «mercantiles», las cuales se pueden llevar a cabo por la fundación directa o indirectamente, y en ambos casos parecen requerir la finalidad de obtener lucro³⁷.

A la vista de lo expuesto conviene decir que el RF, quizá yendo más allá de lo que correspondería a un texto normativo de su naturaleza, ha intentado establecer un cierto orden terminológico y sistemático en el tema que nos ocupa, propósito merecedor, en principio, de una valoración positiva³⁸. Ello se pone de manifiesto, por un lado, en el hecho de emplear un calificativo más exacto para describir las actividades no propias que las fundaciones pueden realizar en el mercado, y al agrupar, por otro, las dos modalidades —que el RF,

(art. 23.2.º RF). Por su parte, una fundación con empresa puede, igualmente, resultar titular de diversas actividades empresariales, si bien en este caso, como sabemos, no se requiere, en principio, que estén relacionadas con sus fines. En dicho supuesto quizá resulte más hacedera la titularidad simultánea de varias empresas, puesto que en la fundación-empresa se hará sin duda más compleja la gestión empresarial y la propia organización fundacional. En todo caso, no entramos ahora en los diversos problemas que este asunto pueda plantear, y simplemente nos limitamos a apuntar su aparente licitud en el marco del vigente Derecho español de fundaciones.

³⁷ Críticamente sobre este planteamiento del RF, R. LA CASA GARCÍA, «La fundación-empresa», cit., p. 147. Con todo, la idea de ánimo de lucro o, mejor, de su ausencia en las fundaciones, como característica general de las mismas, ha recibido un matiz interesante en la STS (sala 1.ª) de 2 de julio de 2008 (Ref. Iustel: §282966), conforme a la cual a la hora de fijar la indemnización favorable a una fundación por incumplimiento de contrato debe incluirse no sólo la pérdida sufrida sino también el lucro cesante o ganancia dejada de percibir, sin que este último pueda confundirse con el ánimo de lucro ni dar lugar a un enriquecimiento injusto por parte de la fundación.

³⁸ Con alguna excepción llamativa, puesto que el artículo 29 RF («cuentas consolidadas») vuelve a referirse, en su párrafo primero, a «las fundaciones que realicen actividades económicas», recordando la terminología del artículo 24.1.º LF. No hace falta decir que la expresión «actividades económicas» es equivalente a la de «actividades mercantiles», desde luego por razones de coherencia del propio RF y, más específicamente, por el contenido de su artículo 29, que ahora nos ocupa, en donde se contempla la aplicación del régimen sobre consolidación contable del Código de comercio a las fundaciones que se encuentren en alguno de los supuestos previstos en los artículos 42 y 43 del mismo. Alguna leve incongruencia encontramos, también, en la LF, cuya predilección por la fórmula «actividades económicas» se ve desmentida, por ejemplo, en su artículo 25.9.º, *in fine*, precepto en el cual, tras declarar aplicable el régimen contable del C. de c. a las fundaciones que «realicen actividades económicas», de acuerdo con lo indicado en el artículo 24 LF, habla en el inciso final de «los distintos elementos patrimoniales afectos a la actividad mercantil».

al igual que la LF, no nombra— de fundación-empresa y fundación con empresa dentro de una misma categoría de fundaciones, caracterizadas por llevar a cabo actividades mercantiles. De la terminología utilizada por el legislador en el RF, también puede deducirse, a nuestro juicio, un cierto carácter secundario o, en todo caso, menos «natural» para las fundaciones, de las actividades mercantiles. El hecho de calificar como «propias» las que no sean «mercantiles» parece revelar nítidamente dicho propósito ³⁹.

B) *Fines de la fundación y actividad fundacional: el ejercicio de la empresa mercantil y su relación con las «actividades propias» de la fundación*

De la lectura del artículo 23 RF cabe deducir, en apariencia, que son las actividades propias las que pertenecen a la esencia de la fundación y, sin entrar en su contenido —caracterizado negativamente por no ser mercantil—, han de concurrir en la persona jurídica fundacional para que se constituya con regularidad y actúe con eficacia en la esfera jurídica que le incumbe. Toda fundación, también en apariencia, podrá realizar actividades mercantiles, si bien no pertenece a su esencia el llevarlas a cabo, al menos de acuerdo con el significado literal de la terminología reflejada en el RF; habrá en su ejercicio una concreta opción del fundador, a la hora de pensar en el diseño de la persona jurídica, o, en su caso, de la propia fundación, convencidos, en ambos casos, de su conveniencia para que se pueda cumplir de manera plena el fin de la fundación que, resulta necesario recordarlo, ha de ser de interés general. Cabría decir, en resumen, que, en el planteamiento del artículo 23 RF, las actividades propias son necesarias y suficientes para que la fundación se constituya y actúe eficazmente, en tanto que las mercantiles no son, desde luego, necesarias (a salvo, en apariencia, de la fundación-empresa funcional), pero tampoco suficientes, al tener que concurrir, de manera inexorable, al lado de otras actividades, ésas sí auténticamente propias de la fundación.

³⁹ Véase, también, R. LA CASA GARCÍA, «La fundación-empresa», cit., pp. 146-147. A tenor de esta caracterización, podría llegar a pensarse que el RF priva de sentido a la fundación-empresa funcional, al dejar, en apariencia, fuera del núcleo de la fundación (de sus concretos fines, más específicamente) a la actividad de empresa que pudiera desarrollar, concibiendo esta última, también en apariencia, de modo puramente dotacional. En realidad, esta derivación, como otras a las que pueden dar pie tanto la incierta terminología normativa, como la insuficiencia del régimen establecido, no sería acertada; no sólo por razones de jerarquía normativa, sino, sobre todo, por la ineludible necesidad de interpretar, de acuerdo con su teleología, la legislación fundacional en su conjunto, la conclusión extraída es inadecuada, ya que la actividad empresarial en cuestión siempre habrá de tener una conexión con los fines fundacionales de acuerdo con lo establecido en los artículos 24.1.º LF y 23.2.º RF.

No sería obstáculo para esta conclusión el hecho de que el artículo 23.1.º RF comience diciendo que «las fundaciones podrán desarrollar actividades propias y actividades mercantiles», como si la realización de ambas fuera en todo caso voluntad exclusiva del fundador o de la fundación. Y ello se debe, esencialmente, a dos razones; en primer lugar, a que, a renglón seguido, el RF define la actividad propia, según ya sabemos, como «la realizada por la fundación para el cumplimiento de sus fines, sin ánimo de lucro». En segundo lugar, a la delimitación de las actividades mercantiles que lleva a cabo el propio RF. En efecto, el artículo 23.2.º RF señala que «las fundaciones podrán, además, desarrollar directamente actividades mercantiles», dando a entender que estas últimas sí son voluntarias en cuanto que, al parecer, no se llevan a cabo para dar cumplimiento a los fines de la fundación, si bien han de estar relacionadas con ellos, según se deduce del inciso siguiente del mencionado precepto.

Esta relación de las actividades mercantiles con los fines fundacionales parece valer, exclusivamente, para las fundaciones que ejerciten directamente la actividad empresarial, es decir, para la fundación-empresa. Con independencia de si este punto de vista es acertado o no, el señalado condicionamiento de la actividad de empresa, en tal supuesto, es decir, que no toda actividad de empresa pueda ser llevada a cabo directamente por cualquier fundación (empresa), no parece jugar cuando la actividad mercantil se realiza indirectamente, es decir, en el caso de la fundación con empresa. Tal cosa se puede deducir con relativa facilidad, tanto del artículo 24.1.º, *in fine*, LF, como del artículo 23.2.º, *in fine*, RF; obsérvese que, con alguna diferencia de redacción llamativa⁴⁰, ambos textos normativos afirman dicha posibilidad, al señalar que la fundación con empresa podrá llevar a cabo «cualesquiera actividades económicas» (art. 24.1.º LF) o «cualquier actividad mercantil» (art. 23.2.º RF) mediante su

⁴⁰ Al margen de que la LF hable de «actividades económicas» y el RF de «actividad mercantil», términos que, a nuestro juicio, han de considerarse equivalentes, aquélla indica, al comienzo del precepto comentado, que las fundaciones podrán «intervenir» en las mencionadas actividades (art. 24.1.º *in fine* LF), en tanto que éste señala que las fundaciones podrán «realizar» tales actividades (art. 23.2.º *in fine* RF). La diferencia semántica entre ambas palabras puede no ser irrelevante en el tema que nos ocupa, al apuntar una diferente calificación de la fundación como sujeto participante en la actividad empresarial. Si se interviene en la actividad empresarial, no es seguro que quepa atribuir al sujeto protagonista la calificación de empresario, ya que tal conclusión dependerá de la intensidad y extensión de dicha intervención; si, en cambio, se realiza una actividad empresarial, aunque sea indirectamente, merced a la participación en una sociedad, no resultará difícil afirmar que el sujeto activo merece en tal caso la calificación de empresario en un sentido funcional. Las consecuencias en ambos casos pueden ser muy distintas, como es obvio, y sólo parece posible indicar ahora que el legislador ha terminado de desarrollar con cierta claridad sus ideas en materia de ejercicio, directo o indirecto, de actividades empresariales por las fundaciones en el RF, dando expresión a algunos criterios no del todo nítidos contenidos en la LF.

participación en sociedades. O sea, dicho con otras palabras, no se requiere expresamente que la actividad empresarial esté relacionada con los fines fundacionales para que pueda ser realizada lícitamente por una fundación.

Este diferente planteamiento de política jurídica, aunque pueda encontrar para su justificación buenas razones de índole práctica o de corte tradicional, introduce una aparente diversidad de trato entre las dos modalidades básicas de ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones. Sin perjuicio de que quepa formular diferentes matices, con motivo de la interpretación singular del régimen normativo previsto para cada modalidad, es lo cierto que la inferior libertad en punto a la realización de actividades mercantiles de que disfruta la fundación-empresa frente a la fundación con empresa puede dar lugar a numerosos problemas y es susceptible de restringir, sin el debido fundamento, la utilidad práctica de aquella figura. No es fácil saber la razón de fondo que se puede encontrar en la base de esta diversidad de trato, a la vista de las escasas referencias al respecto que encontramos en la exposición de motivos de la LF. En ella sólo se habla, aunque sin nombrarla, de la fundación-empresa, quizá por entender que la intervención en la vida empresarial por vía de participación en sociedades no constituye, en sentido estricto, un caso de ejercicio de actividad empresarial, propiamente dicha ⁴¹. Este restrictivo punto de vista, que podría deducirse del tenor literal de la LF, ha sido superado por el RF al introducir nuevas y relevantes perspectivas mediante la equiparación entre la fundación-empresa y la fundación con empresa en cuanto a la titularidad de la actividad mercantil, si bien con la relevante diferencia en cuanto a la inmediatez o no de su ejercicio.

⁴¹ Véase *infra* IV, 3, nota 53. En otro orden de cosas, es posible, incluso, que el legislador haya intentado dar algunos pasos, sin demasiado convencimiento ni demasiada claridad, hacia el esbozo de una cierta tipología de las fundaciones que realizan actividades empresariales, es decir, a la vez una tipología fundacional y empresarial. Nos faltan elementos para perfilar debidamente el contenido de dicha (presunta) tipología, aunque quizá cupiera entender que la fundación-empresa estaría destinada a empresas muy conectadas a aspiraciones y valoraciones sociales, jurídicas y económicas, trascendentes a la actividad mercantil cotidiana y que, por ello mismo, sólo pueden encontrar expresión organizativa en estructuras jurídicas, como la fundación, destinadas a la realización de fines de interés general. La fundación con empresa, por su parte, aun insertándose en el esquema normativo y valorativo del Derecho de fundaciones, constituiría, en cambio, una figura abierta con mayor intensidad al mundo empresarial, por cuanto se hace posible la realización del propósito del fundador sin una dependencia estricta del fin de la fundación. Aunque quizá pudiera pensarse, no es seguro vincular esta presunta tipología con la diferencia de tamaño de las respectivas fundaciones, considerando que la fundación-empresa estaría conectada a realidades económicas de reducida dimensión, en tanto que la fundación con empresa vendría a ser expresión de iniciativas empresariales de mayor entidad. Con todo, estas ideas no se deducen nítidamente del vigente Derecho de fundaciones, tal y como aparece expresado entre nosotros.

IV. El marco normativo de la fundación empresaria en el Derecho español

1. *Una valoración previa: la insuficiencia del régimen legislativo de la fundación empresaria*

A la hora de exponer, con carácter sintético, el régimen jurídico existente en el Derecho español sobre la fundación empresaria, conviene ocuparse, en primer lugar, de las reglas comunes a los dos supuestos institucionales reconocidos en el mismo, para contemplar, seguidamente, los aspectos específicos relativos tanto a la fundación-empresa como a la fundación con empresa. Antes de entrar, no obstante, en el análisis de tales cuestiones, resulta necesario reiterar la evidente insuficiencia de las disposiciones establecidas en nuestro ordenamiento al respecto, seguramente derivada del criterio, ya advertido con anterioridad, de que la fundación empresaria, cualquiera que sea la modalidad de su concreta articulación, no es una categoría especial de dicha persona jurídica, merecedora de un tratamiento normativo particular, sino un ejemplo más de la fundación «ordinaria» regulada por el legislador, cuyo régimen ha de aplicársele sin matizaciones de ningún tipo. No puede ignorarse, por tanto, este criterio legislativo, que, a lo más, podrá ser objeto de crítica desde una perspectiva de *lege ferenda*, difícil de concretar, por otra parte, dada la falta, sobre todo, de una experiencia práctica suficiente entre nosotros.

Aunque este apartado se limitará a la hermenéutica del Derecho vigente, sin asumir el planteamiento de su reconsideración al hilo de criterios alternativos, sí deben señalarse los numerosos inconvenientes que para la fundación empresaria se derivan del punto de vista adoptado por el legislador español. Y es que el hecho de partir de una visión netamente fundacional de dicha figura, sin elementos que la singularicen respecto de la fundación «ordinaria», aun gozando de argumentos a favor, no permite entender la posición que corresponde a la fundación empresaria en el mercado ni contribuye a resolver los numerosos problemas que, como consecuencia de dicho extremo, le afectan, no sólo en sus relaciones con terceros, sino también en su configuración interna. Para superar, al menos en parte, estos inconvenientes, será necesario añadir a la visión netamente fundacional, querida por el legislador, la inexorable perspectiva mercantil, por situarse nuestra figura *también* en este sector del ordenamiento jurídico, algunas de cuyas normas, por diferentes razones, le serán igualmente de aplicación. No se altera, con este criterio, el planteamiento de *lege data*, antes señalado como guía del presente apartado, pues con la precisión anterior no se pretende reconstruir y desarrollar, bajo otros parámetros, el Derecho español de fundaciones en el tema que nos ocupa, sino, meramen-

te, dar curso al criterio implícitamente existente en la disciplina legislativa en vigor ⁴².

2. *El papel de la autonomía de la voluntad; en especial, respecto de la organización de la fundación empresaria*

Con todo, quizá sea posible extraer de esta compleja situación algunos elementos positivos a través del recurso a la autonomía de la voluntad, cuya importancia tradicional en la realidad de las fundaciones no hace falta subrayar ⁴³.

⁴² Un aspecto en el que este planteamiento puede ser fructífero es el de las modificaciones estructurales de la fundación empresaria, cuyo tratamiento en la Ley 50/2002 resulta particularmente insuficiente, al contemplar sólo la fusión (con detalle, J. CAFFARENA, «La fusión de las fundaciones», en S. MUÑOZ MACHADO, M. CRUZ AMORÓS y R. DE LORENZO GARCÍA (dirs.), *Comentarios a las leyes de fundaciones y mecenazgo*, cit., pp. 437 y ss.), marginando otras modalidades de dichas modificaciones como la transformación o la escisión, por ejemplo. Se trata de un sector relevante para los empresarios y, por ello mismo, verosímelmente también para la fundación empresaria, debido a la necesidad de adaptación continua a los requerimientos de un mercado competitivo. La reciente Ley 3/2009, de 3 de marzo, de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles [al respecto, F. RODRÍGUEZ ARTIGAS (coord.), *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, 2 vols., Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2009; R. ANSÓN PEIRONCELY, J. BANACLOCHE y V. GARRIDO DE PALMA, *La Ley 3/2009 de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, así como las aportaciones de A. VEIGA COPO, V. MARTÍ MOYA, I. TIRADO MARTÍ, J. NOVAL PATO, P. RODAS PAREDES y J. MIQUEL RODRÍGUEZ en I. ARROYO, J. M. EMBID y C. GÓRRIZ (coords.), *Comentarios a la Ley de sociedades anónimas*, 2.ª ed., I, Tecnos, Madrid, 2009] ofrece, en tal sentido, un repertorio de soluciones jurídicas susceptible de ser utilizado en el marco de las modificaciones estructurales de las fundaciones. Se da continuidad de este modo a la significativa influencia del Derecho de sociedades en el régimen de las fundaciones. Con todo, la insuficiencia de la disciplina establecida al efecto en la Ley 50/2002 impide el desarrollo seguro de esta vertiente del régimen jurídico de la fundación empresaria, al quedar en el aire algunas cuestiones esenciales. Sin profundizar demasiado en este importante asunto, parece difícil dar cobertura jurídica a las modificaciones estructurales de las fundaciones que carezcan de regulación en su normativa específica, a la vista del principio de tipicidad legislativa que se predica doctrinalmente de la materia que nos ocupa. Por ello, salvo la fusión, resulta sumamente discutible la posibilidad de que sean viables las restantes modificaciones estructurales reguladas en la Ley 3/2009. De otra parte, y en lo que atañe al ámbito subjetivo del problema, da la impresión de que el vigente Derecho de fundaciones contempla únicamente modificaciones estructurales (*rectius*, la fusión) de fundaciones, es decir alteraciones homogéneas, sin posibilidad de inclusión, por tanto, de otras personas jurídicas en el proceso. Se trata de un planteamiento que cabría calificar de tradicional, y que algunos ordenamientos, como el italiano, han reformado de manera relevante, acogiendo las modificaciones heterogéneas, con participación de personas jurídicas de distinta naturaleza, de un lado, y con la posibilidad de que la entidad resultante de la modificación tenga, del mismo modo, naturaleza diferente a la del sujeto o sujetos que la iniciaron [al respecto, A. ZOPPINI/M. MALTONI (coords.), *La nuova disciplina delle associazioni e delle fondazioni. Riforma del Diritto societario ed enti non profit*, Cedam, Padova, 2007].

⁴³ A este respecto, véase la relevante aportación de U. BURGARD, *Gestaltungsfreiheit im Stif-*

Aunque resulta sin duda necesario estudiar el alcance de su efectivo protagonismo en el vigente Derecho español de fundaciones, parece indudable que el ámbito de la fundación empresaria ha de ser uno de los terrenos en los que la autonomía de la voluntad podrá alcanzar mayor significación. En este sentido, la autonomía de la voluntad puede jugar un papel destacado en el plano organizativo, teniendo en cuenta que, por su propia naturaleza, la fundación empresaria requerirá verosímelmente una estructura orgánica más compleja que la mera presencia de un Patronato. Ello se debe, en lo esencial, a la necesidad de atender a las dos vertientes de actividad de esta fundación: la propiamente fundacional, vinculada a la realización de sus específicos fines, y la de carácter empresarial, necesitada de asumir los criterios distintivos de la gestión mercantil⁴⁴. Por tal motivo, salvo en los casos de perfecta simbiosis entre fundación y actividad de empresa, propia de la fundación-empresa de carácter funcional, resultará lógico contar, al lado del Patronato, con algún órgano añadido al que corresponda, *prima facie*, la tarea inmediata de dirigir la empresa fundacional, sin perjuicio de la existencia de otros posibles modelos, más complejos, de estructura orgánica⁴⁵.

La posibilidad que acabamos de exponer, tradicionalmente considerada respecto de la fundación-empresa de manera exclusiva⁴⁶, no es, sin embargo,

tungsrecht. Zur Einführung korporativer Strukturen bei der Stiftung, Dr. Otto Schmidt, Köln, 2006, que recurre a ideas e instituciones provenientes de algunos sectores del ordenamiento jurídico, como el Derecho de sociedades, para canalizar el ejercicio de la autonomía de la voluntad en la configuración jurídica de las fundaciones, ejerzan o no actividades empresariales. Sobre la base de dicho planteamiento, dicho autor llega incluso a admitir, entre otras cosas, la plena validez jurídica de una «fundación configurada corporativamente» (*ibidem*, pp. 655 y ss.); críticamente sobre este «uso intensivo» de la autonomía de la voluntad en el Derecho de fundaciones, D. REUTER, «Stiftungsform, Stiftungsstruktur und Stiftungszweck. Zu neueren Thesen über die Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht», *AcP*, n.º 207, 2007, pp. 1 y ss.

⁴⁴ En este sentido, U. VALERO AGÚNDEZ, *La fundación como forma de empresa*, cit., p. 354.

⁴⁵ Al respecto, véanse las consideraciones de U. VALERO AGÚNDEZ, *La fundación como forma de empresa*, cit., pp. 354-355 y 377, entre otras muchas.

⁴⁶ Así se advierte, por ejemplo, en la fundamental obra de U. VALERO AGÚNDEZ, *La fundación como forma de empresa*, repetidamente citada en este trabajo. Con todo, debe evitarse la tendencia de considerar ajena a esta temática a la modalidad que venimos denominando fundación con empresa, como si el hecho de ejercer indirectamente la actividad de empresa mediante su participación en sociedades hiciera superflua toda reflexión relativa a la necesidad de adecuar su estructura orgánica a las necesidades derivadas de la misma. En este sentido, podría pensarse que corresponderá a la sociedad participada la tarea de diseñar la organización pertinente a la actividad empresarial que gestiona directamente. Sin perjuicio de que ese diseño sólo puede concebirse de acuerdo con las preferencias de la fundación participante, no cabe excluir la tentación de alejar a esta última no sólo de la administración directa de la empresa, sino de cualquier medida que suponga alguna implicación inmediata en la misma, al margen, claro está, del necesario ejercicio por ella de un control básico sobre la sociedad participada. Esta interpretación, quizá subyacente a algunas aportaciones recientes al estudio del tema que

la única a la hora de establecer una adecuada estructura orgánica para la fundación que lleva a cabo actividades empresariales. Desde una perspectiva de menor complejidad, cabría mantener el principio tradicional de unidad orgánica en la fundación, delegando ciertas facultades, básicamente ejecutivas, en algún miembro del Patronato, sin perjuicio de la concesión de apoderamientos específicos para la realización de concretas tareas. De este modo, el Patronato mantendría incólume su condición de órgano único de la fundación, viéndose ayudado para el ejercicio cotidiano de sus múltiples actividades por el patrono delegado o por los apoderados que pudieran nombrarse. Pero, a la inversa, cabe imaginar modelos más complejos, sobre todo idóneos para supuestos de fundación-empresa de gran dimensión, en los que llegue a establecerse una auténtica pluralidad orgánica.

En el ámbito que acabamos de señalar, resulta factible disgregar la función de dirección empresarial en diferentes vertientes, de acuerdo con la lógica propia del mundo de la empresa, asignándolas a distintos órganos, investidos cada uno de ellos con las competencias necesarias para el desarrollo de su específica misión. Es posible pensar, así, en dar autonomía organizativa a sectores concretos de la actividad directiva en la empresa como el financiero, el de personal, el de marketing, el de planificación, etc., correspondiendo a la autonomía de la voluntad del fundador y de la fundación no sólo el número y las competencias de los órganos de la fundación, sino también, lo que es más importante, la definición de las relaciones interorgánicas mediante reglas de subordinación o coordinación, según los casos y circunstancias.

En todo caso, conviene decir que el vigente Derecho español admite, con carácter general, las diversas posibilidades reseñadas de organización interna y no sólo respecto de aquellas que ejerciten actividades empresariales. Así, existe expresamente reconocida la facultad de crear órganos distintos del Patronato ⁴⁷

nos ocupa, no parece congruente con el auténtico significado de la modalidad de fundación empresarial ahora considerada y tiende a separar artificialmente (con la finalidad, tal vez, de salvaguardar el patrimonio de la fundación) la empresa de la propia fundación.

⁴⁷ Sobre estas cuestiones, con más detalles, J. M. EMBID IRUJO, «Gobierno de la fundación», en S. MUÑOZ MACHADO, M. CRUZ AMORÓS y R. DE LORENZO GARCÍA (dirs.), *Comentarios a las leyes de fundaciones y mecenazgo*, cit., pp. 231 y ss. La configuración misma del Patronato es susceptible de reflejar con amplitud los particulares criterios del fundador; así se deduce del artículo 15 LF y del RF, que ofrece una suerte de regulación-modelo al efecto, concebida con un mero carácter supletorio, a falta de específica consideración estatutaria; ha de mencionarse, en concreto, el art. 8 RF cuando advierte, a propósito de este tema, que «las disposiciones recogidas en este capítulo se aplicarán en defecto de la regulación contenida en los estatutos, de acuerdo con la ley». Sobre el Patronato, sigue siendo de interés, aun refiriéndose a la Ley 30/1994, el libro de J. R. SALELLES CLIMENT y R. VERDERA SERVER, *El Patronato de la Fundación*, Aranzadi, Cizur Menor, 1997. Respecto del Derecho vigente, véanse, asimismo, los comenta-

mediante la correspondiente mención estatutaria ⁴⁸, indicando su composición y las competencias que se pretenda asignarles, siempre que no incidan en las que, por ley, corresponden necesariamente a aquél ⁴⁹. Asimismo, la configuración estatutaria de esos posibles órganos habrá de respetar la posición del Patronato como «órgano de gobierno y representación» de la fundación (art. 14.1.º LF; el art. 15.1.º RF habla de «órgano de gobierno y administración») al que corresponde el cumplimiento de los fines fundacionales y la administración de su patrimonio. Lo mismo podemos decir respecto a la delegación de facultades y la concesión de apoderamientos, expresamente contemplados por la legislación vigente (art. 16.4.º LF) ⁵⁰.

3. Aspectos de régimen jurídico comunes a la fundación-empresa y a la fundación con empresa

A lo largo del presente trabajo se ha afirmado en diversas ocasiones la insuficiencia del régimen jurídico establecido por el legislador español para la fundación empresaria. Al margen de los preceptos dedicados a perfilar, de manera esquemática, la concreta dimensión institucional de la fundación-empresa y de la fundación con empresa, en efecto, las normas comunes a ambas son muy pocas, y, a la vez, de alcance limitado. Prácticamente todas ellas aparecen situadas, tanto en la LF como en el RF, dentro del apartado relativo al funcionamiento de la fundación y, de manera más concreta, en lo que se refiere a la contabilidad y gestión económica ⁵¹. Quizá el precepto más relevante, en tal

rios a los preceptos de la LF relativos al Patronato de R. MARIMÓN DURÁ y J. OLAVARRÍA IGLESIA, en J. OLAVARRÍA IGLESIA (COORD.), *Comentarios a la Ley de fundaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 355 y ss.

⁴⁸ Sin perjuicio de otras posibilidades menos complejas, desde el punto de vista organizativo, como pueden ser la delegación de facultades o la concesión de apoderamientos (art. 16 LF); cabe, asimismo, que se establezcan en los estatutos nuevos órganos al lado del Patronato y que, a la vez, este último delegue algunas facultades y conceda apoderamientos. Se trata, en todo caso, de una posibilidad abierta, en el Derecho español, a cualquier fundación y no sólo a las que ejerciten actividades empresariales.

⁴⁹ Las funciones propias y, por ello mismo, indelegables del Patronato son la aprobación de las cuentas y del plan de actuación, la modificación de los Estatutos, la fusión y la liquidación de la fundación, así como aquellos actos que requieran la autorización del Protectorado (arts. 16.1.º LF y 15.2.º RF). En todo caso, la creación, modificación y supresión de estos órganos distintos del Patronato, así como el nombramiento y cese de sus miembros se inscribirán en el Registro de Fundaciones de competencia estatal (art. 15.3.º RF, que resulta mucho más preciso que el art. 16.4.º LF).

⁵⁰ Para mayores detalles, véase J. M. EMBID IRUJO, «El ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones (fundación-empresa y fundación con empresa): su significado en el régimen jurídico de las Cajas de ahorros en España», cit., pp. 47-48.

⁵¹ Conviene observar a este respecto que la normativa general sobre contabilidad de las

sentido, se encuentre en el artículo 25.9.º LF, cuando declara aplicable a la contabilidad de las fundaciones lo dispuesto en el C. de c., en el caso de que las mismas «realicen actividades económicas»; a continuación se añade que se deberán «formular cuentas consolidadas cuando la fundación se encuentre en cualquiera de los supuestos allí previstos para la sociedad dominante»⁵².

Estas declaraciones, debidamente completadas por la disciplina complementaria del RF⁵³, resultan de extraordinario interés, no obstante lo limitado de su formulación. De un lado, y como efecto fundamental, la propia legislación de fundaciones determina la entrada, como elemento regulador esencial de la fundación empresaria, del Derecho mercantil, en lo relativo, precisamente, a un conjunto normativo propio del *status* del empresario, como es la contabilidad. Sin decirlo expresamente y, a la vez, sin distinguir entre las dos modalidades de ejercicio de actividades mercantiles por una fundación, la disciplina legislativa avala su calificación como empresario. Bien miradas las cosas, no parece lógico otro resultado, pues, de lo contrario, resultaría absurda la remisión al régimen de la contabilidad del C. de c. (propio de los empresarios,

fundaciones está impregnada de ideas y planteamientos propios de su tratamiento por el Derecho mercantil (véase, por ejemplo, lo que se dispone en diferentes apartados del art. 25 LF, como norma básica sobre el Derecho contable de las fundaciones), del mismo modo que, según hemos advertido con anterioridad, el Derecho de sociedades ha hecho sentir su influencia en el régimen básico de la fundación como persona jurídica existente entre nosotros (véase *supra* II, 4). Este trasvase continuo de normas desde el Derecho mercantil, así como su posterior adaptación al ámbito de las fundaciones, permite confirmar, una vez más, que toda fundación, aunque no realice actividades empresariales, ha de ser vista como un ejemplo de operador económico del mercado, es decir, como un sujeto activo en la vida económica y social sin perjuicio de su necesario servicio a fines de interés general.

⁵² Las alusiones a las actividades empresariales o mercantiles, de acuerdo con la terminología preferida por el RF, son frecuentes a lo largo de diferentes preceptos de nuestro Derecho de fundaciones; sin afán de exhaustividad pueden consultarse los siguientes: artículo 25, párrafos 3.º y 4.º LF, y artículos 26.2.º y 30.1.º RF, entre otros.

⁵³ Antes de la promulgación del RF, hubiera sido posible discutir si la aplicación del Derecho mercantil contable sólo resultaba pertinente para la fundación-empresa y no para la fundación con empresa. El argumento se habría podido deducir del hecho de que el artículo 25.9.º LF ordenaba tal remisión normativa cuando la fundación realizase actividades económicas, teniendo en cuenta que el artículo 24.1.º LF distinguía (y sigue haciéndolo) entre «desarrollar» actividades económicas —supuesto de la fundación-empresa— e «intervenir» en cualesquiera actividades económicas —supuesto de la fundación con empresa—. Esta diferente terminología permitía, sobre la base de la literalidad del precepto, afirmar que en este último caso no cabría, propiamente, titularidad de la actividad empresarial en sentido estricto, con la imposibilidad de calificar como empresario a la fundación con empresa, entre otras consecuencias. Como es sabido, el artículo 23 RF habla, en los dos supuestos, de «realizar» actividades mercantiles, lo que, a nuestro juicio y de acuerdo con una interpretación teleológica conjunta del Derecho de fundaciones (véase *supra* nota 39), permite la aplicación del Derecho mercantil contable en todos los supuestos de fundación empresaria, quedando sin objeto la posible discusión.

no se olvide) precisamente cuando la fundación realice actividades «económicas», palabra esta última —no resulta necesario reiterarlo— que sólo adquiere sentido como equivalente a «empresariales» o, de acuerdo con el RF, «mercantiles».

Pero, de otro lado, el precepto antes transcrito permite superar cualquier duda sobre la legitimidad de los grupos de sociedades encabezados por una fundación⁵⁴. Al imponer la elaboración de cuentas consolidadas a la fundación que se encuentre en cualquiera de los supuestos relativos a la sociedad dominante contemplados en el artículo 42 C. de c., reconoce nuestro Derecho de fundaciones una de las consecuencias jurídicas específicas vinculadas al supuesto de hecho del grupo, sin establecer matización alguna por el hecho de que la entidad obligada a la rendición de cuentas consolidada sea una fundación⁵⁵.

V. La fundación-empresa

1. *Las notas distintivas de la actividad mercantil desarrollada por la fundación*

Ya ha quedado señalada la orientación que inspira a nuestro legislador a la hora de regular la fundación-empresa, conforme a la cual parece admitirse exclusivamente en el Derecho español su variedad funcional. Los preceptos pertinentes, como ya sabemos, son los artículos 24.1.º LF y 23.2.º RF, cumpliendo este último una importante función de desarrollo, aclaración y complemento del primero, sin que, por ello, se haya alterado, a nuestro juicio, la concepción básica de la Ley 50/2002. Lo esencial, y prácticamente lo único, que hace este texto legal es habilitar a las fundaciones para el ejercicio de actividades económicas (mercantiles en la terminología, más exacta, del RF), señalando su necesaria conexión con los fines fundacionales. Qué se entienda

⁵⁴ Al respecto, aunque centrado en la Ley 30/1994, J. M. EMBID IRUJO, *Introducción al Derecho de los grupos de sociedades*, Comares, Granada, 2003, pp. 179 y ss.

⁵⁵ Como complemento a este asunto, véase lo dispuesto por el artículo 29 RF. *A priori*, quizá pueda pensarse que la consolidación contable será pertinente, sobre todo, en supuestos de fundación con empresa y, en particular, cuando, en dicho ámbito, la fundación se constituya en entidad directora de un auténtico grupo de empresas o sociedades. Sin embargo, con ser lo anterior correcto, no resulta extravagante la hipótesis de que una fundación-empresa, en sentido estricto, venga obligada a consolidar cuentas por ser cabecera de un grupo, sin perjuicio de que ella misma realice directamente actividades mercantiles. No ha de pensarse, por tanto, que la fundación-empresa deba contentarse con ser titular directo de una actividad mercantil quedándole vedada, más de hecho que de derecho, la participación en sociedades u otras personas jurídicas.

por actividades mercantiles —cuestión previa, en buena lógica, a su orientación o fin— es algo a lo que la LF no atiende, sirviendo, a tal efecto, la formulación contenida en el RF, tomada, a su vez, del artículo 3.3.º, *in fine*, de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo⁵⁶.

En este sentido, el artículo 23.2.º RF afirma que «las fundaciones podrán, además, desarrollar directamente actividades mercantiles cuando realicen la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios para obtener lucro». Con esta formulación, no se hace otra cosa que reiterar, con algunos matices no decisivos a nuestro juicio, los elementos caracterizadores de la actividad de empresa desde el punto de vista jurídico-mercantil⁵⁷. Se contempla, de este modo, una actividad económica, organizada, profesional y en nombre propio, notas todas ellas que, por regla general, encontramos de manera prácticamente unánime, en la doctrina especializada. El carácter económico de la actividad está implícito en el calificativo de mercantil con el que se le adorna; el elemento organizativo se contempla a propósito de la referencia a la ordenación de medios de producción y de recursos humanos, sin que sea necesaria la concurrencia de ambos; la idea de la profesionalidad, por su parte, ha de entenderse implícita en la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios.

Finalmente, en cuanto al ejercicio en nombre propio, inherente al hecho de que la fundación desarrolle «directamente» actividades mercantiles, el precepto que comentamos se limita a requerir que la actividad en cuestión se lleve a cabo «por cuenta propia». No ha de entenderse esta última referencia en sentido estricto, como si bastara para que la fundación-empresa mereciera auténticamente tal calificativo que sus resultados económicos terminarían afectándole a ella y sólo a ella, con independencia incluso de que la actividad mercantil no se realizara en su nombre. Para poder imputar las consecuencias patrimoniales de una actividad mercantil a su autor, es decir, para calificar a este sujeto como empresario, resulta precisa la expedición del nombre, lo que

⁵⁶ La vertiente tributaria, tan relevante en el régimen jurídico general de las fundaciones, no será considerada aquí, al margen de las posibles alusiones que quepa formular desde la perspectiva concreta del ejercicio de las actividades empresariales por dichas personas jurídicas, objeto central de nuestro trabajo. En el marco del vigente Derecho español, el lector interesado en la vertiente tributaria de las fundaciones puede consultar el volumen editado por S. MUÑOZ MACHADO, M. CRUZ AMORÓS y R. DE LORENZO GARCÍA (dirs.), *Comentarios a las leyes de fundaciones y mecenazgo*, cit., pp. 763 y ss. Recientemente, a propósito del IVA, M. CRUZ AMORÓS, «El régimen español del IVA en las Fundaciones», *ADF* 2009, pp. 15 y ss.

⁵⁷ Por muchos, véase J. M.ª GONDRA, «La estructura jurídica de la empresa», cit., *passim*.

implica su uso de modo general y permanente respecto de los terceros con los que se vincula por el ejercicio de dicha actividad⁵⁸. Parece obvio que este requisito también debe considerarse contemplado en el marco del artículo 23.2.º RF.

A los caracteres antedichos, añade el precepto en estudio el propósito de obtener lucro, como objetivo finalista de la actividad mercantil desarrollada por la fundación-empresa. Como es sabido, se discute intensamente si el ánimo de lucro es requisito esencial de la actividad de empresa, habiendo importante doctrina y argumentos legales de peso para negarlo. Con todo, en este caso la alusión al lucro no tiene otro sentido, a nuestro juicio, que el de permitir el desarrollo pleno de la actividad de empresa por parte de la fundación, persona jurídica ésta cuya constitución y funcionamiento, como es bien sabido, excluyen necesariamente tal propósito (art. 2.1.º LF)⁵⁹.

Se obvia, en cambio, al mercado como marco de la actividad de empresa y destino necesario de los bienes o servicios cuya producción o distribución lleve a cabo la fundación. En realidad, y aunque nada diga la norma, la presencia del mercado parece inherente a la formulación propuesta, ya que resultaría absurdo que la organización de personas y medios de producción con los fines señalados se concibiera desde la perspectiva única del autoconsumo. Por si ello no resultara suficiente, tanto el artículo 23.2.º RF, como, ya con anterioridad, el artículo 24.1.º LF, advierten de que las actividades mercantiles desarrolladas por la fundación-empresa quedarán sometidas «a las normas reguladoras de defensa de la competencia». El Derecho *anti-trust* adquiere sentido, como es notorio, por referencia al mercado, por el propósito, en suma, de defender la competencia en el marco del mercado ante las potenciales restricciones de que puede ser objeto por parte de los operadores económicos que en él actúen.

Con todo, la utilidad de la mención del Derecho *anti-trust* para hacer visible al mercado en la actividad mercantil requerida a la fundación-empresa resulta menos relevante de lo que a primera vista pudiera parecer y, en sentido estricto, podría considerarse superflua, a la vez que insuficiente. Y ello, de un lado, porque toda actividad de empresa, y por supuesto, también la que desarrolle una fundación, se lleva a cabo en el mercado, quedando sometida, por ello mismo y sin necesidad de que ninguna norma lo diga, al Derecho de defensa de la competencia. De otro, porque por idéntica razón no sólo se somete

⁵⁸ Al respecto, J. M.ª GONDRA, «La estructura jurídica de la empresa», cit., pp. 533 y 534.

⁵⁹ Esta descripción de la actividad de empresa, válida, como sabemos, para la fundación-empresa, lo es también, a nuestro juicio, para la fundación con empresa, con la lógica salvedad de que, en este caso, el ejercicio de la actividad mercantil es indirecto, merced a la participación de la fundación en sociedades.

el empresario en cuestión a «las normas reguladoras de defensa de la competencia», como señalan los artículos 24.1.º LF y 23.2.º RF, sino al completo y entero Derecho del mercado, que comprende, desde luego, la normativa *anti-trust*, pero también las normas sobre competencia desleal, sobre propiedad industrial y sobre publicidad, entre otras. No obstante, con la referencia que comentamos, quizá el legislador haya querido reforzar la vigencia de estas ideas en el ámbito de las fundaciones, tradicionalmente alejado del mercado ⁶⁰ y también, aunque en menor medida, de la actividad de empresa ⁶¹.

2. *La relación de la actividad de empresa desarrollada por la fundación con sus fines específicos*

A lo largo de este trabajo, hemos indicado en varias ocasiones la necesidad de que, en Derecho español, la actividad mercantil desarrollada por la fundación-empresa esté relacionada con sus fines específicos. Esta conexión entre fines fundacionales y actividad de empresa no es inherente, como sabemos, a la clásica delimitación conceptual de la fundación-empresa, si bien goza de considerable predicamento por su propósito de dar un fundamento pleno a la actividad mercantil realizada por una fundación, evitando que ésta sirva de pantalla de una empresa encubierta, con el consiguiente descrédito de la persona jurídica fundacional. Sin perjuicio de alguna leve diferencia estilística, tanto la LF como el RF formulan la cuestión en términos muy similares. Así, se viene a decir que las fundaciones podrán desarrollar actividades mercantiles «cuyo objeto esté relacionado con los fines fundacionales o sean complementarias o accesorias de aquéllas» (art. 24.1.º LF; con regulación casi idéntica, art. 23.2.º RF). Es el momento de analizar con más detalle esta formulación a fin de apreciar el sentido y la intensidad del vínculo entre fines fundacionales y actividad de empresa requerido por el Derecho español.

Aun no siendo la redacción de ambos preceptos todo lo clara que debiera, entendemos que, literalmente, las actividades mercantiles sólo se justifican por estar relacionadas con los fines fundacionales o por ser complementarias o accesorias de «aquéllas», es decir, de las fundaciones ⁶². No se trata, a pesar del

⁶⁰ Véase *supra* II, 4, y bibliografía allí indicada respecto de la consideración de la fundación como un ejemplo específico de «operador económico del mercado».

⁶¹ Confirma este punto de vista (expuesto ya en nuestro trabajo «Funcionamiento y actividad de la fundación», en S. MUÑOZ MACHADO, M. CRUZ AMORÓS y R. DE LORENZO GARCÍA, *Comentarios a las leyes de fundaciones y mecenazgo*, cit., pp. 403-404); R. LA CASA GARCÍA, «La fundación-empresa», cit., p. 152.

⁶² En la misma línea, M. PÉREZ ESCOLAR, *La actividad económica de las fundaciones. Tensiones legislativas e interés general*, cit., p. 113, poniendo de manifiesto el contraste con la Ley 30/1994.

enunciado normativo, de dos cosas distintas o alternativas, pretendiendo, por ejemplo, que las actividades mercantiles «complementarias o accesorias de aquéllas» sirvieran de mera fuente de recursos para el cumplimiento de los fines fundacionales (fundación-empresa dotacional), sin necesidad alguna de que estuvieran vinculadas, aunque fuera mínimamente, con dichos fines. Si hemos acertado al considerar que con la palabra «aquéllas» se alude por el legislador a las fundaciones que desarrollan actividades mercantiles, no puede haber diferencia entre los dos aparentes supuestos que contempla el legislador ⁶³.

Por ello, que el objeto de las actividades mercantiles esté relacionado con los fines fundacionales no es algo sustancialmente distinto de que las mismas sean complementarias o accesorias de las fundaciones, pues de este modo se nos viene a decir, en última instancia, que dichas actividades mercantiles habrán de ser complementarias o accesorias de los fines de la propia fundación. Entender otra cosa resultaría, además de ilógico, absurdo, ya que la fundación sólo puede desarrollar, conforme al artículo 23.1.º RF, actividades propias y mercantiles; si estas últimas han de ser, en su caso, complementarias o accesorias de las fundaciones, habrán de serlo, igualmente, de sus actividades propias y, por tanto —*a fortiori*—, de sus fines específicos.

La interpretación que venimos defendiendo puede reforzarse, incluso, si observamos que cuando se contempla el supuesto de la fundación con empresa, tanto el artículo 24.1.º, *in fine*, LF, como el artículo 23.2.º, *in fine*, RF, autorizan la realización de «cualquier actividad mercantil» (en la terminología, algo diferente, del RF), afirmándose, de este modo, que no se requiere conexión alguna de dicha actividad con los fines fundacionales. Sobre la base de esta consideración, la redacción normativa, tanto en la LF como en el RF, a propósito de la fundación-empresa, resultaría innecesariamente compleja si lo que, en realidad, se pretendía contemplar (y autorizar) era el ejercicio de la actividad mercantil con independencia de su conexión con los fines fundacionales. Hubiera sido mucho más lógico, más claro y de mayor economía legislativa el decir, lisa y llanamente, que la fundación puede ejercer directamente cualesquiera actividades mercantiles, o fórmula similar, evitando recovecos lingüísticos que siempre producen dificultades hermenéuticas. Hemos de concluir, por tanto, que la fundación-empresa requiere, en Derecho español, la conexión de las actividades mercantiles con los fines fundacionales ⁶⁴.

⁶³ Desde un punto de vista gramatical, no parece posible, salvo error legislativo (hasta el momento no declarado), entender otra cosa.

⁶⁴ Sobre el significado de las actividades complementarias o accesorias, a las que se refiere el artículo 24 LF, véase, recientemente, lo que indican M. PÉREZ ESCOLAR, *La actividad económica*

Otra cosa es que el legislador no haya establecido rígidamente el alcance de dicha conexión, sugiriendo una cierta gradación en lo que se refiere al vínculo entre actividad mercantil y fin de la fundación. Parece lógico pensar que ese vínculo pueda ser de diversa intensidad, no tanto en lo que se refiere a la cantidad de recursos que de la primera quepa extraer para facilitar la realización del segundo (elemento necesario y no suficiente, como sabemos, para dar título de legitimidad jurídica a la concreta actividad mercantil), sino, sobre todo, en punto a su profundidad, es decir, a la mayor o menor exigencia institucional de la actividad mercantil desarrollada desde el punto de vista del fin fundacional. Siendo esto así, será correcto afirmar que la relación entre actividad mercantil y fin de la fundación no es una magnitud fija sino un *continuum* variable que irá desde aquellos supuestos en los que no quepa concebir una fundación sin el ejercicio de una determinada actividad mercantil, hasta otros en los que esta última se encuentre muy cerca de constituir una pura fuente de recursos, un instrumento meramente dotacional de la fundación. No de otra forma debe entenderse, a nuestro juicio, la referencia legislativa al hecho de que las actividades mercantiles desarrolladas por las fundaciones puedan ser, igualmente, complementarias o accesorias de las mismas.

En el Derecho español, por tanto, no se ha llevado a cabo una tipificación rígida de la fundación-empresa, a salvo de la necesaria conexión, de intensidad variable, entre actividad empresarial y fin de la fundación. Aun constituyendo esta premisa un criterio restrictivo, y por ello mismo discutible, de la funcionalidad propia de la fundación-empresa, como supuesto concreto de empresario, no cabe, a nuestro juicio, llevar a cabo una interpretación más restrictiva aún, conforme a la cual se pretenda exigir un determinado nivel de relación entre la actividad mercantil y el fin o fines específicos de la fundación-empresa. Además de no tener base legal alguna, este planteamiento terminaría por condenar a la figura que nos ocupa a una posición menesterosa en el catálogo de tipos de empresario del Derecho español, reduciendo el sentido de su tipificación normativa ⁶⁵.

de las fundaciones. Tensiones legislativas e interés general, cit., pp. 121 y ss., flexibilizando el sentido último de la expresión legal, y R. LA CASA GARCÍA, «La fundación-empresa», cit., pp. 146-149.

⁶⁵ Quizá podría haber algo de base para sostener esta última interpretación atendiendo a la regulación de las entidades sin fines lucrativos en la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, que determina su régimen fiscal. Aunque dicha ley no está concebida de manera específica para las fundaciones (al respecto, A. REAL PÉREZ, «Fundaciones, actividades mercantiles e impuesto de sociedades: algunas reflexiones a propósito de las Leyes 49/2002 y 50/2002», en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Asociaciones y Fundaciones. XI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, cit. pp. 281 y ss.), no obstante su significativa conexión, conviene atender a lo dispuesto en su artículo 3 («requisitos de las entidades sin fines lucrativos») y, dentro de él, a su apartado tercero, que excluye de dicha condición a las entidades que realicen actividades

Conviene advertir que, con motivo de la regulación del ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones, y no sólo con respecto a la fundación-empresa, el legislador español no ha establecido restricción alguna por razón de su objeto o contenido. Es decir, una fundación puede ejercer, directa o indirectamente, cualquier actividad mercantil en el sentido de dedicarse profesional y organizadamente a cualquier género de lícito comercio. El planteamiento de política legislativa a propósito de la fundación-empresa —claramente diverso, como ya se ha expuesto, del relativo a la fundación con empresa— no limita, entre nosotros, la concreta actividad empresarial ejercida por razón de su propio contenido, sino por el hecho de que esté vinculada a sus propios fines. Establecida esa relación dentro de los márgenes que el Derecho positivo contempla, el contenido específico de la actividad mercantil, los modos de su articulación organizativa y los resultados que se produzcan, devienen

consistentes «en el desarrollo de explotaciones económicas ajenas a su objeto o finalidad estatutaria». Por lo que a las fundaciones se refiere, este requisito implicará, a nuestro juicio, que la actividad económica (*rectius*, mercantil o empresarial) carezca de toda relación con los fines fundacionales, lo que *a priori* sucede en el caso de la fundación con empresa. Ahora bien, el propio artículo 3.3.º de la Ley 49/2002 continúa diciendo que «se entenderá cumplido este requisito [no desarrollar explotaciones económicas ajenas al objeto o finalidad estatutaria de la entidad sin fines lucrativos] si el importe neto de la cifra de negocios del ejercicio correspondiente al conjunto de las explotaciones económicas no exentas ajenas a su objeto o finalidad estatutaria no excede del 40 por 100 de los ingresos totales de la entidad, siempre que el desarrollo de estas explotaciones económicas no exentas no vulnere las normas reguladoras de defensa de la competencia en relación con empresas que realicen la misma actividad». Traduciendo esta formulación legal al tema que nos ocupa, alguien podría sostener que si la actividad mercantil desarrollada directamente por una fundación no vulnera las normas de defensa de la competencia y no alcanza el porcentaje señalado en el artículo 3.3.º de la Ley 49/2002, nada impediría, entonces, su calificación de entidad no lucrativa, desde el punto de vista fiscal, y su reconocimiento como fundación-empresa, desde el punto de vista jurídico-privado, no obstante carecer la actividad mercantil desarrollada (o alguna de ellas, si fueran varias) de toda relación con sus fines específicos, teniendo en cuenta, sobre todo, la recepción por el artículo 23.2.º RF de lo dispuesto en el artículo 3.3.º de la Ley 49/2002 a propósito de los caracteres de la actividad mercantil o económica desarrollada por la fundación. En realidad, esta interpretación resulta correcta hasta el momento en que se califica a la fundación como entidad sin fin lucrativo; el paso siguiente, sin embargo, no tiene un fundamento seguro, entre otras cosas porque la finalidad de la norma que estudiamos reside exclusivamente en la determinación de los caracteres que convierten a un sujeto de Derecho de muy diversa configuración jurídica —y, por ello mismo, no sólo fundación— en entidad sin fin lucrativo. Conseguido este resultado, deducciones ulteriores en torno a la naturaleza y los caracteres de la fundación-empresa parecen fuera de lugar, sin perjuicio de las puntuales conexiones que haya entre la norma fiscal y la norma jurídico-privada, como ya hemos podido apreciar en el artículo 23.2.º RF, a la hora de perfilar los caracteres de la actividad mercantil que puede ejercer lícitamente una fundación-empresa. Se ponen aquí de manifiesto, una vez más, los problemas de conexión entre Derecho fiscal y Derecho mercantil, objeto de detenida atención por nuestra mejor doctrina; por todos, R. URÍA, «Derecho fiscal y Derecho mercantil», *AAMN*, 1946, pp. 257 y ss.

por ello irrelevantes desde el punto de vista normativo. Por este motivo, hemos podido decir con anterioridad que, en el caso que nos ocupa, «hay más fundación que empresa» queriendo subrayar, no el condicionamiento de la actividad mercantil en sí misma entendida por los fines fundacionales, sino su necesaria conexión con ellos ⁶⁶.

VI. La fundación con empresa

1. *Premisa: el sentido de la tipificación legal de la fundación con empresa*

La aproximación legislativa al fenómeno de la fundación con empresa se lleva a cabo en el Derecho español desde una perspectiva limitada, en la que destaca, como punto de partida fundamental, el criterio de que la actividad mercantil desarrollada indirectamente por la fundación mediante su participación en sociedades es plenamente libre, sin los matices restrictivos que acabamos de apreciar respecto de la fundación-empresa. Al margen de este importante criterio, lo que preocupa a nuestro legislador a propósito del régimen jurídico de la fundación con empresa es, únicamente, el establecimiento de las condiciones de posibilidad de dicha participación; es decir, en qué sociedades podrá participar la fundación y qué circunstancias habrán de ser observadas con motivo del vínculo entre fundación participante y sociedad participada. Como criterio informador general de dicho asunto, y de la fundación con empresa en cuanto modalidad de la fundación empresaria, se formula en nues-

⁶⁶ La interpretación del Derecho español vigente que acabamos de proponer, conforme a la cual sólo sería válida, dentro de ciertos márgenes, la fundación-empresa funcional, resulta más restrictiva que la formulada en su día [cfr. J. M. EMBID IRUJO, «Funcionamiento y actividad de la fundación», en S. MUÑOZ MACHADO, M. CRUZ AMORÓS y R. DE LORENZO GARCÍA (dirs.), *Comentarios a las leyes de fundaciones y mecenazgo*, cit., pp. 402-403] a propósito exclusivamente de la disciplina contenida en la LF. En aquel caso, proponíamos, si bien *de lege ferenda*, la posibilidad de admitir la fundación-empresa dotacional, no obstante la clara inclinación de dicha ley por la fundación-empresa funcional. En la actualidad, sin embargo, entendemos conveniente reiterar el punto de vista indicado en el texto, a la vista, en concreto, de lo dispuesto en el RF, cuyo régimen en el tema que nos ocupa afirma sin duda alguna la necesaria conexión entre los fines de la fundación y la actividad de empresa, si bien de una manera no rígida. Desde luego, siempre resultará posible criticar este punto de vista y entender, también *de lege ferenda*, la conveniencia de admitir entre nosotros la figura de la fundación-empresa puramente dotacional. Con todo, la regulación que el RF contiene respecto de la fundación con empresa quizá haga innecesario este planteamiento, encontrándose en este último supuesto la libertad necesaria para hacer posible la desconexión, cuando menos formal, entre fines fundacionales y actividad de empresa. En una línea crítica con el planteamiento de la LF, por considerarlo, en este punto demasiado restrictivo, véase M. PÉREZ ESCOLAR, «Fundación y actividades económicas directas: apuntes en torno a un modelo», *RCDI*, n.º 687, 2005, pp. 865 y ss., así como en su monografía *La actividad económica de las fundaciones. Tensiones legislativas e interés general*, cit., pp. 121 y ss.

tro Derecho una manifestación doble respecto del alcance de la mentada participación: se facilita su establecimiento, incluso con carácter mayoritario o único, en sociedades donde los socios no respondan de las deudas sociales, de un lado, y se le ponen todo tipo de inconvenientes cuando se refiera a sociedades en las que los socios queden sometidos a algún género de responsabilidad por las deudas sociales, de otro ⁶⁷. Parece aceptarse, con ello, una postura tendente a proteger el patrimonio fundacional, haciendo viable la participación de una persona jurídica de esta naturaleza en sociedades donde el socio asuma únicamente un riesgo limitado ⁶⁸.

Por lo demás, las especiales características del tratamiento de la fundación con empresa en el Derecho español, que acabamos de describir, no facilitan la comprensión auténtica del fenómeno regulado. Y es que el legislador se ha limitado a considerar que la participación en sociedades es la forma alternativa a la fundación-empresa para que una persona jurídica fundacional pueda «intervenir en» (según LF) o «realizar» (de acuerdo con RF) actividades empresariales. Ya hemos señalado con anterioridad la necesaria equivalencia entre ambas expresiones, si bien la imprecisa delimitación del supuesto de hecho oscurece la finalidad de la tipificación. Y es que, dada la ausencia de matices en la regulación, se ha podido llegar a decir que «cualquier supuesto de participación en el capital de sociedades puede reconducirse al ámbito del ejercicio indirecto de actividades empresariales, entendido este fenómeno en un sentido lato» ⁶⁹. Con todo, la posibilidad, cierta, de basar dicho criterio en el tenor literal de la norma analizada no puede servir para desvirtuar el sentido esencial de la tipificación legislativa de la fundación empresaria en la modalidad que ahora nos ocupa. Decir que cualquier participación en el capital de una sociedad, por ínfima que sea, permite a la fundación participante ejercer la ac-

⁶⁷ Sobre todo ello, véase recientemente M. PÉREZ ESCOLAR, *La actividad económica de las fundaciones. Tensiones legislativas e interés general*, cit., pp. 49 y ss.

⁶⁸ En este sentido, R. LA CASA GARCÍA, «La fundación-empresa», cit., pp. 184-185. No conviene olvidar, con todo, que esta regla, auténtica «clave de bóveda» del Derecho de sociedades de capital, es soslayada con cierta frecuencia por nuestros tribunales cuando se aprecia alguno de los presupuestos del llamado «levantamiento del velo» de la personalidad jurídica societaria, uno de los cuales es, si bien con carácter controvertido, la situación de grupo (al respecto, por muchos, C. BOLDÓ RODA, *Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho privado español*, 4.ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006). Un breve apunte sobre la posibilidad de aplicar el «levantamiento del velo» a una fundación se encuentra ya en U. VALERO AGÚNDEZ, *La fundación como forma de empresa*, cit., p. 130, nota 115.

⁶⁹ Son palabras textuales de R. LA CASA GARCÍA, «La fundación-empresa», cit., p. 131, quien no obstante reconoce (p. 184) «que la modalidad de mayor significación y relevancia es la caracterizada por atribuir una posición de control sobre la sociedad participada, de suerte que la fundación queda situada en condiciones de ejercer una influencia determinante sobre las actividades empresariales desarrolladas».

tividad empresarial equivale, en última instancia, a afirmar que un pequeño accionista de una gran sociedad anónima cotizada en Bolsa (incluso aunque disponga de varios miles de acciones) realiza indirectamente la actividad de empresa coincidente con el objeto social de la sociedad participada.

Por lo expuesto, y merced a una suerte de reducción teleológica, las referencias que siguen versarán sobre la fundación con empresa entendida como una modalidad de fundación empresaria que ejerce la actividad mercantil indirectamente mediante su participación duradera, mayoritaria e, incluso, de control, en el capital de la sociedad participada, tal y como ya se indicó con anterioridad⁷⁰. Aunque no de manera exclusiva, este planteamiento conduce a incluir dentro de nuestra figura la compleja temática de los grupos de sociedades encabezados por una fundación, materia ya presupuesta en algún apartado específico del tratamiento legislativo en Derecho español de la fundación empresaria⁷¹.

2. *Las notas distintivas del supuesto de hecho*

A) *Delimitación de las sociedades en las que puede participar la fundación*

A la hora de precisar la naturaleza y tipo de la sociedad susceptible de recibir la participación de una fundación, primer aspecto relevante del supuesto de hecho de la fundación con empresa, hemos de reseñar, una vez más, la falta de rigor terminológico en nuestro Derecho positivo. Esta circunstancia, en realidad una primera dificultad interpretativa, se traduce en la mención inicial del término «sociedades», tanto en LF (art. 23.1.º *in fine*) como en RF (art. 24.1.º *in fine*), sin añadir calificativo alguno, para, a renglón seguido, utilizarse en la LF⁷² la fórmula de «sociedades mercantiles en las que no se responda de las deudas sociales». Ambos textos concluyen empleando, de nuevo, el término «sociedades», a propósito, esencialmente, de la participación de las fundaciones en aquellas compañías en las que los socios tengan algún género de responsabilidad por las deudas sociales⁷³.

Como ya se ha advertido, una de las dos caras del planteamiento legislativo respecto del tema que ahora nos ocupa consiste en dificultar la participación de fundaciones en sociedades donde tengan que asumir responsabilidad

⁷⁰ Véase *supra* II, 3.

⁷¹ Véase *supra* IV, 3.

⁷² También el artículo 24 RF emplea este circunloquio, si bien en forma menos evidente que LF.

⁷³ A favor de una interpretación amplia del término «sociedades», véase M. PÉREZ ESCOLAR, *La actividad económica de las fundaciones. Tensiones legislativas e interés general*, cit., p. 55.

personal por las deudas sociales. Pero esta circunstancia no permite, a nuestro juicio, arrojar suficiente luz en torno al problema de determinar las sociedades susceptibles de ser participadas por fundaciones, que, como resulta evidente, constituye presupuesto ineludible de toda la disciplina relativa a la fundación con empresa. Es evidente que, a la hora de aclarar la, en apariencia, oscilante terminología legal, no cabe pensar que la participación en sociedades mercantiles excluya la responsabilidad de la fundación como socio de las mismas, ni que tal responsabilidad exista cuando la sociedad participada no sea mercantil. Lo primero, porque, como es bien sabido, la afirmación reseñada valdría sólo para las sociedades mercantiles de capital (con la significativa excepción, no obstante, de la sociedad comanditaria por acciones), pero no para las personalistas; lo segundo, porque existen sociedades no mercantiles, como las cooperativas, en las que se prescinde o, quizá más correctamente, se puede prescindir de la responsabilidad de los socios por las deudas sociales (art. 15.3.º Lcoop).

Sobre la base del ya conocido propósito del legislador, parece posible, a nuestro juicio, formular algunas reglas interpretativas de las normas examinadas ⁷⁴. En tal sentido, conviene decir, en primer lugar, que el Derecho español de fundaciones permite, sin género de duda, la participación de fundaciones en sociedades, sean mercantiles o no, restringiendo, no obstante, dicha posibilidad en el caso de que se refiera a sociedades (mercantiles o no) en las que los socios respondan por las deudas sociales.

Lo expuesto no significa, sin embargo, que en este último caso resulte prohibida la participación ⁷⁵, sino meramente obstaculizada, pues la fundación se verá obligada a enajenar la participación de que pudiera disponer ⁷⁶ salvo

⁷⁴ Al respecto, R. LA CASA GARCÍA, «La fundación-empresa», cit., pp. 190 y ss.

⁷⁵ A diferencia de lo establecido en el artículo 22.1.º de la Ley 30/1994, en el que se decía literalmente que «las fundaciones no podrán tener participación alguna en sociedades mercantiles en las que deban responder personalmente de las deudas sociales». Obsérvese que a diferencia de la normativa vigente, que habla sólo de «sociedades», la norma derogada, sin un planteamiento de fondo demasiado claro, restringía el supuesto de hecho a las sociedades mercantiles en las que los socios respondieran personalmente por las deudas sociales.

⁷⁶ Que la fundación llegue a ser socia de una sociedad en la que responda por las deudas sociales sucede, tanto en LF como en RF, porque aquélla haya recibido «por cualquier título, bien como parte de la dotación inicial, bien en un momento posterior» una participación en la mencionada sociedad. Hay aquí una diferencia importante con la Ley 30/1994, cuyo artículo 22.2.º limitaba el supuesto en estudio a que la participación (que había de ser mayoritaria) «formara parte de la dotación» [sobre el significado de la dotación en la LF, véase J. CAFFARENA, «La dotación», en S. MUÑOZ MACHADO, M. CRUZ AMORÓS y R. DE LORENZO GARCÍA (dirs.), *Comentarios a las leyes de fundaciones y mecenazgo*, cit., pp. 199 y ss.]. En la actualidad, por tanto, las posibilidades que pueden convertir a la fundación en socio de una sociedad en la que se responda por las deudas sociales son múltiples, incluso la adquisición, originaria o derivativa,

que, en el plazo máximo de un año, se produzca la transformación de tales sociedades en otras en las que quede limitada la responsabilidad de la fundación (art. 24.3.º LF y art. 24.4.º RF). Con dicción inexacta, se nos viene a decir que la participación de la fundación en una sociedad en la que deba responder de las deudas sociales es lícita, si bien sometida a un régimen claudicante. Obsérvese, en todo caso, que no se señala un plazo para la obligada enajenación de la participación que la ley impone a la persona jurídica fundacional, puesto que transcurrido el plazo de un año sin transformación de la sociedad participada⁷⁷ y sin enajenación, la única consecuencia inmediata es que «el protectorado requerirá al Patronato para que, en el plazo de 15 días, realice las alegaciones que considere oportunas»⁷⁸.

por ella misma de la participación. No creemos que quepa dar otra interpretación a la frase «si la fundación recibiera por cualquier título», aunque desde una perspectiva literal quizá cupiera entender que el verbo «recibir» puede referirse a un supuesto de conversión en socio de carácter no contractual.

⁷⁷ No se plantea en la normativa vigente, a diferencia de la Ley 30/1994, la posibilidad de que la fundación sea socio mayoritario de una sociedad en la que asuma responsabilidad personal por las deudas sociales. En tal caso, la normativa derogada obligaba a la fundación a promover la transformación de la sociedad en un tipo societario en el que «quede limitada la responsabilidad». Aunque con dicción tan inexacta como la actual, resultaba claro el propósito legislativo, sin que se indicara cuál debía ser la actitud de la fundación que no fuera socio mayoritario de dicha sociedad; cabía concluir, no obstante, que si bien no se le imponía, como en el Derecho vigente, la obligación de enajenar su participación, tal consecuencia podía considerarse inevitable por el carácter prohibido de la misma, con arreglo al artículo 22.1.º de la Ley 30/1994. La situación resulta más compleja en la actualidad, ya que la fundación, con participación mayoritaria o sin ella, no viene obligada a promover la transformación, pues tanto LF como RF hablan de que «se produzca» dicha modificación estructural de la sociedad en el plazo de un año desde que la fundación llegue a ser socio de la misma. Parece lógico pensar, no obstante, que el Patronato, de acuerdo con el *standard* de diligencia impuesto a sus miembros [el art. 17.1.º LF dice que «los patronos deberán desempeñar su cargo con la diligencia de un representante leal»; al respecto R. MARIMÓN DURÁ y J. OLAVARRÍA IGLESIA, «Art. 17», en J. OLAVARRÍA IGLESIA (coord.), *Comentarios a la Ley de fundaciones*, cit., pp. 433 y ss.], habrá de poner todos los medios para contribuir al resultado (enajenación de la participación o transformación de la sociedad) indicado por el legislador en la normativa vigente. Sin embargo, la enajenación puede resultar del todo inconveniente por razones económicas fundadas y la transformación, por su parte, devenir imposible por ser la fundación un socio minoritario con escaso poder de decisión en la sociedad. A nuestro juicio, podrá el Patronato exponer las razones que considere oportunas a la hora de presentar las alegaciones que, en contestación al requerimiento del Protectorado, contempla el artículo 24.4.º RF. Del mismo modo, el Patronato deberá explicar cuál ha sido el criterio empleado respecto del ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones que, como socio, hayan podido corresponder a la fundación. Nada se dice al respecto en el vigente Derecho de fundaciones y ha de entenderse, por tanto, que tales derechos no quedan suspendidos sino que mantendrán su vigencia en los términos que la ley o los estatutos de la sociedad puedan establecer.

⁷⁸ Con todo, «el protectorado, si concurren las circunstancias previstas en la ley, podrá entablar la acción de responsabilidad contra los patronos o solicitar de la autoridad pública su

En segundo lugar, la participación de las fundaciones en sociedades cuyos socios no respondan de las deudas sociales es, desde luego, lícita y queda sometida exclusivamente, en cuanto a su disposición y utilidad, a lo que la propia fundación participante determine, a salvo, claro está, de su necesaria comunicación al Protectorado cuando merezca el calificativo de mayoritaria ⁷⁹. Si la participación no mereciera tal calificativo, resulta obvio que no será preceptiva comunicación alguna al Protectorado ⁸⁰. El hecho de que nuestro Derecho de fundaciones hable de participación, no necesariamente mayoritaria ⁸¹, en «sociedades mercantiles en las que no se responda personalmente de las deudas sociales» (art. 24.2.º LF) ⁸² parece limitar el supuesto de hecho a la participación de las fundaciones en sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada, en todas sus facetas y modalidades (incluyendo, por lo tanto, a

cese» (art. 24.4.º *in fine*, RF). No se trata, por lo indicado, de una consecuencia inevitable, pues parece lógico atender, en primera instancia, a lo que el Patronato pueda indicar en las alegaciones que, con arreglo al RF, llegue a exponer tras el plazo concedido al efecto por el Protectorado. En general, sobre este asunto, véase R. LA CASA GARCÍA, «La fundación-empresa», cit., pp. 199-203.

⁷⁹ Los detalles de dicha comunicación, tradicional entre nosotros, pues ya aparecía en el artículo 22.3.º de la Ley 30/1994, se contemplan en el artículo 24.1.º RF. A su tenor, y de conformidad con la LF, la comunicación al Protectorado se realizará en cuanto se produzca la adquisición de la participación mayoritaria «sin que pueda superarse en ningún caso el plazo máximo de 30 días, y se acompañará de una copia del título que justifique la adquisición de la participación mayoritaria»; al respecto, M. PÉREZ ESCOLAR, *La actividad económica de las fundaciones. Tensiones legislativas e interés general*, cit., pp. 57-59, R. LA CASA GARCÍA, «La fundación-empresa», cit., pp. 196-198.

⁸⁰ A salvo de que se trate de «participaciones minoritarias que, acumuladas a adquisiciones anteriores, den lugar a la participación mayoritaria de la fundación en la sociedad mercantil», en cuyo caso se aplicará el régimen de comunicación al Protectorado característico de la adquisición de participaciones mayoritarias (art. 24.1.º, *in fine*, RF).

⁸¹ Obsérvese que en el artículo 24.1.º RF sólo se habla de la adquisición originaria o derivativa por la fundación «de participaciones mayoritarias en sociedades mercantiles en las que no se responda personalmente de las deudas sociales». No se alude expresamente, a diferencia de lo dispuesto en la LF, a la adquisición sin más, cualquiera sea el porcentaje de valores objeto de negociación. Quizá este extremo, que no plantea problema alguno de coherencia normativa ni de interpretación, sirva para poner de relieve, si se quiere de modo elíptico, que el objetivo fundamental de la política legislativa en torno a la fundación con empresa es hacer posible la conversión de la fundación en entidad dominante de un grupo de sociedades.

⁸² Contrasta notoriamente esta redacción con lo dispuesto en el artículo 22.3.º de la Ley 30/1994. En dicho precepto se decía que «las fundaciones podrán participar mayoritariamente en sociedades no personalistas», dando cuenta inmediata, en tal caso, al Protectorado. Esta expresión («sociedades no personalistas») es, quizá, menos afortunada que la vigente, pues permite comprender en su literalidad a tipos societarios, como las sociedades comanditarias por acciones, de carácter estrictamente capitalista que, no obstante, mantienen la responsabilidad de algunos de sus socios por las deudas sociales. A pesar de ello, tal supuesto no hubiera sido posible por oponerse derechamente a lo que establecía el artículo 22.1.º de la mencionada ley.

figuras como la sociedad anónima europea y la sociedad limitada nueva empresa).

A la vista de la formulación literal de la ley, podría pensarse, aplicando mecánicamente el argumento *a contrario*, que nuestro Derecho de fundaciones no contemplaría la adquisición de participaciones en sociedades que, excluyendo la responsabilidad de sus socios por las deudas sociales, no merecieran la calificación de mercantiles. Sería el caso, por ejemplo, de una sociedad cooperativa, de acuerdo con lo que se ha señalado anteriormente. En realidad, esta conclusión sería errónea y carente por completo de sentido. Ya ha quedado indicado que, tanto la LF como el RF, aluden al problema que nos ocupa indicando que las fundaciones podrán participar en «sociedades»; de ahí hemos deducido, no obstante la vacilación terminológica característica de nuestro Derecho vigente, que el principio general en la materia ha de ser la licitud de la participación de fundaciones en todo tipo de sociedades, ateniéndose, no obstante, a las reglas que en cada caso establezca el legislador. Por ello, en el ejemplo expuesto, la conclusión ha de ser positiva, a pesar de la frecuencia con la que, incluso en nuestros días, se sigue excluyendo a la sociedad cooperativa del conjunto de las sociedades mercantiles⁸³.

B) *El carácter mayoritario de la participación*

a) El significado del término «mayoritario»

Sin duda, como se ha indicado en diversas ocasiones a lo largo de este trabajo, es el carácter mayoritario y, en su caso, de control, de la participación, quizá, la principal razón de ser, si bien no del todo explícita, del tratamiento

⁸³ Otra cosa sería imaginar el régimen jurídico de una participación mayoritaria de la fundación en una sociedad cooperativa. En realidad, el supuesto resulta de difícil realización, tanto en lo que se refiere a la cooperativa de primer grado —donde rige el principio de «un hombre, un voto»—, como a la cooperativa de segundo grado, aunque en esta modalidad, no siempre abierta a la participación de entidades no cooperativas, como la fundación, la asignación del derecho de voto no responde a criterios estrictamente cooperativos; véanse, al respecto, las referencias a nuestro Derecho positivo en la materia contenidas en R. ALFONSO SÁNCHEZ, *La integración cooperativa y sus técnicas de realización: la cooperativa de segundo grado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 352-356. Por lo demás, las razones para incluir el tratamiento de la cooperativa en el Derecho de las sociedades mercantiles son cada día mayores; por muchos, R. URÍA, A. MENÉNDEZ y M. VÉRGEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, 2.ª ed., I, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006, p. 1427. Esa cercanía progresiva permite explicar, sin duda, que el artículo 15.3.º Lcoop disponga que «la responsabilidad del socio por las deudas sociales estará limitada a las aportaciones al capital social que hubiera suscrito, estén o no desembolsadas en su totalidad», superando así la tendencia tradicional de que fueran los propios cooperativistas quienes declararan, en estatutos, si asumían o no responsabilidad personal por las deudas sociales de la cooperativa.

de la fundación con empresa por el legislador español. Y es que, cabría decir, no puede ser de otro modo, por cuanto la delimitación de dicha categoría no se puede efectuar con propiedad si no es aludiendo a la posición determinante de la fundación en la estructura organizativa de las sociedades en las que pueda participar.

Qué haya de entenderse por participación mayoritaria es algo que el artículo 24.2.º LF no contempla. Hay que esperar al artículo 24.2.º RF para disponer de una delimitación legal de tal situación. A tenor de este último precepto:

«A los efectos previstos en el apartado anterior, se entenderá por participación mayoritaria aquella que represente más del 50 por ciento del capital social o de los derechos de voto, a cuyos efectos se computarán tanto las participaciones directas como las indirectas. Para determinar los derechos de voto, en el supuesto de sociedades indirectamente dependientes de una fundación, se entenderá que a esta le corresponde el número de votos que corresponda a la sociedad dependiente que participe directamente en el capital social de aquéllas».

La norma transcrita muestra una afinidad sustancial con algunas reglas ya existentes en nuestro Derecho de sociedades a propósito de la delimitación, en concreto, de la llamada sociedad dominante (art. 87 LSA, aplicable a las sociedades limitadas por la remisión contenida en el art. 41 LSRL⁸⁴). Quizá, en tal sentido, no hubiera sido estrictamente necesario redactar una norma específica a propósito de idéntica situación en el caso de las fundaciones, no obstante las conocidas diferencias existentes entre ambas personas jurídicas. Con todo, en el caso que nos ocupa, hemos de prestar atención prioritaria al artículo 24.2.º RF cuyo contenido intentaremos comentar brevemente. De entrada, la idea de participación mayoritaria tiene una característica esencial referida a la posesión de más del 50% del capital social o de los derechos de voto de una sociedad, sin perjuicio de que el carácter mayoritario de la participación puede aumentar hasta que la fundación se convierta en socio único de la sociedad participada. No hay inconveniente alguno en que esto suceda, desde luego en lo que atañe al Derecho de sociedades, y tampoco desde la perspectiva del Derecho de fundaciones.

Puede dar lugar a equívocos, no obstante, la contraposición entre el capital social y los derechos de voto que se efectúa en el artículo 24.2.º RF. Como es

⁸⁴ Al respecto, J. M. EMBID IRUJO, «Artículo 87», en I. ARROYO, J. M. EMBID y C. GÓRRIZ (coords.), *Comentarios a la Ley de sociedades anónimas*, 2.ª ed., I, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 895 y ss.

bien sabido, y se deduce con claridad del artículo 87 LSA, el elemento decisivo a la hora de hablar de participación mayoritaria, o de control societario, viene necesariamente referido a los derechos de voto, por cuanto no es infrecuente que la posesión de más de la mitad del capital no vaya acompañada de idéntico porcentaje de derechos de voto, haciéndose imposible, entonces, que el socio aparentemente mayoritario domine de modo efectivo a la sociedad en que participa. En el Derecho español de sociedades, al igual que en otros ordenamientos, es posible, tanto respecto de las sociedades anónimas como de las limitadas, desligar el derecho de voto del capital poseído a través de diferentes técnicas, suprimiendo la regla tradicional de que una participación o una acción atribuyan a su titular un derecho de voto (en este sentido, para la sociedad limitada, art. 53 LSRL).

Así, cabe imaginar, en primer lugar, la posibilidad de emitir acciones y participaciones desprovistas de tal derecho, dentro de los límites y condiciones establecidos en nuestro Derecho positivo (arts. 90-92 LSA y 42 bis LSRL que se remite en bloque, a los efectos de las participaciones sin derecho de voto, al régimen de las acciones sin derecho de voto⁸⁵). Pero, en segundo lugar, cabe pensar en desligar la titularidad del capital del voto mediante técnicas de asignación desigual de este derecho, lo que puede conseguirse, básicamente, de dos modos: estableciendo el llamado «voto plural», por el cual algunos socios disfrutarán de más derechos de voto que otros, o limitando estatutariamente el número máximo de votos que pueda emitir un mismo socio o grupo de sociedades. El primer supuesto sólo es posible entre nosotros en la sociedad de responsabilidad limitada (art. 184.1.1.º RRM)⁸⁶, en tanto que el segundo es aplicable en ella y también en la sociedad anónima (arts. 105.2.º LSA y 53.4.º LSRL)⁸⁷.

En el ordenamiento jurídico español estas técnicas se formulan sin especiales matices aplicativos, por lo que, en apariencia, las sociedades anónimas y

⁸⁵ Por muchos, véase el análisis de los artículos 90-92 LSA que lleva a cabo A. FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, en I. ARROYO, J. M. EMBID y C. GÓRRIZ (coords.), *Comentarios a la Ley de sociedades anónimas*, I, cit., pp. 925 y ss. En la sociedad de responsabilidad limitada se discutió desde la promulgación de su ley reguladora la posibilidad de que se pudieran emitir participaciones sin derecho de voto, siendo mayoritario el criterio positivo, hasta que, finalmente, con la introducción en 2003 del artículo 42 bis LSRL, zanjó el legislador la polémica; al respecto, véase L. MIRANDA SERRANO y J. PAGADOR LÓPEZ, «¿Participaciones sin voto? Ensayo de una respuesta (*de lege lata*) para una cuestión particularmente controvertida», *RdS*, n.º 18, 2002, pp. 167 y ss.

⁸⁶ Al respecto, J. ECHEBARRÍA SAENZ, «Participaciones con voto privilegiado y principio de mayoría en la SRL», en *Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al Profesor Justino Duque Domínguez*, I, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1998, pp. 193 y ss.

⁸⁷ De la amplia literatura existente al efecto, véase A. RECALDE, *Limitación estatutaria del derecho de voto en las sociedades de capitales*, Madrid, Civitas, 1996.

de responsabilidad limitada, con independencia de su dimensión, objeto social y demás características podrán hacer uso de ellas sin restricciones. En el caso de las sociedades anónimas, no obstante, existe desde hace tiempo una opinión negativa sobre la posibilidad de desligar el derecho de voto de la titularidad de las acciones respecto de las sociedades cotizadas. No se trata tanto de que encontremos una prohibición legal en la materia, cosa que, como se acaba de decir, no existe en el Derecho español, sino que al hilo de la formulación progresiva de un régimen especial para dicha modalidad de sociedad anónima se ha ido afirmando la incompatibilidad de las técnicas indicadas con el carácter necesariamente abierto de toda sociedad cotizada. En particular, esta opinión negativa se refiere a las limitaciones estatutarias del número máximo de votos que puede emitir un accionista o sociedades pertenecientes a un grupo, en cuanto supone una suerte de «cláusula de blindaje» de difícil compatibilidad con los principios rectores del mercado bursátil⁸⁸.

Por las razones expuestas, quizá no sea del todo adecuada la contraposición existente en el artículo 24.2.º RF entre posesión del capital y titularidad de los derechos de voto. Sí sería, en cambio, más oportuno, centrar en este último aspecto el elemento básico determinante del carácter mayoritario de la participación de la persona jurídica fundacional en la respectiva sociedad. Y es que, siguiendo la letra de la ley, bien podría suceder que una participación en el capital de una sociedad superior al 50% supusiera meramente una mayoría nominal, que no una efectiva posición de poder de la fundación en el seno de la sociedad participada. Parece, por tanto, que la norma ha de entenderse en un sentido finalista, de modo que la fundación disponga, efectivamente, de una situación de dominio en el seno de la sociedad; por ejemplo, mediante la titularidad o la posibilidad de disponer de la mayoría de los derechos de voto exis-

⁸⁸ Sin necesidad de extendernos en la cita de la amplia bibliografía existente [sirva, por todos, la mención de los numerosos trabajos dedicados a la cuestión por A. SÁNCHEZ ANDRÉS, entre ellos A. SÁNCHEZ ANDRÉS, A. MENÉNDEZ y E. BELTRÁN, «La acción y los derechos del accionista», en R. URÍA, A. MENÉNDEZ y M. OLIVENCIA (dirs.), *Comentarios al régimen legal de las sociedades mercantiles*, IV-1.º, Civitas, Madrid, 1994], bastará con mencionar la expresa acogida de la opinión manifestada en el texto entre las recomendaciones del Código unificado de buen gobierno en el año 2006. En este sentido se recomienda «que los Estatutos de las sociedades cotizadas no limiten el número máximo de votos que pueda emitir un mismo accionista, ni contengan otras restricciones que dificulten la toma de control de la sociedad mediante la adquisición de sus acciones en el mercado». Con ser importante esta recomendación, entendemos, no obstante, que sería conveniente la promulgación de una específica norma legal, por cuanto el mantenimiento incólume del artículo 105.2.º LSA puede inducir a más de una confusión. Sobre este asunto, por muchos, G. FERRARINI, «One Share-One Vote: A European Rule?», *ECFR*, n.º 3-2, 2006, pp. 147 y ss.

tentes, lo que hará posible la influencia determinante de la fundación en la formación de la voluntad social.

Con todo, podría suceder que la fundación no dispusiera de la mayoría del capital o, en su caso, de los correspondientes derechos de voto y, sin embargo, llegara a tener una posición de dominio dentro de la sociedad participada. Tal cosa, en absoluto improbable, podría suceder, en principio, de dos maneras: en primer lugar, porque la propia fundación fuera titular de otros medios o técnicas, jurídicas o económicas, que junto con su participación en el capital o la titularidad de derechos de voto le concedieran de hecho una posición de preeminencia en el seno de la sociedad participada⁸⁹; en segundo lugar, porque la fundación, actuando en concierto con otro u otros socios de la sociedad participada, consiguiera también la referida posición mayoritaria. En el primer caso nos encontraríamos ante una posición de dominio individual por parte de la fundación en la sociedad participada, que es, en el fondo, la que parece haber contemplado nuestro Derecho vigente, si bien de forma restringida a la titularidad de determinados medios. En el segundo, en cambio, estaríamos ante una situación de control conjunto propiciada, obviamente, por la carencia de la fundación de la mayoría suficiente para el dominio exclusivo de la sociedad participada.

Aunque, como ya ha quedado dicho, el legislador español sólo contempla formalmente la posición mayoritaria de la fundación con carácter individual, derivada de ciertos medios concretos, entendemos conveniente, sobre la base de la ya indicada interpretación finalista, dar cauce a otras posibles situaciones mayoritarias, ya individuales, ya conjuntas, cuya exclusión a la hora de aplicar las normas relativas a la fundación con empresa sería por completo impropio. A tal efecto, y de manera provisional, consideramos conveniente suplir las insuficiencias de la norma en estudio con el recurso a los preceptos que, en nuestro Derecho, se ocupan de regular situaciones de control o dominio en el

⁸⁹ Mediante la existencia de relaciones externas con la sociedad, instrumentadas, por ejemplo, por contratos que conduzcan a una situación fáctica de mera dependencia económica (en general, P. P. FERRARO, *L'impresa dipendente*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2004, pp. 39 y ss.). Del mismo modo, puede ser traído a colación el supuesto de identidad personal entre el Patronato de la fundación y el órgano administrativo de la sociedad (*interlocking directorates*). Por sí solos, o unidos con una participación en el capital, ambos instrumentos pueden contribuir decisivamente a la consolidación de una posición de poder firme de la fundación en el seno de la sociedad. El tema se inscribe, como no podía ser menos, en el marco de las técnicas que permiten obtener el control de una sociedad; al respecto, sintéticamente, J. M. EMBID IRUJO, *Grupos de sociedades y accionistas minoritarios. La tutela de la minoría en situaciones de dependencia societaria y grupo*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1987, pp. 64 y ss.; en general, sobre la situación de dominio, J. A. ANTUNES, *Os grupos de sociedades. Estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2002, pp. 451 y ss.

ámbito del Derecho de sociedades, como puede ser, en concreto, el artículo 87 LSA, de ámbito, sin duda, más general ⁹⁰.

b) Las posibilidades de acción derivadas de la posición mayoritaria de la fundación en la sociedad participada

Con la exposición precedente, hemos intentado delimitar el significado del término «mayoritario», analizando someramente los instrumentos idóneos para que la fundación consiga una posición de tal alcance en el seno de la sociedad participada. Procede precisar, a continuación, el contenido de esa posición mayoritaria, es decir, las posibilidades de acción que atribuye a la fundación participante en el seno de la sociedad. En una primera aproximación, reiterando afirmaciones anteriores, cabe decir que el socio mayoritario en una sociedad disfrutará de la posibilidad legal de influir de manera decisiva ⁹¹ en la formación de la voluntad social, como consecuencia de su posición preeminente en el marco de la Junta general de socios, con las indudables repercusiones que ello pueda provocar en el funcionamiento de la administración de la sociedad. Tal posibilidad de influjo traduce, a niveles concretos de actividad social ordinaria, la situación de entidad dominante o controladora que ha de atribuirse al socio mayoritario, en este caso la fundación.

Sobre la base de esta circunstancia, la fundación podrá utilizar el poder derivado de su participación mayoritaria para, por ejemplo, hacer posible la adopción de determinados acuerdos por la Junta general, para conseguir que se nombren o cesen a determinados miembros del órgano administrativo, para alentar o rechazar determinadas orientaciones en torno a la política de dividendos de la sociedad, etc. En los ejemplos indicados, y en muchos otros que se podrían exponer, se pone de manifiesto que la influencia dominante derivada de una posición de control en el seno de una sociedad tiene esencialmente una dimensión societaria, sin que ello deba entenderse como una mera redundancia. Con la expresión utilizada queremos decir, en esencia, que la posición de poder derivada de la participación mayoritaria no trasciende, en cuanto tal, la esfera estricta del Derecho de sociedades y, por lo tanto, sin perjuicio de la legitimidad

⁹⁰ No conviene ignorar la relación entre este precepto y el artículo 42 C. de c. que constituye, como es bien sabido, una norma relevante en el campo de los grupos de sociedades sobre la base de la noción de control y mediante el establecimiento de situaciones que dan lugar al dominio de una sociedad, todo ello con la finalidad de hacer posible la consolidación contable de los grupos. Sobre el significado de dicho precepto en el contexto actual del Derecho español de grupos, véase J. M. EMBID IRUJO, «Un paso adelante y varios atrás: sobre las vicisitudes recientes del concepto legislativo del grupo en el ordenamiento español», *RdS*, n.º 30, 2008, pp. 19-31.

⁹¹ De «influencia dominante», utilizando una expresión extendida en el Derecho comparado, habla el artículo 87 LSA.

de las actuaciones antes mencionadas, el titular de dicha posición —en nuestro caso, la fundación— ha de ejercer su poder teniendo bien presente el interés social de la sociedad participada. Y es que el hecho de controlar o dominar a una sociedad no crea entre la fundación participante y la sociedad participada una (nueva) unidad organizativa y de actividad que supere el significado estrictamente individual de ambas personas jurídicas⁹². Para ello tendrá que llevarse a cabo por parte de la fundación una dirección económica unificada que integre a la sociedad dominada en el marco de un determinado plan empresarial y que, en suma, sirva para constituir un auténtico grupo de empresas o de sociedades⁹³. Pero, con ello, llegamos al punto último y esencial, por el momento, del régimen jurídico de la fundación con empresa.

C) *La formación de un grupo de sociedades encabezado por la fundación*

Aunque el fenómeno de los grupos de sociedades no ha recibido todavía, entre nosotros, la atención legislativa que sin duda merece, no cabe duda de que dicha estructura empresarial —muchas veces mencionada en diversas normas del ordenamiento jurídico español— resulta plenamente legítima y es, por lo tanto, también legítimo que se promueva y defienda su interés conjunto, sin perjuicio, claro está, de la debida tutela a quienes puedan verse perjudicados por ello⁹⁴. A pesar de ese insuficiente régimen jurídico, no parece que a

⁹² Es cierto, en todo caso, que el ejercicio por la fundación de las facultades derivadas de la posición mayoritaria que ostenta en una determinada sociedad podrá traer consigo algunas desventajas para los socios minoritarios de esta última, que habrán de ser afrontadas con los mecanismos habituales del Derecho de sociedades, siquiera reforzados en algún punto concreto.

⁹³ La definición doctrinal del grupo (y, en algunos países como Alemania, también legal) de acuerdo con la cual el grupo requiere, además de la existencia de una relación de control o dominio, el ejercicio de una dirección económica unificada puede decirse que es mayoritaria en la doctrina española. Y en los últimos años, incluso, se había convertido en el criterio legal por antonomasia, sobre la base de la reforma que experimentó en 2003 el artículo 42.1.º C. de c. No obstante, merced a la reforma contable instrumentada por la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea, se ha llevado de nuevo al indicio precepto una definición del grupo basada esencialmente en el control societario. No es el momento de tomar postura sobre esta errática política legislativa y sobre el mantenimiento, dentro del Derecho español, de un concepto de grupo (quizá válido a efectos puramente contables) basado en el control societario, de acuerdo con lo que ahora dispone el artículo 42 C. de c., sin perjuicio de que en otras normas, por ejemplo el artículo 78 Lcoop, siga vigente el concepto de grupo basado en la unidad de decisión; al respecto, véase J. M. EMBID IRUJO, «Un paso adelante y varios atrás: sobre las vicisitudes recientes del concepto legislativo del grupo en el ordenamiento español», cit., *passim*.

⁹⁴ Que el grupo de sociedades es, entre nosotros, una estructura empresarial legítima constituye, desde hace algún tiempo, una afirmación habitual en la doctrina española derivada,

nuestro moderno Derecho de fundaciones le haya resultado ajena la problemática de los grupos de sociedades cuando están dirigidos por una fundación. De ello constituye buena prueba la imposición del régimen de la consolidación contable a las fundaciones que ejerzan la dirección económica unificada de un grupo y se encuentren en alguno de los supuestos que, con carácter general, establece al respecto el artículo 42 C. de c.⁹⁵.

Con todo, la alusión a la vertiente contable del tema que nos ocupa no agota, desde luego, la problemática específica que caracteriza a esta singular nueva forma de empresa, en general, y, en particular, a los que se derivan de que sea una fundación la persona jurídica que se encuentre en el vértice de la organización del grupo⁹⁶. No parece conveniente que, en este trabajo, nos extendamos demasiado en lo que atañe al tratamiento general de los grupos, a sus diversas clases, así como a las piezas básicas que integran su régimen jurídico fundamental; a la vista del supuesto descrito en nuestro Derecho de fundaciones, resulta evidente que el posible grupo encabezado por una fundación habrá de ser uno de carácter jerárquico o vertical. Es indudable, a nuestro jui-

en lo esencial, de la frecuencia con que el legislador alude a esta forma de empresa en numerosos preceptos sin asomo de la más mínima sombra de ilicitud; en tal sentido, véanse, entre otros, los trabajos de P. GIRGADO, *La empresa de grupo y el Derecho de sociedades*, Comares, Granada, 2001; J. M. EMBID IRUJO, *Introducción al Derecho de los grupos de sociedades*, cit.; M. FUENTES NAHARRO, *Grupos de sociedades y protección de acreedores (una perspectiva societaria)*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007; M.^a L. DE ARRIBA FERNÁNDEZ, *Derecho de grupos de sociedades*, 2.^a ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2009.

⁹⁵ Se trata de una circunstancia que ya contemplaba la Ley 30/1994 y que desarrolló posteriormente el RD 776/1998, de 30 de abril. En la actualidad, hay que mencionar los artículos 25.9.º LF y 29 RF (al respecto, véase *supra* IV, 3).

⁹⁶ Aludimos reiteradamente a situaciones en las que la fundación «encabeza» o «dirige» el grupo de sociedades, por cuanto no parece posible que una fundación ocupe una posición subordinada dentro de semejante estructura empresarial. Al ser la fundación, como sabemos, una persona jurídica de base patrimonial, y no asociativa, que, a la vez, ha de perseguir un fin de interés general, sería altamente difícil que pudiera cumplir con este objetivo estando integrada, como entidad dependiente, en un grupo y, al mismo tiempo, sometida al interés del grupo, de inevitable observancia para todos sus componentes. Más detalles al respecto en J. M. EMBID IRUJO, *Introducción al Derecho de los grupos de sociedades*, cit., pp. 189 y ss. Con todo, quizá pudiera hablarse de una dependencia «genética», no funcional, de la fundación respecto del fundador cuando este último ha diseñado minuciosamente las diversas cláusulas del negocio constitutivo de la persona jurídica, con especial incidencia en la determinación de los estatutos. Del mismo modo, esa dependencia se puede apreciar, con mayor intensidad, incluso, en las fundaciones del sector público, si bien en este caso ha de quedar al margen, por su propia naturaleza, la posibilidad del ejercicio de actividades empresariales por aquéllas. Sobre el fenómeno, tan importante en los últimos años, de las fundaciones del sector público, véase, recientemente, M.^a T. CARBALLEIRA RIVERA, *Fundaciones y Administración pública*, Atelier, Barcelona, 2009; S. MUÑOZ MACHADO, «Las fundaciones del sector público y la legislación de contratos», *ADE* 2009, pp. 153 y ss.

cio, que una fundación, por el mero hecho de serlo, también podrá formar parte de un grupo paritario, ejerciendo incluso el papel de entidad directora del mismo, si bien se trata de un caso no contemplado directamente por la normativa vigente.

Como ya se ha indicado, la formación de la empresa de grupo trae consigo la existencia de un interés conjunto que se superpone a los intereses individuales de las sociedades que lo componen. De este modo, el conflicto básico que acompaña al funcionamiento de todo grupo (sobre todo si es jerárquico) reside en la contraposición de tales intereses y, por ello mismo, en la consiguiente necesidad de tutelar, con especial énfasis, a socios minoritarios, acreedores y trabajadores de las sociedades dominadas, a fin de compensar los perjuicios que puedan experimentar por la supremacía, que el ordenamiento reconoce, del interés del grupo. Con todo, la intensidad de este conflicto depende, también, de la concreta estructura de ordenación interna que el grupo adopte; será mayor en los denominados *grupos centralizados*, en los que la dirección del grupo (la entidad dominante) condiciona casi en su totalidad el funcionamiento empresarial y jurídico de las sociedades dominadas, y será, lógicamente, menor, en los llamados *grupos descentralizados*, donde estas últimas gozan de un margen variable de autonomía empresarial y también jurídica ⁹⁷.

Estas circunstancias se han de trasladar, sin género de duda, a los grupos jerárquicos encabezados por una fundación, que, en cuanto entidad directora del grupo, habrá de asumir, desde luego, el ejercicio cotidiano de la dirección económica unificada y las consecuencias derivadas del mismo en cuanto a la tutela de los intereses necesitados de protección. Teniendo en cuenta, no obstante, que la fundación ha de perseguir, por definición, la realización concreta de un fin de interés general, pueden surgir conflictos entre este último y el correspondiente interés del grupo, de resolución, en principio, no fácil. Por tal razón, se comprenden las observaciones críticas en torno al supuesto que nos ocupa formuladas desde algún sector, especialmente autorizado, de la doctrina ⁹⁸. Y es que, la singular condición jurídica de la fundación no puede ser un obstáculo a la aplicación del Derecho de grupos en todos sus extremos, con el consiguiente respeto al interés del grupo en concreto.

⁹⁷ Se trata de cuestiones suficientemente conocidas en el ámbito de la doctrina especializada en el estudio de los grupos, por lo que basta con remitir al lector para su mejor conocimiento a la bibliografía citada en notas anteriores, en particular a la consignada en la nota 94.

⁹⁸ Véase, por todos, V. EMMERICH y M. HABERSACK, *Konzernrecht*, 8.^a ed., Beck, München, 2005, pp. 483-484, quienes, en términos generales, se muestran poco favorables al ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones.

Estas dificultades, no obstante, han de ser valoradas en sus justos términos. En principio, la cobertura constitucional al ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones legitima la articulación concreta del supuesto a través de la figura de la fundación con empresa, sin género de duda. Además, el legislador ha dado pasos concretos en la fijación de un régimen jurídico, si bien incipiente, como hemos tenido ocasión de ver en las páginas precedentes. Sobre la base de estas premisas, parece indudable que la fundación directora de un grupo de empresas ha de asumir los compromisos derivados de su singular naturaleza jurídica, de una parte, y de su carácter de entidad directora de una compleja estructura empresarial, de otra. Por tal razón, la fundación habrá de atender a la realización del fin de interés general que le da sentido y razón de ser, y a la que viene obligada por ley. Pero, al mismo tiempo, habrá de asumir, como ya se ha sugerido, las consecuencias inevitables de la formación de un auténtico grupo empresarial, dentro del cual le corresponderá indudablemente la tarea de coordinar y dirigir la actividad básica de las entidades que lo componen, cometidos ambos que, desde una perspectiva funcional, servirán para atribuirle la condición de empresario. A tal efecto, será preciso considerar con todo cuidado (por parte del fundador y también por parte del Patronato de la fundación) cuál será la estructura de grupo más idónea para cumplir con los diversos requerimientos normativos concurrentes en tal caso. Pensamos, en tal sentido, que la figura del grupo descentralizado resultará a priori más idónea para dar el debido cauce a la realización del fin de interés general de la fundación, así como a la preservación del interés del grupo formado.

Y, dentro de este esquema de articulación organizativa, sería conveniente objetivar los puntos básicos del grupo que se pretende constituir a través de la conclusión del denominado doctrinalmente «contrato de grupo», suscrito, en el presente caso, entre la fundación y la o las sociedades dominadas por ella. En dicho contrato, de naturaleza organizativa y lícitud cierta en nuestro Derecho⁹⁹, encontrarán acomodo los principios de organización y funcionamiento del grupo, las medidas de tutela previstas para los sujetos afectados por su actividad, así como los medios de resolución de los conflictos internos que puedan presentarse. Sin perjuicio de otros detalles concretos, susceptibles de incluirse en el clausulado del contrato, parece indudable concluir que la figura ahora en estudio hará más transparente la estructura empresarial del grupo encabezado por la fundación, estableciendo las bases necesarias para su regular funcionamiento. De este modo, los posibles conflictos entre el interés del gru-

⁹⁹ Sobre estos temas, hoy ya habituales en el debate sobre el régimen jurídico de los grupos, J. M. EMBID IRUJO, *Introducción al Derecho de los grupos de sociedades*, cit., pp. 54 y ss.

po, como conjunto empresarial, y el interés general al que, por definición, ha de orientarse el fin de la fundación podrán encontrar un adecuado cauce de solución, contribuyéndose, en fin, a la insoslayable tarea de dotar de seguridad jurídica al supuesto de la fundación con empresa mediante el establecimiento de soluciones equitativas en el contrato de grupo.

VII. Consideraciones finales

A pesar de su extensión, considerablemente superior a la que suele ser habitual en un artículo de revista científica, el presente trabajo debe verse únicamente como una mera presentación de algunas cuestiones básicas relativas al tratamiento jurídico de la fundación empresaria. Esa presentación la hemos llevado a cabo tomando como punto de referencia la disciplina legislativa existente en el ordenamiento español sobre la figura que, como se ha expuesto repetidamente, contempla dos modalidades de la misma: la fundación-empresa y la fundación con empresa, de acuerdo con la terminología adoptada en este trabajo. La distinción entre ambas se basa en el modo, directo o indirecto, de ejercer la actividad empresarial; en el primer caso, característico de la fundación-empresa, la fundación asume de manera inmediata la titularidad de la empresa, en tanto que, en el segundo, la fundación realiza la actividad mercantil a través de su participación en el capital de sociedades, sin especiales límites en cuanto su extensión pero orientada por el legislador hacia aquellas en las que los socios no respondan por las deudas sociales. A esa diferencia sustancial a la hora de desarrollar la actividad mercantil ha respondido nuestro ordenamiento de una manera esquemática, usando, a la vez, una terminología vacilante. Resulta notorio, en todo caso, el mayor campo funcional atribuido a la fundación con empresa que a la fundación-empresa, dado que esta última, en particular, sólo podrá desarrollar actividades mercantiles que estén vinculadas, de modo más o menos intenso, pero siempre perceptible, con los fines que le son propios. En cambio, la fundación con empresa queda facultada para proyectar su intervención en la realidad empresarial sin restricción alguna por razón del contenido de la actividad, ni tampoco por la intensidad de su participación en el capital de las sociedades, pudiendo, incluso, llegar a convertirse en la cabeza de un complejo grupo empresarial.

Con ser insuficiente el régimen jurídico establecido entre nosotros sobre la fundación empresaria, y sin perjuicio de otros serios inconvenientes que hemos intentado resaltar en nuestro trabajo, a la hora de la conclusión debe afirmarse sin género de duda la importancia de la labor reguladora acometida por el legislador español, inserta, por lo demás, en una destacada modernización del Derecho de fundaciones en nuestro país, que arranca, como es bien sabido,

de la disciplina establecida en la Ley 30/1994. Por otro lado, la teleología inmanente al tratamiento legal de la fundación empresaria permite conectar el fenómeno regulado con una destacada doctrina, tanto nacional como extranjera, que con un esfuerzo dilatado en el tiempo ha ido delimitando los caracteres básicos de una realidad con diversas caras no siempre fáciles de captar con simultaneidad por el ordenamiento jurídico ¹⁰⁰. Y es que, aun siendo nuestra figura una persona jurídica netamente fundacional —como se deduce de la tipificación normativa llevada a cabo entre nosotros—, no resulta posible prescindir de su evidente inserción en la realidad mercantil, cuando se trata de fijar, con la mayor precisión posible, su régimen jurídico.

Ante tal situación, y en beneficio de las concretas fundaciones que decidan ejercer actividades empresariales, o que continúen en tal empeño, será preciso ir llenando de contenido el mapa que nuestro legislador meramente ha dibujado. Dicha tarea habrá de fundarse, a nuestro juicio, en una interpretación de corte finalista que evite los meandros de la inestabilidad terminológica ¹⁰¹, que lleve a concordia los desajustes entre LF y RF, que permita ajustar en lo posible el punto de partida fundacional con la insoslayable perspectiva mercantil, y que contribuya a superar, en fin, la evidente insuficiencia del régimen jurídico predispuerto. En esta misión, hay, por último, un amplio campo de desarrollo para la autonomía de la voluntad, cuyo protagonismo tradicional en la configuración jurídica de las fundaciones adquiere ahora un aire nuevo como consecuencia de la plena inserción de la fundación empresaria en la realidad del

¹⁰⁰ El valor, ciertamente relevante, de algunas de esas aportaciones (como sucede, entre nosotros, con la, por tantos conceptos, admirable monografía de U. VALERO AGÜNDEZ, *La fundación como forma de empresa*, cit.) no debe confundir sobre el papel que debe atribuirse a la doctrina en la necesaria labor de construcción del régimen jurídico de la fundación empresaria. Hay que partir, como no puede ser de otro modo, del marco regulador realmente existente, cuya interpretación y análisis es la primera tarea del jurista, evitando la tentación de ignorarlo por considerar auténtica *ratio scripta* la contribución de algunos autores, con independencia del acierto, mayor o menor, que concurra en sus opiniones. Sobre esta cuestión, auténticamente central en el oficio jurídico, véase la reciente edición de P. CALAMANDREI, *Fe en el Derecho* (trad. esp. y prólogo de Perfecto Andrés Ibáñez), Marcial Pons, Madrid, 2009; entre nosotros, y no muy lejos de las materias propias de este trabajo, J. GIRÓN TENA, «Prólogo» a G. ESTEBAN VELASCO, *El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho europeo y reforma del Derecho español*, Fundación Universidad Empresa, Madrid, 1982, p. 14, quien, asimismo, reconoce al jurista competencia para la crítica y la transformación del Derecho positivo.

¹⁰¹ La fórmula «fundación empresaria», aquí propuesta, no aspira a resolver la referida inestabilidad terminológica, inevitable, quizá, en una regulación de nuevo cuño, todavía poco contrastada con la realidad práctica de la figura. Intenta, en todo caso, ser clara, suficientemente comprensiva de las dos modalidades reconocidas por el legislador, destacando, a la vez, la dimensión empresarial que, desde un punto de vista subjetivo, corresponde en todo caso a la fundación, cuando menos desde una perspectiva funcional.

mercado y la actividad mercantil. Nos encontramos, por ello, ante un asunto de gran relieve que, sin desdeñar otras vertientes relevantes del Derecho de fundaciones en nuestros días y sin ignorar su ya considerable antigüedad, quizá pueda llegar a constituir el «tema de nuestro tiempo» en el ámbito de dicha materia ¹⁰².

¹⁰² Y es que la sazón del tiempo que nos ha tocado vivir parece abrir el camino a formas singulares de empresario, como las que representan o pueden representar las fundaciones, cuyo desarrollo económico y alcance social pertenecen sobre todo al inmediato futuro. Por tal razón, y como quería J. ORTEGA Y GASSET (*El tema de nuestro tiempo*, 18.ª ed., Revista de Occidente, Madrid, 1976, p. 107), no queda sino «abrir bien los ojos sobre el contorno y aceptar la faena que nos propone el destino: el tema de nuestro tiempo».