

Actividad económica  
en el mercado e interés  
general.

Sobre el derecho  
de fundaciones  
de nuestro tiempo

**JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO**



Derecho Privado

José Miguel Embid Irujo (Zaragoza, 1954) es Catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad de Valencia, habiendo prestado servicios con anterioridad en varias universidades españolas. Es autor de un amplio elenco de publicaciones sobre diversas materias de su especialidad (Derecho de sociedades, contratación mercantil, responsabilidad social de la empresa y Derecho de fundaciones, entre otras) y ha publicado en esta misma colección, junto con Paula del Val Talens, el libro “La responsabilidad social corporativa y el Derecho de sociedades de capital: entre la regulación legislativa y el *soft law*”, que mereció en 2015 el premio San Raimundo de Peñafort de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Es miembro del consejo de redacción de numerosas revistas especializadas y dirige la colección de monografías “Mercatura. Estudios de Derecho Mercantil”, en la Editorial Comares, de Granada, así como el grupo de investigación *Commenda*. Ha dirigido diversos proyectos de investigación y más de treinta tesis doctorales. Desarrolla una intensa actividad de evaluación universitaria y emite informes y dictámenes profesionales con regularidad.

## Colección Derecho Privado

*Director:*

Antonio Manuel Morales Moreno

### Últimos títulos publicados:

9. La liquidación anticipada del daño.  
Análisis económico de la cláusula penal  
**Ignacio Marín García**
10. Representación gráfica de fincas  
en el Registro de la Propiedad  
**Carlos Trujillo Cabrera**
11. Entidades de propósito (o cometido) especial  
y otras entidades vehiculares o puente  
(Una aproximación a su configuración  
tipológica desde el Derecho de sociedades)  
**Luis Hernando Cebriá**
12. Textos internacionales sobre garantías  
mobiliarias: reflexión y análisis  
**Carmen Jerez Delgado (coordinadora)**
13. Los Principios Latinoamericanos  
de Derecho de los Contratos  
**Í. De la Maza - C. Pizarro - Á. Vidal**
14. Adquisición de Vivienda y Cláusulas Abusivas.  
La integración del Derecho español  
a través del Derecho europeo y comparado  
**Javier Domínguez Romero**  
**Prólogo: Francisco José Infante Ruiz**
15. El consentimiento informado  
y la responsabilidad médica  
**Davinia Cadenas Osuna**  
**Prólogo: Francisco Oliva Blázquez**
16. La liquidación de la herencia en el Código  
Civil Español. Especial referencia a las deudas  
sucesorias desconocidas o sobrevenidas  
**Mónica García Goldar**  
**Prólogo: María Paz García Rubio**
17. Prácticas agresivas y tutela del consumidor  
**Elisabet González Pons**  
**Prólogo: Lourdes Ferrando Villalba**
18. Actividad económica en el mercado  
e interés general. Sobre el derecho de  
fundaciones de nuestro tiempo  
**José Miguel Embid Irujo**

ACTIVIDAD ECONÓMICA EN EL MERCADO E INTERÉS GENERAL.  
SOBRE EL DERECHO DE FUNDACIONES DE NUESTRO TIEMPO

# COLECCIÓN DE DERECHO PRIVADO

Director

**Antonio Manuel Morales Moreno**

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid,  
académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

Consejo Asesor

**Antonio Pau Pedrón**, doctor de la Universidad Autónoma de Madrid, notario, registrador de la propiedad y abogado del Estado.

**José Miguel Embid Irujo**, catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Valencia.

**María Paz García Rubio**, catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Santiago de Compostela.

**Nieves Fenoy Picón**, profesora titular de Derecho Civil (acreditada como Catedrática de Universidad) de la Universidad Autónoma de Madrid.

**ACTIVIDAD ECONÓMICA EN EL MERCADO  
E INTERÉS GENERAL.  
SOBRE EL DERECHO DE FUNDACIONES DE NUESTRO TIEMPO**

---

**JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO**



---

AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO  
MADRID, 2019

Primera edición: diciembre de 2019



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional, (CC BY-NC-ND 4.0).

En la página web de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, [www.boe.es](http://www.boe.es), apartado de *publicaciones*, se incluyen las instrucciones para envío de originales, normas para su presentación y modelo de solicitud de publicación en esta colección que el autor deberá cumplimentar.

La AEBOE no se solidariza con las opiniones sostenidas por los autores de los originales publicados.

© José Miguel Embid Irujo  
© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

<http://cpage.mpr.gob.es>

NIPO: 043-19-256-7 (edición en papel)  
043-19-257-2 (edición en línea, PDF)  
043-19-258-8 (edición en línea, ePub)

ISBN: 978-84-340-2603-2

Depósito legal: M-37814-2019

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL  
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO  
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

*A Jorge Caffarena, maestro del Derecho  
de fundaciones, en testimonio de amistad.*

*A Maite, fundadora universal.*

«En las ciencias de lo humano, en las humanidades, las cosas son, por lo general, lentas y complejas. Piénsese en la psicología, en la sociología, en la historia. Y, claro es, en las historias particulares o relativamente abstractas: de la filosofía, del arte, de la literatura. Con diferentes matices, se resienten demasiado de falta de historicidad. Es decir, las deficiencias de estas disciplinas no afectan tanto a sus *logros* como a sus *pretensiones*; lo grave no es que sus estudios no consigan lo que se proponen –esto es lo que le sucede casi siempre al hombre, y más si es intelectual–, sino que no intentan lo que tendrían que intentar. Dicho con otras palabras, lo que más descontento deja al lector un poco exigente no son las *respuestas* del historiador, sino, antes que ello, sus *preguntas*.»

Julián Marías, *El oficio del pensamiento*

«Conviene definir las cosas por sus tendencias, es decir, extremándolas; es el modo de que nos muestren su ser, el ser a que propenden, a que se encaminan, su ser más verdadero.»

Julián Marías, *Miguel de Unamuno*

## ÍNDICE

ABREVIATURAS .....	17
PRÓLOGO .....	19
<b>CAPÍTULO I. LA FUNDACIÓN COMO OPERADOR ECONÓMICO EN EL MERCADO. CUESTIONES DE POLÍTICA JURÍDICA Y LEGISLATIVA</b>	
I. La tradicional ausencia de un verdadero derecho de las fundaciones (a modo de introducción) .....	25
II. Aproximación al actual significado jurídico de las fundaciones .....	30
1. Premisa .....	30
2. Presentación: El ánimo de lucro como elemento de delimitación entre entidades mercantiles y no mercantiles .....	30
3. La pérdida progresiva de relieve tipificador del ánimo de lucro y la importancia del elemento organizativo .....	32
III. El ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones y sus principales consecuencias jurídicas .....	34
1. Planteamiento general .....	34
2. Las fundaciones como «operadores económicos» en el mercado ..	37
2.1 Consideraciones generales .....	37
2.2 Operador económico vs. Empresario: significado y trata- miento jurídico .....	39
2.2.1 Premisa .....	39
2.2.2 Sectores normativos relevantes en la ordenación ju- rídica de los operadores económicos .....	39

	Páginas
IV. Hacia la ordenación jurídica plena de las fundaciones (1): cuestiones de política jurídica y legislativa .....	41
1. Premisa .....	41
2. Unicidad y especialidad en la regulación .....	42
3. El relieve del Derecho blando ( <i>soft law</i> ) para la ordenación jurídica plena de las fundaciones .....	45
V. Hacia la ordenación jurídica plena de las fundaciones (2): la progresiva influencia del Derecho mercantil y, en particular, del Derecho de sociedades .....	48
1. Consideraciones generales .....	48
2. El ejemplo de la contabilidad .....	51
VI. Aspectos concretos de la influencia del derecho de las sociedades mercantiles de capital en el régimen jurídico de las fundaciones .....	54
1. Premisa: razones de esa influencia .....	54
2. Aspectos concretos del influjo del Derecho de sociedades de capital en el régimen jurídico de las fundaciones .....	56
2.1 Consideraciones introductorias .....	56
2.2 La constitución de las fundaciones .....	59
2.3 Gestión y gobierno corporativo de las fundaciones .....	62
2.3.1 Consideraciones generales. A propósito del «gobierno corporativo de las fundaciones» .....	62
2.3.2 Breve referencia al régimen jurídico del Patronato y de sus miembros .....	66
2.3.3 La responsabilidad de los patronos .....	70
VII. Consideraciones finales .....	74
<b>CAPÍTULO II. LOS SUPUESTOS DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DE LAS FUNDACIONES (1): CUESTIONES GENERALES Y DELIMITACIÓN DE LA FUNDACIÓN-EMPRESA</b>	
I. Introducción: El carácter problemático del vínculo entre fundación y empresa .....	77
II. Figuras para el ejercicio de la actividad de empresa por las fundaciones y planteamiento de política legislativa para su regulación en el Derecho español .....	81
1. Consideraciones introductorias .....	81
1.1 Los dos principales supuestos .....	81
1.2 La relatividad de la distinción .....	83

	Páginas
2. La fundación-empresa .....	84
3. La fundación con empresa .....	87
4. La opción de política legislativa para la regulación de la fundación empresaria en el Derecho español .....	88
III. La articulación de los fines fundacionales con el ejercicio por la fundación de la actividad de empresa .....	91
1. Consideraciones generales .....	91
2. El problema en el Derecho español .....	93
2.1 Precisiones terminológicas previas en punto a la actividad de las fundaciones .....	93
2.2 Fines de la fundación y actividad fundacional: el ejercicio de la empresa mercantil y su relación con las «actividades propias» de la fundación .....	96
IV. El marco normativo de la fundación empresaria en el Derecho español ..	99
1. Una valoración previa: la insuficiencia del régimen legislativo de la fundación empresaria .....	99
2. El papel de la autonomía de la voluntad; en especial, respecto de la organización de la fundación empresaria .....	100
3. Aspectos de régimen jurídico comunes a la fundación empresa y a la fundación con empresa .....	103
V. La fundación-empresa .....	105
1. Las notas distintivas de la actividad mercantil desarrollada por la fundación .....	105
2. La relación de la actividad de empresa desarrollada por la fundación con sus fines específicos .....	107
VI. Consideraciones finales .....	112
 <b>CAPÍTULO III. LOS SUPUESTOS DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DE LAS FUNDACIONES (2): LA FUNDACIÓN CON EMPRESA Y EL GRUPO DE SOCIEDADES FUNDACIONAL</b>	
I. La fundación con empresa .....	115
1. Premisa: el sentido de la tipificación legal de la fundación con empresa .....	115

	Páginas
2. Las notas distintivas del supuesto de hecho .....	118
2.1 Delimitación de las sociedades en las que puede participar la fundación .....	118
2.2 El carácter mayoritario de la participación .....	122
2.2.1 El significado del término «mayoritario» .....	122
2.2.2 Las posibilidades de acción derivadas de la posición mayoritaria de la fundación en la sociedad participada y la aparición del grupo de empresas fundacional .....	127
II. De la fundación aislada a la fundación vinculada .....	129
1. Consideraciones generales .....	129
2. El vínculo entre las fundaciones y los grupos .....	131
III. Principales problemas que suscita la integración de la persona jurídica fundacional en un grupo de sociedades .....	132
IV. Formas de inserción de la fundación en la estructura de un grupo de sociedades .....	134
1. Notas introductorias sobre tipología y régimen jurídico de los grupos desde el punto de vista de la organización y alcance efectivo de la dirección unitaria .....	134
2. Posición de la persona jurídica fundacional en el grupo .....	137
V. Funcionamiento del grupo fundacional: el posible conflicto entre el fin de interés general perseguido por la fundación y el interés del grupo como unidad empresarial .....	140
1. Consideraciones previas: el alcance efectivo del conflicto entre el interés del grupo y el fin de interés general de la fundación .....	140
2. Vías de tratamiento del conflicto entre el interés general y el interés del grupo .....	143
2.1 El conflicto de intereses en el ámbito del grupo jerárquico: grupos centralizados y descentralizados .....	143
2.2 El conflicto de intereses en el ámbito del grupo paritario ..	148
2.3 La utilidad del contrato de grupo .....	149
2.3.1 Consideraciones generales .....	149
2.3.2 El sistema institucional de protección (SIP) como ejemplo superado de contrato de grupo en el ámbito de las fundaciones .....	150
VI. Consideraciones finales .....	151

CAPÍTULO IV. LA FUNDACIÓN BANCARIA

I.	Introducción: la fundación bancaria y la crisis económica .....	155
II.	La especialidad de la fundación bancaria .....	157
III.	Las fuentes del régimen jurídico de la fundación bancaria .....	160
1.	Las fuentes normativas .....	160
1.1	El punto de partida: La concurrencia de la Ley 26/2013 y la legislación fundacional .....	160
1.2	La Ley 26/2013 como <i>lex specialis</i> de la fundación bancaria: características y efectos .....	161
1.3	Alcance efectivo de la remisión legislativa al Derecho de fundaciones .....	163
2.	El relieve de la autonomía de la voluntad en el régimen jurídico de la fundación bancaria .....	164
IV.	Delimitación conceptual de la fundación bancaria .....	167
1.	Premisa .....	167
2.	La participación en una entidad de crédito, como presupuesto del concepto de fundación bancaria .....	168
2.1	Consideraciones generales .....	168
2.2	Las circunstancias de la participación .....	169
2.2.1	Premisa .....	169
2.2.2	La forma de la participación .....	170
2.2.3	Los caracteres de la participación .....	171
2.2.4	Los supuestos de la participación .....	173
2.2.5	La condición de entidad de crédito del sujeto participado por la fundación, como último requisito de su concepto .....	176
V.	La finalidad de la fundación bancaria .....	177
1.	La llamada «actividad principal» de la fundación bancaria .....	177
2.	La gestión de la participación y la naturaleza específica de la fundación bancaria .....	179
VI.	La identificación de la fundación bancaria .....	181
VII.	El acceso a la fundación bancaria .....	182
VIII.	La fundación bancaria integrada en un grupo .....	184
IX.	Consideraciones finales .....	186
	BIBLIOGRAFÍA .....	189

## ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS

<i>AAMN</i>	Anales de la Academia Matritense del Notariado.
<i>AcP</i>	<i>Archiv für die civilistische Praxis.</i>
<i>ADC</i>	Anuario de Derecho Civil.
<i>ADF</i>	Anuario de Derecho de Fundaciones.
<i>AG</i>	<i>Die Aktiengesellschaft.</i>
<i>AJP/PJA</i>	<i>Aktuelle juristische Praxis/Praxis juridique actuelle.</i>
C.c.	Código civil.
C. de c.	Código de comercio.
CE	Constitución española.
<i>DB</i>	<i>Der Betrieb.</i>
<i>DWiR</i>	<i>Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht.</i>
<i>Giur. Comm.</i>	<i>Giurisprudenza Commerciale.</i>
<i>JZ</i>	<i>Juristenzeitung.</i>
LC	Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.
LCD	Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.
Lcoop	Ley 27/1999, de 16 de julio, de cooperativas.
LDC	Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.
LF	Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones.
LSC	Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.
LSA	Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.
LSRL	Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

<i>ODC</i>	<i>Orizzonti del Diritto Commerciale.</i>
<i>NJW</i>	<i>Neue Juristische Wochenschrift.</i>
<i>PEE</i>	Papeles de Economía Española.
<i>RAP</i>	Revista de Administración Pública.
<i>RCDI</i>	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.
<i>RCP</i>	Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal.
<i>RDBB</i>	Revista de Derecho Bancario y Bursátil.
<i>RDC</i>	<i>Rivista del Diritto Commerciale e delle Obbligazioni.</i>
<i>RDM</i>	Revista de Derecho Mercantil.
<i>RDPat</i>	Revista de Derecho Patrimonial.
<i>RdS</i>	Revista de Derecho de Sociedades.
<i>Riv. Dir. Civ.</i>	<i>Rivista di Diritto Civile</i>
<i>Riv. Dir. Imp.</i>	<i>Rivista di Diritto dell'Impresa.</i>
<i>Riv. Soc.</i>	<i>Rivista delle Società</i>
RF	Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de fundaciones de competencia estatal.
<i>RJNot</i>	Revista Jurídica del Notariado.
<i>RMV</i>	Revista de Derecho del Mercado de Valores.
<i>RTDCom.</i>	<i>Revue Trimestrielle de Droit Commercial.</i>
<i>RVEH</i>	Revista Valenciana de Economía y Hacienda.
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional.
SAP	Sentencia de Audiencia Provincial.
SJM	Sentencia de Juzgado de lo Mercantil.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
STSJ	Sentencia de Tribunal Superior de Justicia.
<i>ZGR</i>	<i>Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht</i>
<i>ZHR</i>	<i>Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht</i>

## PRÓLOGO

El Derecho de fundaciones, del que este libro se ocupa con perspectiva específica, puede ser considerado una disciplina jurídica en formación. Esta frase, formulada sin pretensión polémica alguna, puede resultar, no obstante, paradójica, cuando no francamente discutible, si se tiene en cuenta la antigüedad de la fundación como figura jurídica y la aparente claridad de su significado para el Derecho. De todo ello es testigo la fórmula estereotipada y esquemática que ha servido, durante décadas, para distinguirla de otras personas jurídicas gracias a la conocida sustantivación del patrimonio fundacional como elemento caracterizador de la entidad.

Que la fundación no era exactamente un «patrimonio dotado de personalidad jurídica» resultaba evidente para muchos juristas; y es que este enunciado, aun gozando de una apariencia de verosimilitud, constituía más bien una «fórmula vacía», que no sólo no informaba bien del sujeto que pretendía describir, sino que impedía decir lo procedente respecto del mismo. A ello se añadía la pobreza –por no decir inexistencia– de su regulación, circunstancia que complicaba de manera extraordinaria la comprensión técnica de nuestra figura, a la vez que limitaba sus posibilidades de actuación, por lo común restringidas a las labores de beneficencia.

Sólo en fechas relativamente recientes, al menos por lo que se refiere al ordenamiento jurídico español, se aprecia un cambio significativo en la materia, es decir en el Derecho de fundaciones. Entre las muchas virtudes que cabe apreciar en la inicial Ley 30/1994 y en la vigente Ley 50/2002 –por ceñirnos a la normativa estatal– destaca, por encima de todas, la de haber contribuido a asentar a la fundación, entendida ahora como «organización» expresamente privada de fin lucrativo, de manera suficiente en el ámbito ju-

rídico nacional. Esta sintética caracterización ha constituido la base sobre la que ha echado a andar el Derecho español de fundaciones, gracias, entre otros extremos, a la decidida contribución de la doctrina, verdaderamente floreciente, en particular, durante los primeros años de vigencia de las indicadas leyes. Menos relevante es la aportación de la Jurisprudencia, todavía escasa y dividida, a la vez, en varios vectores, de acuerdo con las peculiares circunstancias en que se desarrolla la actividad fundacional como consecuencia de la supervisión del Protectorado.

La indudable valoración positiva de la legislación española de fundaciones no permite ocultar, sin embargo, que dicha normativa representa, más bien, un efecto de la realidad social de la fundación, algunos de cuyos principales extremos intenta reflejar en sus normas, antes que un instrumento de cambio de esa misma realidad. Es indudable que, por lo común, el Derecho se suele mantener a la zaga de las demandas sociales, llegando pocas veces «a tiempo» para el logro de su satisfacción. Este retraso resulta ejemplar en el tema que nos ocupa y sólo en parte puede considerarse paliado por la normativa en vigor, necesitada, en todo caso, de una reforma profunda, debido al transcurso del tiempo y la acelerada dinámica característica del sector.

El fracaso del Anteproyecto de reforma de la Ley de fundaciones, elaborado en 2014, confirma, al margen de las circunstancias de diverso orden que pudieran causarlo, la todavía incompleta hechura de nuestro Derecho de fundaciones. Esa reforma, como se acaba de señalar, era necesaria e, incluso, debería haberse producido antes. El caso es que la orientación del indicado texto prelegislativo venía a significar, si se simplifican un tanto las cosas, una suerte de «enmienda a la totalidad» de algunos de los aspectos que pretendían reflejar con mayor nitidez la presente realidad de las fundaciones.

Así se podía apreciar, por ejemplo, en relación con las materias que constituyen el hilo conductor del presente libro; me refiero al ejercicio de actividades empresariales por parte de las fundaciones y, de manera más genérica, a la aceptación inevitable desde el Derecho de su condición de sujeto del mercado. Se trata, obviamente, de temas distintos, si bien estrechamente relacionados, que no pueden considerarse novedosos desde un punto de vista a la vez práctico y doctrinal, aunque sean muy escasas las normas que los hayan tratado con la debida claridad y el imprescindible rigor, y aunque, del mismo modo, puedan considerarse inadecuados o, incluso, incompatibles con una cierta forma de entender el fenómeno fundacional.

De manera insólita, dado el limitado carácter innovador de nuestra doctrina tradicional en el tema que nos ocupa, fue posible afirmar anticipadamente en el marco del Derecho español la plena licitud del ejercicio directo de

actividades empresariales por las fundaciones, gracias, en esencia, a la muy relevante monografía de Urbano Valero *La fundación como forma de empresa* (Valladolid, Universidad de Valladolid, 1969). Con posterioridad a la publicación de esta monografía, verdadero hito dogmático entre nosotros, y sobre la base del entendimiento legislativo de nuestra figura como organización se ha podido constatar que las fundaciones, como muchas otras entidades y personas jurídicas, son efectivamente un sujeto del mercado o, con terminología generalizada, un «operador económico» del mercado. Era esta la orientación que pretendía desarrollar el, por desgracia, frustrado Anteproyecto de Código Mercantil, cuya aprobación hubiera servido para consolidar el engarce entre las fundaciones y la realidad económica del mercado gracias a la «mediación», si vale el término, del Derecho mercantil.

Más allá de esa caracterización organizativa, nuestro Derecho, ya en la Ley 30/1994, dio un decidido paso para el adecuado tratamiento de estos importantes asuntos, y la Ley 50/2002, con la eficaz ayuda del Reglamento de fundaciones, ha confirmado esa postura inicial. Puede decirse, por ello, que, en el ordenamiento jurídico español, es plenamente lícito el ejercicio de actividades empresariales por parte de las fundaciones; y ese reconocimiento se extiende a las dos modalidades fundamentales que la práctica ha configurado a la hora de articular el ejercicio de tales actividades, es decir, la fundación-empresa y la fundación con empresa, según que, respectivamente, se lleven a cabo las mismas de manera directa o indirecta.

El hecho de que la legislación española eluda dichas denominaciones y que, a la vez, establezca, en la interpretación que considero mejor fundada, una significativa diferencia entre ambas a la hora de contemplar el alcance efectivo del ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones, nada dice en contra del mencionado reconocimiento. Es lo cierto que dicha toma de postura favorece de manera notable a la fundación con empresa, circunstancia ésta que, también a mi juicio, ha de ser vista más como una consecuencia de lo que sucede realmente en la práctica, que como una toma de postura del legislador, susceptible en todo caso de orientar la evolución de las fundaciones en el mercado. Confirmación de lo que antecede, si bien en el contexto específico del sistema financiero y de la reciente crisis económica, es la tipificación de la fundación bancaria, como ejemplo destacado, con sus indudables matices, claro está, de fundación con empresa. Se reitera de este modo, en cualquier caso, el tradicional y considerable protagonismo de que han gozado entre nosotros las entidades de naturaleza fundacional para el ejercicio de las actividades propias del mercado financiero y del crédito.

Junto con algunas otras obras provenientes de nuestra mejor doctrina, el presente libro ha de ser visto, entonces, como un intento de profundizar, en la medida de lo posible para el autor, en el significado de la fundación como operador económico en el mercado y como protagonista, de alcance limitado, al menos por el momento, de la actividad empresarial. No hace falta decir que esa caracterización, dotada, por su propia naturaleza, de un dinamismo intrínseco, ha de ser perfilada en el marco del Derecho de fundaciones con arreglo a lo que en él se configura y se permite. En este sentido, es el fin de interés general, esencial elemento tipificador de nuestra figura y por ello mismo situado en el título de esta obra, vector determinante del tratamiento de las indicadas materias, integrantes, desde luego, del «Derecho de fundaciones de nuestro tiempo» —como reza el subtítulo—, aunque no puedan reivindicar, pese a su importancia, un lugar de privilegio en su seno.

Pero, por otra parte, la escasez de la regulación y la todavía insuficiente comunicación entre la práctica fundacional y la teoría jurídica que intenta dar cuenta y razón de ella, impone a quien pretenda internarse en esta línea de estudio el afinamiento de las técnicas pertinentes, de acuerdo con lo que significa la presencia de un sujeto en el mercado, ejerza o no la actividad empresarial. Esta inevitable constatación impone la concurrencia de las instituciones mercantiles, dentro de la mirada unitaria del Derecho privado, en el tratamiento de nuestra figura. De ello ha sido consciente el propio legislador, cuando para dar consistencia a la fundación ha recurrido en la Ley 50/2002, de manera notoria, a instituciones específicas del Derecho de sociedades mercantiles.

Se justifica, así, una de las tesis centrales de esta obra, según la cual, es esta rama del Derecho mercantil uno de los más valiosos auxiliares para el análisis de la persona jurídica fundacional. Estamos, de este modo, ante una consecuencia más de que la fundación haya sido catalogada normativamente como auténtica organización; y es que el Derecho de sociedades, entendido, de acuerdo con una consolidada doctrina, como un Derecho de organizaciones, ha aprestado las técnicas y los medios intelectuales idóneos para hacer viable y eficaz el funcionamiento de las personas jurídicas en punto a su articulación interna con vistas a la más adecuada formación y ejecución de su específica voluntad.

Advertidas todas estas cautelas queda por señalar que el presente libro no es, en sentido estricto, una obra de nueva planta; con docilidad a la circunstancia, siguiendo el consejo de Ortega, el autor ha confeccionado este volumen de manera indirecta, en difuso paralelo con el ejercicio que de la actividad empresarial lleva a cabo la fundación con empresa. Se debe, así, el libro a una serie de trabajos que el autor dedicó al Derecho de fundaciones a lo largo de bastantes años y que fueron objeto de publicación en obras colectivas y revistas

especializadas<sup>a</sup>. Como es natural, el paso del tiempo ha dejado su huella en dichos textos, haciendo inservibles distintos materiales y dejando sin fundamento ciertas consideraciones, por lo que su preparación para la imprenta obligaba a una revisión profunda de todos ellos y, en algunos casos, a la modificación de algunas de las tesis sostenidas en su momento.

No resulta sencilla esta vuelta sobre los propios pasos, aunque para el jurista quizá sea inevitable. Más aún si la «cosa en sí», esto es el Derecho de fundaciones, sigue sin la debida consolidación o, lo que es lo mismo, *in itinere*, con riesgo, como también se dice en el libro, de una cierta petrificación en alguna de sus elementos vertebrales. Me ha parecido oportuno, por tanto, privar a los trabajos subyacentes a esta obra de la dudosa paz de los archivos, convencido de la necesidad de *intentar* una presentación adecuada, desde el Derecho, de la vertiente económica y de mercado de la fundación, bien notoria en nuestros días, identificando sus tendencias características y planteando las preguntas pertinentes<sup>b</sup>. En la edición del libro me ha ayudado, con la eficacia

---

<sup>a</sup> Los estudios revisados y su desglose, según los capítulos del libro al que corresponden, se enuncian del siguiente modo: para el capítulo primero, «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*, 7 (2003), pp. 79-100; «Gobierno de la fundación», en Muñoz Machado, S./Cruz Amorós, M./De Lorenzo García, R. (dirs.), *Comentarios a las Leyes de fundaciones y mecenazgo*, Madrid, Fundación ONCE-Iustel, 2005, pp. 227-276, y «Obligaciones y responsabilidad de los patronos», *ADF*, 2009, pp. 131-151. El capítulo segundo se basa en el estudio «Empresa y fundación en el ordenamiento jurídico español. La fundación empresaria», *ADF*, 2010, pp. 15-67, que subyace igualmente al capítulo tercero, junto con el trabajo «La inserción de una fundación en un grupo de empresas: problemas jurídicos», *RDM*, 278 (2010), pp. 1373-1399. Finalmente el capítulo cuarto es el resultado de la revisión de dos publicaciones previas: «Artículos 32 y 33», en Empanza Sobejano, A. (dir.), *Comentarios a la Ley de cajas de ahorros y fundaciones bancarias*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, pp. 399-424, y «La especialidad de la fundación bancaria», en Embid Irujo, J. M./Miquel González De Audicana, J. M./Morales Moreno, A. M. (dirs.), *Estudios Jurídicos. Liber Amicorum en honor a Jorge Caffarena*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2017, pp. 333-353. Algunos otros trabajos que el autor ha dedicado al Derecho de fundaciones pueden encontrarse en la bibliografía final que acompaña a la presente obra. Queda por indicar, finalmente, que algunos de los estudios ahora refundidos y revisados se elaboraron en el marco del proyecto de investigación «Actividades de empresas y entidades sin ánimo de lucro» (SEJ2007-62414), financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia desde 1/12/2007 a 30/11/2010, y del que fue investigador principal el autor.

<sup>b</sup> Al autor le agradecería que este libro fuera un reflejo fiel de lo afirmado, tan autorizadamente, por Manuel Alvar («Sobre el ser de los aragoneses», en Borrego Nieto, J./Gómez Asencio, J. J./Santos Río, L. (eds.) *Philologica I. Homenaje a D. Antonio Llorente*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 1989, p. 31): «Hay libros que piensan y otros que hacen pensar. Los primeros son aquellos en los que el autor meditó tanto antes de escribir que, acaso, tuvieron la desgracia de nacer perfectos. Corren el riesgo de que no sirvan para mucho, salvo para el discurrir de los escoliastas. Otros, los que hacen pensar, son libros vivos, como aquel que escribió Juan Ruiz para que pasara —como pelota— de mano en mano. Estos son los libros que prefiero, porque nos atraen, pero no nos distraen. Obligan a que meditemos, discutamos, aceptemos o rechacemos. Si la vida que tienen es la de nuestro propio ser, resultan libros de los que ya nunca podremos prescindir. Si los aceptáramos en todas sus premisas, sería darles muerte, pues nacieron para vivir con el carácter problemático que la vida tiene. Son libros que, entre todos, tendremos que acabar para que se cumpla el designio con el que los alumbró el autor.»

■ ACTIVIDAD ECONÓMICA EN EL MERCADO E INTERÉS GENERAL. SOBRE EL...

que le caracteriza, Paula del Val Talens, valiosa jurista con futuro prometedor, más allá incluso de su meritorio presente. Gracias a ella, y gracias también al posible lector de esta obra, que lanzo ahora merced al aliento de Antonio Manuel Morales, cuya amabilidad para conmigo agradezco sinceramente.

JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO  
Agosto de 2019

# CAPÍTULO I

## LA FUNDACIÓN COMO OPERADOR ECONÓMICO EN EL MERCADO. CUESTIONES DE POLÍTICA JURÍDICA Y LEGISLATIVA

### I. LA TRADICIONAL AUSENCIA DE UN VERDADERO DERECHO DE LAS FUNDACIONES (A MODO DE INTRODUCCIÓN)

La abundante bibliografía, no sólo jurídica, vertida en los últimos años sobre las entidades sin ánimo de lucro no ha conseguido superar la habitual crítica derivada de su, en apariencia, imprecisa delimitación. Este reproche, asumido desde hace tiempo por algunos especialistas, de diferente formación, en la materia<sup>1</sup>, revela la dificultad de configurar con la debida exactitud las fronteras de un sector social y económico que pretende ser ajeno, a la vez, al ámbito de las instituciones públicas y al de los empresarios mercantiles. Ese propósito de autonomía, compartido, por otra parte, con las entidades de Economía social<sup>2</sup>, resulta en el caso que nos ocupa de mayor intensidad respecto del sector mercantil privado; ello es así, sobre todo, por la terminología empleada que, dotada ya de plena consolidación, tanto en la práctica como en la

---

<sup>1</sup> Véase, al respecto, Ruiz Olabuénaga, J. I. (dir.), *El sector no lucrativo en España*, Madrid, Fundación BBV, 1992, pp. 17 y ss.; también CABRA DE LUNA, M. A., *El tercer sector y las fundaciones de España. Hacia el nuevo milenio (enfoque económico, sociológico y jurídico)*, Madrid, Escuela Libre Editorial, 1998, pp. 27 y ss.

<sup>2</sup> Al respecto, últimamente, EMBID IRUJO, J. M., «Derecho de sociedades y economía social: nuevos retos», en Emparanza Sobejano, A. (dir.), *El Derecho de sociedades y de cooperativas: nuevos retos en su configuración y en la gestión de los administradores*, Madrid, Marcial Pons, 2019, pp. 15-39.

normativa, muestra bien a las claras la distancia existente con las sociedades mercantiles, precisamente por la ausencia en nuestras figuras, como esencial requisito, del ánimo de lucro, exigido de manera tradicional en diversos ordenamientos, como el español.

Además, la nada infrecuente dependencia financiera de las entidades que nos ocupan respecto de las instituciones públicas y su objetivo de promover actividades orientadas por un fin genérico de solidaridad social o, más precisamente, de interés general (como es obligado en las fundaciones reguladas por el Derecho español) las acerca en el imaginario colectivo al campo de lo estatal o, quizá mejor, de lo público. La inexactitud de esta apreciación desde la perspectiva jurídica, con arreglo a la cual nos encontramos ante meras figuras privadas<sup>3</sup>, no ha impedido su amplio acogimiento en diversos sectores sociales. Sólo en fechas recientes, con la presencia constante de estas entidades en la realidad cotidiana y mediática, ha empezado a modificarse el reseñado punto de vista, orientándose hacia una comprensión más autónoma de su verdadero alcance y más acorde, por otra parte, con lo que se deduce de la normativa en vigor.

Que, en todo caso, la fundación, centrándonos ya en la figura que inspira la presente obra, pueda ser calificada como una entidad sin ánimo de lucro se deduce fácilmente de su significado originario, de su propia evolución y, *last but not least*, de su reconocimiento como tal en el Derecho positivo (art. 2 LF). Por otra parte, y con arreglo a la tradición más acendrada dentro del ordenamiento español en lo que afecta a las personas jurídicas de naturaleza privada, el criterio delimitador de unas y otras se ha asentado, como se acaba de advertir, sobre el llamado ánimo de lucro; de este modo, así como las sociedades, no

---

<sup>3</sup> Prescindimos, por ello, de toda referencia a las fundaciones del sector público, cuyo perfil institucional plantea problemas no del todo coincidentes con las fundaciones privadas. Al respecto, ALLI TURRI-LLAS, J. C., *Fundaciones y Derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2010; más recientemente, y en el marco, más ceñido, de la contratación pública, BLÁZQUEZ LIDOY, A., «Régimen jurídico de las fundaciones públicas en la Ley de Contratos del Sector Público (Ley 9/2015)», *ADF*, 2017, pp. 65-154. En cualquier caso, es importante señalar que, a juicio de relevante Jurisprudencia [véase, entre otras, la STSJ de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 22 de octubre de 2013], toda fundación, incluso las que pertenecen al sector público, es una «figura jurídica propia del Derecho civil con algunas excepciones como la actividad de protectorado ejercida por la Administración, tras la inscripción en el pertinente Registro de Fundaciones». También es interesante la STSJ de Murcia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 12 de marzo de 2014, según la cual las fundaciones del Sector Público «son entes privados que se rigen por esa rama del Derecho ajenos al concepto de Administración pública (aunque formen parte del Sector Público regional) y a su régimen jurídico». Es cierto, con todo, que estas personas jurídicas han respondido en numerosas ocasiones al propósito de «huir» del Derecho administrativo, cuyos excesos provocaron, según la STSJ de Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), de 2 de octubre de 2013, «la necesidad de hacer extensiva a estas fundaciones cierta legislación administrativa», circunstancia ésta, con todo, que, según el mismo Tribunal, no da lugar a su consideración como organismos públicos.

sólo mercantiles, se distinguen, de manera afirmativa, por su propósito lucrativo (arts. 1665 C.c. y 116 C. de c.), las restantes personas jurídicas, tengan base asociativa o no, han de comprenderse mediante la «posesión», si vale el término, de una característica negativa: la ausencia de ánimo de lucro.

Conviene añadir, por otra parte, que a este criterio se ha llegado con el transcurso del tiempo y que su plasmación legislativa, por lo que a las fundaciones, en particular, se refiere, es relativamente reciente. Es más, el primer grupo de entidades que tuvo a la vista el legislador en la época de la codificación fue, precisamente, el de las sociedades y, de manera más específica, las mercantiles. Tal planteamiento es congruente con la propia evolución legislativa, al amparo del pensamiento codificador, directamente influido por el liberalismo político. Al margen de las concretas libertades postuladas por éste (en esencia, la libertad de contratación y la libertad de industria y comercio), y de las entidades cuya constitución y funcionamiento se derivaban de ellas, quedaba un espacio poco preciso y de extensión desconocida para otras posibles entidades, en ocasiones reconocidas incluso por el legislador, y que quizá pudieran calificarse, con un rasgo negativo, de nuevo, como «no mercantiles». Se podría decir, además, que se trataba de un espacio no juridificado, más allá del reconocimiento, en su caso, del específico *nomen iuris*, si se prescinde de la temprana regulación de las asociaciones a finales del siglo XIX, debida, sobre todo, a razones de policía<sup>4</sup>.

En ese ámbito, y sin apenas tratamiento, quedaron situadas figuras diversas, desde las dedicadas a la beneficencia (ámbito «clásico» de las fundaciones») hasta las que protagonizaban actividades económicas en el mercado, si bien orientadas por principios de autoayuda y solidaridad, como las cooperati-

---

<sup>4</sup> Sería un grave error considerar que la historia de las fundaciones y, por tanto, del Derecho de fundaciones comienza precisamente con la codificación. Del mismo modo que en el caso de las sociedades mercantiles, beneficiarias de una larga y compleja tradición jurídica, también en las fundaciones observamos algo parecido, si bien con mucha mayor antigüedad y con la inapreciable concurrencia de factores religiosos esencialmente asociados al Cristianismo. Como es natural, de ese tronco común han surgido después múltiples irradiaciones que sin ignorar la tradición podemos decir que han terminado por «secularizar» plenamente la figura jurídica que nos ocupa. Y ello, sin perjuicio de que, como en el caso del Derecho de sucesiones, también a propósito de las fundaciones se piensa, en la visión tradicional de las cosas, en el propósito de producir efectos deseables tras el fallecimiento del fundador (aunque no sólo). En relación con estos temas, la bibliografía es ciertamente muy extensa por lo que nos limitaremos a remitir al lector interesado al trabajo todavía reciente de WEITEMEYER, B., «Gemeinsame Wurzeln und Wiederannäherung des Stiftungsrechts. Rechtsvergleichende Generalbericht der Stiftungsrechtsordnungen Deutschlands, der Schweiz, der USA, Frankreichs und China», en Jung, P. (ed.), *Stärkung des Stiftungswesens*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, pp. 107-186, en el que además de exponer en síntesis la evolución histórica del pensamiento fundacional y sus principales realizaciones normativas, se analiza con criterio sintético el actual Derecho de fundaciones en una serie de países relevantes en la materia.

vas, pasando por el amplio e indefinido terreno ocupado por las asociaciones<sup>5</sup>. Por lo que a las fundaciones se refiere, seguramente influyó el hecho de ser consideradas un ejemplo singular de «institución heterónoma», correspondiendo al fundador, al margen, claro está, de otras implicaciones, la potestad esencial a la hora de configurar su régimen jurídico mediante el ejercicio de su concreta autonomía de la voluntad. Puede entenderse, de este modo, la sustancial corrección del enunciado relativo a este epígrafe, más allá, por supuesto, de su particular énfasis.

En lo que ahora interesa, conviene partir de los significativos cambios producidos desde la segunda mitad del pasado siglo que han modificado sustancialmente el significado de las fundaciones, sin alterarse, por otra parte, el sentido primigenio de su creación. Dicho cambio, por otra parte, puede apreciarse en lo que atañe tanto a su relieve económico e institucional, como en lo relativo a su dimensión jurídica. Con el presente libro se trata, en consecuencia, de dar cuenta y razón de las principales circunstancias de ese complejo proceso evolutivo, tomando a la perspectiva jurídica como hilo conductor privilegiado. Y ello, sin perjuicio de constatar, ya desde este momento, las notables insuficiencias que se observan en el Derecho de fundaciones, tanto en lo que se refiere a los principios generales de su articulación, como en lo relativo al tratamiento de sus más concretos aspectos. Esta orientación de «Política del Derecho»<sup>6</sup>, tomando la expresión en sentido amplio, se hará presente a lo largo de la obra, aun sin necesidad de ser mencionada de manera expresa, y con los numerosos matices que se derivan de las distintas circunstancias concurrentes a la hora de encontrar el régimen jurídico idóneo para nuestra figura.

En cualquier caso, y como esencial punto de partida del presente trabajo, resulta obligado constatar la presencia efectiva de las fundaciones, como organizaciones autónomas, en la actual realidad económica, con progresiva inciden-

---

<sup>5</sup> Puede entenderse, por lo expuesto, que cuando se aspira, incluso en nuestros días, a un tratamiento conjunto de algunas de esas entidades (en concreto, fundaciones y cooperativas), ya sea general, ya restringido a aspectos específicos, se busque una terminología también negativa, susceptible de soslayar las diferencias que les separan, mostrando al lector a la vez una suerte de mínimo común denominador entre ellas. Se ha hablado así, a propósito de la temática del gobierno corporativo, a la que se aludirá más adelante [cfr. *infra* VI, 2, 2.3.1.] en ambas figuras, de entidades «no mercantiles» (cfr. EMBID IRUJO, J. M./EMPARANZA SOBEJANO, A., «El gobierno corporativo en entidades no mercantiles», en Martínez Echevarría, A. (dir.) *Gobierno corporativo y responsabilidad de los administradores*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, pp. 1047-1079, también VIÑUELAS SANZ, M., *Gobierno corporativo de personas jurídicas no mercantiles*, Madrid, Marcial Pons, 2015. Por diversas razones, algunas de las cuales se reflejan en este capítulo, esa denominación no puede considerarse enteramente correcta, si bien se recurre a ella dando continuidad a una acendrada tradición, con una buena dosis, por tanto, de «valor entendido», como en la vieja letra de cambio.

<sup>6</sup> En línea con lo apuntado, en un contexto cercano al presente, por ZOPPINI, A., «Un raffronto tra società benefit ed enti non profit: Implicazioni sistematiche e profili critici», *ORD*, 2 (2017), pp. 7-9.

cia en la actividad empresarial, a través de diversos caminos. Que el Derecho positivo, según se acaba de señalar, recoja de manera incompleta o insuficiente tales extremos no ha de impedir el propósito doctrinal<sup>7</sup> de salvar esos importantes huecos mediante una atenta observación de la realidad, a fin de construir, en la medida de lo posible, un adecuado régimen jurídico para la figura<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> No es este el momento de acumular referencias sobre la actual doctrina española en materia de Derecho de fundaciones, pues resulta preferible aludir a las correspondientes obras a propósito del tratamiento de los distintos problemas. Parece necesario indicar que, tras una época, relativamente extensa, de cierta aplicación de nuestros autores, sobre todo de los especialistas en Derecho privado, al análisis de la figura en estudio, en estos últimos años parece haberse detenido ese impulso inicial, quizá en consonancia con la paralización de la reforma de la LF que se pretendía llevar a cabo mediante el Anteproyecto elaborado en agosto de 2014 [sobre la reforma del Derecho de fundaciones, PÉREZ ESCOLAR, M., «La necesaria renovación del Derecho de Fundaciones, ¿reforma o derogación de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre?», *ADC*, LXX-4 (2017), pp. 1423-1482]. Al margen de la doctrina, hay que referirse, dentro del contexto que ahora nos ocupa, a la labor de la Jurisprudencia, tradicionalmente de escaso relieve en el Derecho de fundaciones y todavía de alcance limitado, a pesar del tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la LF. Y eso que, entre nosotros, por la asunción de competencias en la materia de las Comunidades Autónomas, se multiplica la posibilidad de aumentar la contribución judicial a la plena ordenación normativa de las fundaciones; se trata, con todo, de una posibilidad más simbólica que real, pues, como se ha dicho con acierto (cfr. FUERTES, M., «Agujas en el pajar de Castilla y León», *ADF*, 2017, pp. 295-309, concretamente p. 304), los numerosos fallos relativos a las fundaciones no son relevantes «para aquellos que busquen dentro de ese gran pajar alguna aguja para hilvanar el régimen jurídico de las fundaciones». Con todo, sí se van consolidando ciertas líneas de pensamiento, centradas, eso sí, en cuestiones específicas, predominantemente referidas a los temas de organización de las fundaciones y de la responsabilidad de los patronos, sin perjuicio de que también se enjuicien en ocasiones supuestos en los que se entrecruza su vertiente jurídico-privada con los aspectos de orden tributario y de Derecho público. Para el preciso conocimiento de la doctrina judicial sobre las fundaciones resulta de gran utilidad la reseña publicada al efecto en *ADF* y debida a la profesora Natalia Mato Pacín. Y como obras generales de referencia sobre el Derecho de fundaciones cabe citar, entre otras, las siguientes: MUÑOZ MACHADO, S./CRUZ AMORÓS, M./DE LORENZO, R., *Comentarios a las Leyes de fundaciones y mecenazgo*, Madrid, Fundación ONCE-Iustel, 2005, Beneyto, J. M.<sup>a</sup> (dir.), *Tratado de Fundaciones*, Barcelona, Bosch, 2007, Olavarría Iglesia, J. (dir.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, De Lorenzo, R./Peñalosa Esteban, I./Piñar Mañas, J. L. (dirs.), *Nuevo tratado de fundaciones*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016.

<sup>8</sup> La singular transformación experimentada por las fundaciones no es, como fácilmente se imagina, un fenómeno exclusivo de nuestro país. Es más, entre nosotros, el Derecho de fundaciones ha adquirido cierta consistencia sólo a partir de los últimos años del pasado siglo, merced, sobre todo, a la Ley 30/1994 que constituye un significativo precedente de la LF actualmente en vigor. No es este el momento de reflexionar sobre las causas de este atraso, sino de constatar que son otros los países que han encabezado el movimiento de reforma y evolución del Derecho de fundaciones. Con todo, no sería exagerado decir que el Derecho español ha ganado rápidamente posiciones en el concierto internacional de la materia, a pesar de que, con las naturales excepciones, la normativa nacional sobre nuestra figura muestra, con llamativa amplitud, claras insuficiencias y tratamientos inadecuados. Nos referimos, por supuesto, a la vertiente institucional de las fundaciones y marginamos, en consecuencia, los temas de orden tributario, extraordinariamente relevantes, como es bien sabido, para su pleno desarrollo. Interesa reseñar, por último, los trabajos iniciados ya hace años en la Unión europea para crear la llamada «fundación europea», figura jurídica de Derecho europeo, paralela a las sociedades que, con idéntico fundamento jurídico, ya han sido reguladas en la Unión (agrupación europea de interés económico, sociedad anónima europea y sociedad cooperativa europea). A diferencia de estos supuestos, y en la misma línea que otras figuras societarias de Derecho europeo (como, entre otras, la sociedad privada europea), el amplio trabajo dedicado, a lo largo de varios años, a la elaboración del régimen jurídico de la fundación europea, no ha dado el fruto esperado y el procedimiento al efecto en el seno de la Unión puede darse por concluido, aunque no falten las propuestas dirigidas a retomar los trabajos en el inmediato futuro. En relación con esta figura fundacional de Derecho europeo existe, no obstante, una

## II. APROXIMACIÓN AL ACTUAL SIGNIFICADO JURÍDICO DE LAS FUNDACIONES

### 1. Premisa

Como se acaba de ver, en la tradicional posición jurídica de las fundaciones destacan como rasgos esenciales dos elementos puramente negativos: el primero de ellos, derivado de su clásica consideración como entidades de base patrimonial, es la ausencia de socios; el segundo viene centrado alrededor de la ausencia de ánimo de lucro. Seguramente es este último rasgo el elemento distintivo por antonomasia de nuestra figura y sobre él, como también se ha dicho, se ha hecho posible su distinción respecto de las entidades mercantiles, también en la normativa vigente. Interesa precisar, no obstante, el significado auténtico que haya de darse hoy al ánimo de lucro o, mejor, a su ausencia, teniendo en cuenta las características diferenciadoras de las fundaciones en el momento presente.

Por otra parte, también el Derecho mercantil y, con mayor exactitud, el Derecho de sociedades, donde el ánimo de lucro ha encontrado su ámbito «natural» de radicación, ha experimentado modificaciones relevantes al respecto<sup>9</sup>. De todo ello, y con carácter sintético, se hablará seguidamente, a fin de asignar la posición más adecuada desde el punto de vista jurídico al elemento que nos ocupa, sin perjuicio de que en el ámbito de la opinión pública siga manteniendo un protagonismo destacado, quizá no del todo congruente con su significado efectivo.

### 2. Presentación: el ánimo de lucro como elemento de delimitación entre entidades mercantiles y no mercantiles

Sin entrar en mayores matices, comenzaremos la exposición aludiendo, de nuevo, a lo dispuesto en el artículo 116 C. de c., que considera al ánimo de lucro

---

amplia bibliografía elaborada, por lo común, al hilo de la larga y compleja tramitación del proyecto de reglamento a ella dedicado y que, como se acaba de decir, no ha sido finalmente aprobado. Pueden verse, entre otros, los siguientes trabajos, JAKOB, D./STUDEN, G., «Die European Foundation: Phantom oder Zukunft des europäischen Stiftungsrechts», *ZHR*, 174 (2010), pp 61-107, RICHTER, A./GOLLAN, A. K., «Fundatio Europaea – Der Kommissionsvorschlag für eine Europäische Stiftung (FE)», *ZGR*, 2013, pp. 551-595, HOPT, K. J., «Die Europäische Stiftung – Gedanken zu einer europäischen Rechtsform und zur Corporate Governance von Nonprofit-Organisationen und Stiftungen», en JUNG, P., *Stärkung des Stiftungswesens*, cit., pp. 67-105.

<sup>9</sup> Sobre los caracteres actuales del Derecho mercantil, susceptibles de influir, también, en el Derecho de sociedades, véase recientemente Alcalde Silva, J./Embid Irujo, J. M. (eds.), *La modernización del Derecho Mercantil. Estudios con ocasión del sesquicentenario del Código de Comercio de la República de Chile (1865-2015)*, Madrid, Marcial Pons, 2018.

como elemento esencial del negocio de constitución de una sociedad (compañía) mercantil<sup>10</sup>. Esta norma, todavía vigente, ha servido para separar a los empresarios mercantiles organizados en forma de sociedad (los más importantes en la realidad económica actual, tanto cualitativa como cuantitativamente, como es bien sabido) de otros sujetos de Derecho –personas jurídicas– en los que se presupone la ausencia de ánimo de lucro. Entre estos últimos cabe citar a auténticos empresarios, como las cooperativas, a las que se considera carentes de ánimo de lucro por no dividir los posibles incrementos patrimoniales derivados de su actividad económica entre sus miembros<sup>11</sup>; pero también se alude a sujetos en principio ajenos a la actividad empresarial y, por lo tanto, privados de ánimo de lucro, como sucede, sobre todo, con las asociaciones.

No procede extenderse ahora en el análisis específico de la expresión «ánimo de lucro», cuestión sobre la que se han vertido numerosas opiniones emitidas, esencialmente, en el marco del debate sobre los elementos esenciales de la noción de empresa, como institución central de la disciplina jurídica que, tradicionalmente, conocemos con el nombre de Derecho mercantil. Al margen, pues, de este debate –un tanto olvidado hoy–, sí parece conveniente reparar en el carácter añejo de la expresión que, por diversas razones, sigue siendo usada. Su aparente significado subjetivo, como aspiración personal a la maximización del beneficio repartible, sirvió en el pasado, sobre todo por la influencia que entre nosotros ejerció el Derecho francés, para separar nítidamente a las figuras que nos ocupan de los empresarios mercantiles, considerados en sentido estricto.

Rechazada de manera unánime esa comprensión subjetiva del «ánimo de lucro» por la doctrina mercantilista, resulta llamativo observar que la

---

<sup>10</sup> A su tenor, «el contrato de Compañía, por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas, para obtener lucro, será mercantil, cualquiera que sea su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código». Obsérvese que la obtención de lucro no es típica exclusivamente de las sociedades mercantiles, sino que también caracteriza al contrato de sociedad civil, ya que el artículo 1665 del Código civil advierte que «la sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias».

<sup>11</sup> No han faltado partidarios de la inclusión de las cooperativas en el ámbito de las organizaciones objeto de nuestro estudio; su pertenencia al heterogéneo mundo de la llamada «Economía social» así parece justificarlo. Sin embargo, su carácter de auténtica empresa y de verdadera sociedad, no obstante la aparente contradicción entre los artículos 116 y 124 C. de c., aconseja excluirlas de dicho ámbito (al respecto, Ruiz Olabuénaga, J. I. (dir.), *El sector no lucrativo en España*, cit., pp. 36 y ss.) De lo contrario, el carácter un tanto babélico del «tercer sector» tendería a convertirse en indomitable y, por ello, inutilizable como categoría conceptual. Sobre la discusión clásica en torno a la discutida «mercantilidad» de las cooperativas, véase, entre otros muchos, lo que indica ALFONSO SÁNCHEZ, R., *La integración cooperativa y sus técnicas de realización: la cooperativa de segundo grado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 361 y ss. Es interesante aludir, con todo, a la reciente regulación italiana, genérica y conjunta, de las entidades integrantes del tercer sector, gracias al Decreto legislativo 117/2017, conocido como «Código único del tercer sector», objeto de cuidadosa atención por la doctrina del país transalpino.

vigente legislación española sobre las principales entidades no mercantiles (asociaciones y fundaciones) ha modificado dicha fórmula con una finalidad, si se quiere, más objetiva. A propósito, en concreto, de las fundaciones se dice ahora (art. 2 LF) que son organizaciones «sin fin de lucro»<sup>12</sup>. La continuidad de fondo con la expresión clásica resulta, sin duda, evidente; pero también es evidente la alteración de los términos literales del Derecho positivo, lo que seguramente pueda conducir, a pesar del silencio del legislador, a interpretaciones matizadas y, a la vez actualizadas, de esta singular formulación<sup>13</sup>.

### 3. La pérdida progresiva de relieve tipificador del ánimo de lucro y la importancia del elemento organizativo

Sea lo que fuere en torno al significado de la expresión ahora utilizada por nuestro ordenamiento, sí conviene afirmar la progresiva pérdida de significado del «ánimo de lucro» o del «fin de lucro» a la hora de integrar, en la actualidad, el concepto de sociedad mercantil, para el que resultaba, aparentemente, esencial, según hemos podido deducir de la lectura del todavía vigente artículo 116 C. de c<sup>14</sup>. Ello es consecuencia de un largo proceso que ha conducido a situar al elemento organizativo en núcleo esencial de dicho concepto; un proceso, en suma, que atiende preferentemente a los aspectos estructurales de la sociedad y que soslaya el propósito subjetivo de obtener beneficio y, en su caso, repartirlo, a la hora de integrar su concepto.

Aunque en la Jurisprudencia es todavía mayoritaria la opinión que ve en el ánimo de lucro un requisito esencial de toda sociedad mercantil, se ha abierto paso, desde hace tiempo, tanto en la legislación, como en la doctrina, la opinión reseñada, cuyo interés para el tema que nos ocupa es, ciertamente,

---

<sup>12</sup> Al respecto, entre otros muchos, VERDERA SERVER, R., «Artículo 2», en Olavarría Iglesia, J. (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 77-108, especialmente, pp. 93-102. Obsérvese la diferencia con el artículo 1 de la derogada ley 30/1994, de 24 de noviembre, en el que se aludía expresamente a la ausencia de «ánimo de lucro», como requisito necesario de las fundaciones.

<sup>13</sup> De «un tinte más objetivo» habla, a este respecto, CAFFARENA LAPORTA, J., «La extinción de la fundación», en Muñoz Machado, S./Cruz Amorós, M./De Lorenzo García, R. (dirs.), *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, cit., p. 466.

<sup>14</sup> Véase al respecto, GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades. I. Teoría general. Sociedades colectivas y comanditarias*, Madrid, edición del autor, 1976, pp. 31-39. Con posterioridad, PAZ ARES, C., «Ánimo de lucro y concepto de sociedad (Breves consideraciones a propósito del artículo 2.2. LAIE)», en *Derecho mercantil de la Comunidad económica europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 729-753.

trascendental<sup>15</sup>. La idea misma de concebir sociedades mercantiles sin carácter lucrativo, presente, a juicio de una autorizada doctrina, en nuestra legislación societaria con relativa antigüedad, se ha visto confirmada por la evolución ulterior del Derecho español y por la existencia en la práctica de sujetos que responden a ese perfil<sup>16</sup>.

Vistas las cosas de este modo, podría pensarse que la fórmula en estudio, es decir, el «ánimo de lucro», carece en el fondo de aptitud diferenciadora para separar el sector de los empresarios mercantiles de las organizaciones orientadas por razón de sus fines a la realización de actividades propias de la solidaridad social o al servicio del interés general. Esta observación es, sin duda, acertada, pero frente a ella puede alegarse que, dada la necesidad de buscar una denominación caracterizadora del ámbito que nos ocupa, era preciso optar por la que resultara menos equívoca.

Por otra parte, en la fórmula «entidades sin ánimo de lucro» cabe encontrar una buena dosis de *valor entendido*, por cuanto, al margen de su mayor o menor exactitud conceptual, está latente el propósito de separar las actividades empresariales que se agotan en sí mismas, sin ir más allá del objetivo mercantil, de todas aquellas que, empresariales o no, aparecen subordinadas a la consecución de fines trascendentes a la propia actividad. Este extremo se observa con particular significación en el supuesto de las fundaciones<sup>17</sup>, las cuales, además, son concebidas por el legislador como organizaciones carentes de

<sup>15</sup> Al respecto, véase la síntesis de PAZ ARES, C., «Capítulo 18», en Uría, R./Menéndez, A. (dirs.), *Curso de Derecho Mercantil*, 2.ª ed., I, Civitas, Madrid, 2006, pp. 471-475. No obstante, FONT GALÁN, J. I./PINO ABAD, M., «La relevante causa negocial de la sociedad», *RDM*, 239 (2001), pp. 7-96.

<sup>16</sup> Así, si bien con destacados matices, MENÉNDEZ, A., «Sociedad anónima y fin de lucro», en *Estudios jurídicos sobre la sociedad anónima*, Madrid, Civitas, 1995, pp. 39 y ss. Últimamente, DEL VAL TALLENS, P., «Licitud de la operativa societaria a título gratuito», en Empananza Sobejano, A. (dir.), *El Derecho de sociedades y de cooperativas: nuevos retos en su configuración y en la gestión de los administradores*, Madrid, Marcial Pons, 2019, pp. 41-63.

<sup>17</sup> Con la referencia a las fundaciones en el marco del debate sobre el influjo del Derecho de sociedades en el régimen jurídico de las entidades sin ánimo de lucro, no pretendemos desconocer la diferencia esencial, en punto a su naturaleza jurídica, que separa a aquéllas de las sociedades. Aunque el legislador se refiere modernamente a las fundaciones como *organizaciones*, no se puede ignorar la ausencia de elementos personales en su constitución, así como el relieve de su imprescindible base patrimonial, frente al carácter de agrupación voluntaria de personas que distingue a las sociedades. No es extraño, sin embargo, el criterio que, al menos desde un punto de vista sistemático, inserta a las fundaciones dentro del ámbito del Derecho de sociedades, entendido éste en un sentido amplio. Por otra parte, encontramos en nuestro propio ordenamiento referencias expresas sobre la aplicación de ciertas normas societarias al particular tipo de fundación-empresa que constituyen las Cajas de Ahorros; en tal sentido, puede verse el artículo 276 del vigente Reglamento del Registro Mercantil, sin perjuicio de los trascendentales cambios que se han producido respecto de estas personas jurídicas durante la crisis económica y que han desembocado en su práctica desaparición del panorama financiero español, sin perjuicio de la entrada en vigor de la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias; a estas últimas entidades se alude más detalladamente *infra* capítulo cuarto.

lucro que han de perseguir, como ya sabemos, la realización de fines susceptibles de ser calificados como de «interés general» (art. 2 LF).

En cualquier caso, de las reflexiones expuestas hasta el momento se deducen una serie de consecuencias relevantes para el tema en estudio. De entrada, la pérdida de significado tipificador del ánimo de lucro respecto de las sociedades mercantiles; en segundo lugar, la importancia creciente del elemento organizativo a la hora de singularizar la estructura de aquellas personas jurídicas; y, por último, la influencia de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles en la elaboración del régimen jurídico de las entidades sin ánimo de lucro y, muy especialmente, de las fundaciones. Cabría concluir, por ello, afirmando la notable convergencia estructural, o, si se prefiere, organizativa, existente entre las sociedades mercantiles y las entidades privadas de ánimo de lucro, sin perjuicio de la diferente naturaleza jurídica que caracteriza a sus diferentes sujetos.

### III. EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES EMPRESARIALES POR LAS FUNDACIONES Y SUS PRINCIPALES CONSECUENCIAS JURÍDICAS

#### 1. Planteamiento general

A la reseñada convergencia tampoco se opone el hecho de que se ejercite una actividad empresarial, o, dicho de otro modo, que algunas de las personas jurídicas objeto de consideración –singularmente, las sociedades mercantiles– se distinguan, en la visión clásica del asunto, por ser titulares de una actividad empresarial y las restantes carezcan de este elemento. Como sabemos, no todas las sociedades mercantiles llevan a cabo una actividad empresarial ni, por lo demás, ese extremo resulta necesario para alcanzar dicho estatuto jurídico, a la luz, según es sabido, del criterio de mercantilidad por razón de la forma acogido desde hace mucho tiempo entre nosotros (art. 2 LSC).

Más recientemente, incluso, el ánimo de lucro ha experimentado un nuevo cambio en el Derecho de sociedades al hilo de la admisión en distintos ordenamientos de la figura que, a falta de mejor denominación, llamaremos «sociedad benéfica». En ella, tal y como se deduce de la normativa existente en distintos territorios de los Estados Unidos, en Italia y más recientemente en Colombia, entre otros países<sup>18</sup>, concurre el ánimo de lucro, si bien no de manera exclusiva,

---

<sup>18</sup> Al respecto, HERNANDO CEBRIÁ, L., «Beneficio compartido, Derecho de sociedades y Economía social: una perspectiva comparada», *CIRIEC*, 28 (2016), pp. 349-402. Tiene gran interés el debate que

pues para configurar su objeto social resulta preciso integrar en él actividades dirigidas al beneficio común o, si se prefiere, al servicio de intereses generales. Esta modalidad societaria, un ejemplo más del relieve en nuestro tiempo de la tipología frente a la tipicidad<sup>19</sup>, representa una «nueva frontera» en la progresiva evolución del Derecho de sociedades, trayendo a su seno, por expresa decisión de los socios, argumentos e ideas provenientes del sector de las entidades sin ánimo de lucro y, más precisamente, de las fundaciones.

A su vez, el ejercicio de actividades económicas y empresariales no está reñido con las entidades sin ánimo de lucro, sobre todo después de que nuestra Constitución haya recogido entre las libertades fundamentales por ella tuteladas la libertad de empresa (art. 38)<sup>20</sup>. Sobre la base de esta directriz fundamental, el vigente Derecho de fundaciones reconoce la facultad de estas personas jurídicas de desarrollar en el mercado actividades de contenido económico<sup>21</sup>. Así, el artículo 24 LF, siguiendo el camino inaugurado por la Ley 30/1994, anteriormente vigente, admite tanto la *fundación-empresa*, propiamente dicha<sup>22</sup>, es decir aquel

---

sobre la figura se viene desarrollando en Italia, uno de los países, como se indica en el texto, donde ha sido expresamente regulada. De la amplia bibliografía pueden citarse ahora las diversas aportaciones contenidas en *ODC*, 2 (2017) y, muy en particular, el interesante estudio de ZOPPINI, A., «Un raffronto tra società benefit ed enti non profit: Implicazioni sistematiche e profili critici», cit., *passim*. Por lo demás, la sociedad benéfica, sin perjuicio de su vínculo con el tema que nos ocupa, muestra también el relieve que en nuestro tiempo corresponde a la responsabilidad social de la empresa de la que vendría a ser, en cierto sentido, una forma precisamente institucionalizada para su realización.

<sup>19</sup> En el marco de esta temática, Embid Irujo, J. M./Navarro Matamoros, L./Oviedo Albán, J. (dirs.), *La tipología de las sociedades mercantiles. Entre tradición y reforma*, Bogotá, Centro editorial Ibáñez, 2017.

<sup>20</sup> Sobre este asunto, MASSAGUER, J., «El Derecho mercantil ante las transformaciones político-sociales. Una aproximación», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, I, Madrid, Civitas, 1996, p. 403. Con carácter monográfico, CIDONCHA, A., *La libertad de empresa*, Cizur Menor, Aranzadi, 2006, quien reconoce expresamente a las fundaciones como sujetos titulares de la libertad de empresa y en relación con la temática del ánimo de lucro, antes considerada, afirma (p. 224) lo siguiente: «que exista derecho al beneficio no significa, ni que sea obligatorio perseguir la maximización del beneficio, ni que el beneficio económico sea el objetivo final particular de la actividad empresarial», concluyendo que «una cosa es el lucro y otra es el ánimo de lucro».

<sup>21</sup> La terminología consignada en nuestro Derecho de fundaciones puede plantear algún problema interpretativo, por el hecho de haberse empleado el término «económico» en lugar del más notorio «empresarial». Creemos, sin embargo, que esta cuestión no debería tener mayores consecuencias desde el punto de vista que ahora interesa, sirviendo, en todo caso, como prueba explícita, según se defiende en el texto, de la plena legitimidad de las fundaciones para ser consideradas formas jurídicas de titularidad de la empresa.

<sup>22</sup> Al respecto, y sin perjuicio de la bibliografía consignada en otros apartados del presente libro sobre este asunto, sigue siendo fundamental, entre nosotros, la obra de VALERO AGÚNDEZ, U., *La fundación como forma de empresa*, Valladolid, Servicio de publicaciones de la Universidad de Valladolid 1969; con posterioridad, DE PRADA GONZÁLEZ, J. M.ª, «Actividades mercantiles de las fundaciones», en *Derecho de sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, I, Madrid, McGraw-Hill, 2002, pp. 53 y ss.; con posterioridad, LA CASA GARCÍA, R., «La fundación empresa», en Olivencia, M./Fernández Novoa, C./Jiménez De Parga, R. (dirs.), *Tratado de Derecho Mercantil*, vol. XVII, Madrid, Marcial Pons, 2009. Fuera de nuestras fronteras, véanse, entre otras y con matices distintos, según los ordenamientos a los que se refieran primariamente, las obras de KRONKE, H., *Stiftungstypus und Unternehmensträgerstiftung*, Tü-

supuesto en el que la fundación ejerce directa e inmediatamente la actividad de empresa, como la denominada *fundación con empresa*, es decir, cuando el vínculo entre actividad empresarial y persona jurídica fundacional es el resultado de la participación mayoritaria de esta última en el capital de sociedades mercantiles<sup>23</sup>. Estas dos modalidades, cuya precisa tipificación jurídica está todavía por realizar, sin perjuicio de su clara consolidación en la realidad práctica, constituyen el núcleo esencial del tema que nos ocupa y a ellas nos referiremos, con más detalle, en otros apartados de esta obra<sup>24</sup>.

Es sabido, en todo caso, que el ejercicio de este tipo de actividades por las fundaciones no constituye un fin en sí mismo; más bien, como ya hemos indicado, trasciende a la lógica de la propia explotación empresarial con el objetivo de servir al fin de interés general que han de perseguir dichas personas jurídicas<sup>25</sup>. Pero, con independencia de esta circunstancia, que aspira a mantener intactas las características esenciales y, sobre todo, la naturaleza de la figura, ha de advertirse, a renglón seguido, que el ejercicio de actividades empresariales acarrea nece-

---

bingen, Mohr Siebeck, 1988, HEUEL, M., *Die Entwicklung der Unternehmensträgerstiftung in Deutschland*, Baden-Baden, Nomos, 2001, MUCCIARELLI, G., *Attività e impresa nelle fondazione bancarie*, Milano, Giuffrè, 2005, y, con mayor amplitud, CETRA, A., *L'impresa collettiva non societaria*, Torino Giappichelli, 2003.

<sup>23</sup> Al respecto, PEDREIRA MENÉNDEZ, J., *Las actividades empresariales de las fundaciones y su tributación*, Valladolid, Lex Nova, 1999, pp. 288 y ss.

<sup>24</sup> Véase *infra* capítulos II y III. Es interesante señalar que, de forma similar a las fundaciones, pero con un tratamiento normativo sensiblemente inferior, se puede afirmar algo semejante respecto de las asociaciones, sin que, por otra parte, ofrezca el legislador base para una distinción similar a la esbozada en el texto. En este sentido, la ley orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación, confirma plenamente (art. 13, 2.º) la posibilidad de que estas personas jurídicas lleven a cabo lícitamente actividades empresariales, con el único matiz de que los beneficios que, en su caso, pudieran obtenerse con ellas, habrán de destinarse al cumplimiento de los fines de la asociación. En concreto, el precepto reseñado advierte que «los beneficios obtenidos por las asociaciones, derivados del ejercicio de actividades económicas, incluidas las prestaciones de servicios, deberán destinarse, exclusivamente, al cumplimiento de sus fines, sin que quepa en ningún caso su reparto entre los asociados ni entre sus cónyuges o personas que convivan con aquellos con análoga relación de afectividad, ni entre sus parientes, ni su cesión gratuita a personas físicas o jurídicas con interés lucrativo».

<sup>25</sup> Tendría gran interés extender a las fundaciones empresariales, en particular, el debate, apenas considerado entre nosotros, sobre el significado jurídico de los «actos antieconómicos» en el ejercicio de la actividad de empresa. Ese debate [por muchos, LOFFREDO, E., «Attività economica e atti antieconomici nell'esercizio dell'impresa», *ODC*, 3 (2014)] se ha llevado hasta el momento al margen, por lo general, de las entidades sin fin de lucro que puedan ejercitar actividades empresariales y, dentro del Derecho de sociedades, podría insertarse en el ámbito, ciertamente dilatado de la «operativa gratuita» de las sociedades. Pero, precisamente en este ámbito, adquiere mayor relieve, a la vista de que tales actos no parecen incongruentes ni inconvenientes desde el punto de vista, en concreto, del fin de interés general que la fundación, sea empresarial o no, ha de perseguir necesariamente. Resulta oportuno señalar que en el contexto de dicho debate parece claro que existen diversos criterios susceptibles de vincular el acto antieconómico con la actividad productiva de la empresa que lo lleve a cabo, lo que serviría para neutralizar su disvalor y para considerarlo compatible con el ejercicio de una empresa desarrollado correctamente y según las reglas del mercado. Remitimos al lector, de nuevo, al reciente trabajo de DEL VAL TALENS, P., «Licitud de la operativa societaria a título gratuito», cit., *passim*.

sariamente la aplicación de un amplio número de normas mercantiles y, como presupuesto de todo ello, la calificación como empresarios de las entidades que ejerzan, directa o indirectamente, actividades de semejante naturaleza<sup>26</sup>.

En cualquier caso, la vigencia y, sobre todo, la aplicación de las normas mercantiles, tradicionalmente pensadas para los empresarios propiamente dichos, en el marco de las actividades de las entidades sin ánimo de lucro y, muy especialmente, de las fundaciones, no estará libre de problemas por la tradicional separación entre ambas categorías. Con todo, la acelerada evolución de la realidad económica y jurídica, de la que constituye un notorio precedente la convergencia organizativa entre entidades diversas, antes reseñada, resulta idónea para limar y reducir dichos problemas. En este sentido, la inclusión progresiva de las entidades sin ánimo de lucro en la realidad del mercado y el hecho de que su actividad se venga impregnando, por diversos caminos, de técnicas e instrumentos operativos propios de las entidades mercantiles, facilita de manera considerable la aplicación, precisamente, de buena parte de las normas del Derecho mercantil<sup>27</sup> a su organización y, sobre todo, a su actividad.

## 2. Las fundaciones como «operadores económicos» en el mercado

### 2.1 CONSIDERACIONES GENERALES

Las reflexiones precedentes permiten comprender mejor una nueva vertiente de las fundaciones dentro del análisis que estamos llevando a cabo so-

---

<sup>26</sup> Cuestión esta última que aceptamos aquí sin mayor problema, asumiendo un concepto funcional de empresa y del ejercicio, aunque sea indirecto, de las actividades propias de esta organización económica. No es tal criterio, sin embargo, el único expresado en la doctrina; algunos autores (cfr. LA CASA GARCÍA, R., «La fundación-empresa», cit., *passim*) patrocinan una visión más clásica, conforme a la cual sólo merecería la calificación de empresario el supuesto que aquí denominamos «fundación-empresa», por darse en tal caso únicamente todos los requisitos exigidos para la delimitación de la noción de empresario. Sobre ello, con más detalle, *infra* capítulo II.

<sup>27</sup> Quizá sería mejor decir, usando una formulación poco estudiada entre nosotros, pero bien viva en otros ordenamientos, «Derecho de la Economía», teniendo en cuenta el significado suficientemente impreciso que cabe otorgar en nuestros días a la consagrada denominación «Derecho Mercantil» (al respecto, últimamente, EMBID IRUJO, J. M., «Aproximación al significado del Derecho Mercantil en Europa», *RJNot*, 100-101 (2017), pp. 397-437). No estará de más recordar que, entre las disciplinas jurídicas básicas, al menos por lo que se refiere a los países de *civil law*, es el Derecho Mercantil una de las pocas, por no decir la única, que se hace perenne problema de sí misma, tal y como se deduce de la abundante bibliografía dedicada desde la época codificadora a preguntarse por la razón y el fundamento de su existencia. Que esa reflexión doctrinal se haya reducido sensiblemente en los últimos años, no permite dar el problema por superado, sin perjuicio de que pueda constatar el mantenimiento del enunciado clásico (sobre todo en países como España) por inercia y para evitar complicaciones mayores; al respecto, últimamente, Alcalde Silva, J./Embid Irujo, J. M. (eds.), *La modernización del Derecho Mercantil. Estudios con ocasión del sesquicentenario del Código de Comercio de la República de Chile (1865-2015)*, cit., *passim*.

bre la influencia de las normas mercantiles, entendidas, cuando menos, ampliamente, en la configuración de su particular régimen jurídico. Con independencia de que ejerzan actividades empresariales, hoy dichas entidades ocupan una determinada posición en el mercado en cuanto «operadores económicos»<sup>28</sup> del mismo.

Obsérvese que no decimos «empresarios», por cuanto la inserción en el mercado no requiere del ejercicio de una empresa mercantil, entendida esta fórmula en sentido estricto; se trata, más bien, de que en el ámbito del mercado se desarrolle una determinada actividad con repercusiones económicas, desde luego para terceros, pero también, y sobre todo, para la propia fundación que la lleve a cabo. Y ello, sobre la base de la configuración de la entidad mediante una determinada estructura organizada, lo que, en el caso específico de las fundaciones, ha terminado por adquirir dimensión esencial, a tenor de lo dispuesto en el artículo 2 LF.

La naturaleza de los vínculos necesarios para, o derivados de, la realización de actividades económicas en el mercado, es, en principio, irrelevante; no obstante, han de destacarse, por su especial significación, los vínculos de naturaleza laboral, a la vista de que las entidades sin ánimo de lucro constituyen, junto a los empresarios mercantiles y la propia Administración pública, instituciones «creadoras» de puestos de trabajo en el mercado<sup>29</sup>. Esas mismas relaciones laborales, con independencia de su carácter estable o temporal, son suficientes para acreditar, de manera notoria, la existencia de una organización, con vocación de permanencia, implantada en el mercado, que encuentra en éste su ámbito «natural» de funcionamiento y que, por ello, ha de quedar sometida a la disciplina jurídica en él imperante<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> Alrededor de este concepto, tan relevante en el debate actual sobre el contenido y extensión del Derecho mercantil, véase BERCOVITZ, A., *Apuntes de Derecho Mercantil*, 9.ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2009, pp. 132 y ss. Aun sin utilizarlo, parece tenerlo en cuenta, sin plantear problema alguno de legitimidad o de legalidad, la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 2.ª), de 13 de octubre de 2011, cuando afirma que la entidad en cuestión (una fundación) «realiza una explotación económica sin que el hecho de que los precios estén regulados impida entender que participa en un mercado, el de la asistencia sanitaria». Preocupaba en todo caso a esta sentencia, como a algunas otras en materia de actividad en el mercado de las fundaciones, el hecho de que los beneficios fiscales que, en su caso, pudieran éstas obtener «se dediquen a beneficios mercantiles, evitando la competencia con aquellas otras entidades, con o sin ánimo de lucro, que han de satisfacer un impuesto».

<sup>29</sup> Ya en los años noventa del pasado siglo (cfr. Ruiz Olabuénaga, J. I. (dir.), *El sector no lucrativo en España*, cit., p. 260), resultaba evidente, y no necesitado, por tanto, de mayor explicación, la existencia de una importante fuerza laboral en el ámbito de las entidades sin ánimo de lucro, como elemento indispensable para el cumplimiento de sus fines. Esa circunstancia se ha mantenido y consolidado posteriormente, a pesar de los efectos negativos de la crisis económica, también perceptibles en el sector.

<sup>30</sup> No parece necesario extenderse más para contemplar otros vínculos jurídicos y circunstancias propias de las entidades sin ánimo de lucro y, de manera más específica, de las fundaciones, como pueden

## 2.2 OPERADOR ECONÓMICO VS. EMPRESARIO: SIGNIFICADO Y TRATAMIENTO JURÍDICO

### 2.2.1 *Premisa*

Entre los conceptos de empresario, más tradicional y restringido, y de «operador económico», más amplio y actual, hay, como resulta fácil de imaginar, coincidencias significativas y elementos diferenciadores. Así, si bien todos los empresarios han de ser considerados operadores económicos, por razones obvias, no parece cierta la proposición contraria. En tal sentido, la implantación en el mercado, el desarrollo de actividades de contenido económico en el mismo y el establecimiento de vínculos jurídicos con otros sujetos, que vendrían a ser «colaboradores» dependientes del operador económico en cuestión no pueden traducirse necesariamente en lo que, de manera específica, solemos considerar actividad empresarial.

### 2.2.2 *Sectores normativos relevantes en la ordenación jurídica de los operadores económicos*

De acuerdo con esta premisa, resulta necesario dilucidar si el Derecho aplicable a los empresarios –en buena medida, Derecho mercantil– podrá extenderse *in toto* a los operadores económicos. Se trata de una reflexión que excede del alcance atribuido al presente trabajo, por lo que habremos de limitar el análisis a unos pocos aspectos y, en todo caso, con marcado acento sintético. Como criterio de orden general, parece evidente que no será posible trasladar *sic et simpliciter* el entero Derecho mercantil, entendido esencialmente como Derecho de los empresarios, a la ordenación jurídica de los operadores económicos; y ello como consecuencia de la distancia, no bien delimitada, por otra parte, que separa a unos de otros.

Salvada esta circunstancia, cuyo acierto habrá de verse en el inmediato futuro, sí cabe afirmar la indudable aplicación de algunos sectores hoy situados todavía en la órbita del Derecho mercantil, al menos desde un punto de vista sistemático y expositivo, a las fundaciones. Así sucederá con el Derecho concursal, pieza clave para el tratamiento de las situaciones de crisis económica de los empresarios, pero que por la evolución experimentada en algunos ordena-

---

ser los aspectos puramente organizativos y los instrumentos contables y técnicos susceptibles de acreditar su implantación en el mercado y su necesaria conversión en «operadores económicos» del mismo.

mientos, como el español, afecta en nuestros días a cualquier deudor, sea o no empresario, en situación de insolvencia (art. 2 LC). En esta amplia delimitación caben sin ningún género de duda las fundaciones, a cuyo régimen concursal se han dedicado ya entre nosotros aportaciones relevantes<sup>31</sup>.

La misma facilidad se observa a propósito de la aplicación a nuestra figura de otro de los sectores más relevantes en nuestro tiempo, dentro de lo que seguimos conociendo como Derecho mercantil; se trata del Derecho de la competencia en su doble vertiente *anti-trust* y de represión de la competencia desleal. Por tratarse de una materia jurídica directamente referida al mercado, con el propósito esencial de proteger la competencia, su aplicación se proyecta sobre los empresarios, profesionales y «cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado» (art. 3, 1.º LCD). Algo similar se deduce del amplio concepto de empresa establecido en el Derecho de defensa de la competencia (disposición adicional cuarta LDC).

Por si estas consideraciones de orden general no fueran suficientes, la propia LF a propósito del ejercicio de actividades económicas por las fundaciones, advierte que tal cosa se hará «con sometimiento a las normas reguladoras de defensa de la competencia» (art. 24, 1.º). En realidad, esta precisión no resultaba necesaria, pues, a la luz de lo expresado en el párrafo anterior, es evidente que la realización efectiva del Derecho del mercado no está supeditada a la naturaleza jurídica de los sujetos que actúen en dicho ámbito económico. Por otra parte, además de reiterativa, cabría sostener que la citada referencia normativa puede inducir a error, al aludir exclusivamente a las normas de «defensa de la competencia».

Sería posible, con un criterio puramente gramatical, tomar esta indicación normativa al pie de la letra, de manera que *sólo* el Derecho *anti-trust* fuera aplicable a las fundaciones, quedando dichas instituciones en tal caso al margen de la vigencia del Derecho de la competencia desleal. No podemos compartir, sin embargo, este planteamiento, teniendo en cuenta, entre otras cosas, que la normativa sobre competencia desleal atiende derechamente a la defensa del bien jurídico que es la competencia misma, tarea, según sabemos, también asumida por el Derecho *anti-trust*. Por lo expuesto, y sin entrar ahora en mayores detalles, es posible afirmar que las fundaciones se encuentran so-

---

<sup>31</sup> Por muchos, véase HERNANDO CEBRIÁ, L., «Reflexiones en torno al concurso de la fundación-empresa mercantil», *RCP*, 13 (2010), pp. 201-232. No parece haber dudas, por ello, del pleno sometimiento a la legislación concursal de las fundaciones, si bien los matices han de ser muchos, como consecuencia de su singular naturaleza, por supuesto, pero también por la novedad que supone, desde el punto de vista de nuestra tradición jurídica, esta singular operación aplicativa. Téngase en cuenta, en todo caso, SJM Sevilla de 20 de enero de 2016, a propósito del concurso culpable de una fundación.

metidas al Derecho de la competencia en su integridad y, por lo tanto, también a la normativa reguladora de la competencia desleal.

Del mismo modo, y dentro de la rápida enumeración que venimos haciendo de materias susceptibles de integrarse en el Derecho del mercado<sup>32</sup>, habrá que incluir igualmente el régimen jurídico de la publicidad, de especial significación para todos los «operadores económicos», por tratarse de sujetos necesitados de difundir sus servicios y prestaciones a todo lo largo y ancho del mercado en el que operen. Por último, y con una relación, no obstante, distinta respecto de la ordenación jurídica del mercado, habrá que tomar en consideración las numerosas y no siempre bien coordinadas normas del denominado «Derecho del consumo», a la vista del protagonismo esencial que corresponde en dicho ámbito a los propios consumidores, así como a las entidades constituidas para defender su específica posición jurídica.

#### IV. HACIA LA ORDENACIÓN JURÍDICA PLENA DE LAS FUNDACIONES (1): CUESTIONES DE POLÍTICA JURÍDICA Y LEGISLATIVA

##### 1. Premisa

Delimitado ya el sentido actual de la fundación como operador económico en el mercado y señalados algunos criterios para conseguir su mejor tratamiento normativo, mediante la consideración progresiva del Derecho mercantil, resulta necesario profundizar en el detalle de ese tratamiento, así como sobre ciertas cuestiones de política jurídica y legislativa, presentes en la realidad fundacional, pero escasamente atendidas por la doctrina y, menos aún, por el legislador. Se trata, en esencia, de analizar si el Derecho de fundaciones ha

---

<sup>32</sup> Sobre la existencia y características, en su caso, del Derecho del mercado véase IRTI, N., *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, Laterza, 1998, IMMENGA, U., *El Mercado y el Derecho. Estudios de Derecho de la competencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001. Una de las primeras alusiones al tema, entre nosotros, se encuentra en DUQUE, J., «Constitución económica y Derecho mercantil», en *La reforma de la legislación mercantil*, Madrid, Civitas, 1979, pp. 79 y sigs; más recientemente, EMBID IRUJO, J. M., «Hacia la configuración jurídica del mercado (apuntes sobre las relaciones entre mercado y derecho)», en *Derecho, Historia, Universidades. Estudios dedicados a Mariano Peset*, I, Valencia, Universitat de València, 2007, pp. 507-514. De interés, en fecha reciente, ARCELIN, L. «La conquête du droit du marché par la notion d'entreprise», *RTDCom.*, 3 (2018), pp. 575-603, para quien el Derecho del mercado estaría compuesto, básicamente, por el Derecho de la competencia y el Derecho del consumo, siendo la empresa una noción más adecuada y comprensiva que la de comerciante o profesional para la delimitación del Derecho del mercado. No estaría lejos, con todo, esta visión de las cosas de lo dicho en este capítulo a propósito de la noción de «operador de mercado», al entender la autora que la actividad de empresa tiene esencialmente naturaleza económica.

de articularse sobre una figura general, como criterio básico de ordenación o si, a la vez, conviene introducir y, en su caso, con qué detalle, algunas modalidades especiales. De otro lado, aludiremos también al papel que puede jugar a tal efecto el llamado «Derecho blando» (*soft law*), vistas las dificultades evolutivas de la normativa convencional, de carácter vinculante, así como el todavía escaso relieve jugado por la Jurisprudencia. Por su carácter básico, nos ocuparemos, en primer lugar, de tales asuntos para analizar, seguidamente y en apartado específico, la concreción del influjo del Derecho mercantil en la normativa de las fundaciones.

## 2. Unicidad y especialidad en la regulación

Una de las cuestiones, a la vez de política jurídica y de política legislativa, que se plantean inexorablemente cuando se afronta la ordenación normativa de una determinada persona jurídica, ya tipificada o, quizá mejor, nombrada, en un concreto ordenamiento, se sitúa en el terreno de la tipología; es decir, en lo que afecta, de un lado, al juego de la libertad contractual en su configuración efectiva, y, de otro, a la posibilidad de establecer modalidades o variedades de la figura fundamental. Si se opta, como resulta frecuente, por avanzar en el plano de la tipología, subsiguiente y, por ello mismo, distinto del correspondiente a la tipicidad, se abre un complejo escenario de ordenación normativa<sup>33</sup>. Y si, como parece evidente, ha de haber un régimen común, menos sencillo resulta determinar el alcance, así como el detalle, de los, en su caso, regímenes especiales<sup>34</sup>.

No se puede hablar, al menos desde la perspectiva del Derecho español de las personas jurídicas, de una reflexión suficiente sobre el tema ahora considerado ni, por ello mismo, de un planteamiento claro en este, por otra parte, decisivo asunto. En lo que atañe al Derecho de sociedades, objeto prioritario de atención por el legislador, es posible encontrar supuestos diversos, partiendo, en todo caso, de un tradicional criterio unitario, poco amigo de innovaciones tipológicas. Así se ha advertido en dicho ámbito, con particular incidencia en las sociedades específicamente mercantiles, hasta el presente siglo, donde se viene produciendo

---

<sup>33</sup> Sobre este asunto, en el terreno específico de las fundaciones, ZOPPINI, A., *Le fondazioni. Dalla tipicità a le tipologie*, Napoli, Jovene, 1995.

<sup>34</sup> En relación con esta singular dialéctica, todavía poco analizada entre nosotros, véase una referencia sintética en EMBID IRUJO, J. M., «Fundación, Empresa, Patronato», en Emparanza Sobejano, A.(dir.), *Nuevas orientaciones en la organización y estructuración jurídica de las fundaciones*, Madrid, Marcial Pons, 2014, pp. 17-47, especialmente pp. 26-28.

una significativa renovación tipológica, más intensa en otros ordenamientos que en el nuestro. Mayor modulación se advierte, en cambio, en otras figuras societarias, como las cooperativas, con una gran variedad de modalidades especiales<sup>35</sup>, sin perjuicio de que buena parte de ellas no hayan llegado a conseguir un perfil tipológico nítidamente diferenciado de la figura básica.

Por la tradicional insuficiencia del Derecho de fundaciones, la cuestión objeto de análisis resultaba en cierto sentido «extravagante» respecto de la elemental política jurídica y legislativa desarrollada en la materia. Ello no impidió, sin embargo, que, gracias a las fundaciones culturales<sup>36</sup>, se abriera un cierto portillo hacia la especialización funcional en el Derecho español de fundaciones, lo que a la altura de aquel momento trajo consigo, si se mira bien, una cierta paradoja. Y es que, entre nosotros, el modelo general de fundación carecía de contenido regulador, propiamente dicho, al margen de las escasas previsiones del Código civil, en tanto que alguna modalidad, como la reseñada, atraía para sí, por razón de su especialidad, el grueso de la ordenación normativa existente.

Nuestra época, en cambio, parece orientarse hacia una dirección sustancialmente diversa, sin que, al mismo tiempo, se haya avanzado de manera segura en el tratamiento general del problema que nos ocupa. En tal sentido, tanto la Ley 30/1994 como LF, han contemplado a la persona figura fundacional como una realidad sustancialmente única, mediante el establecimiento de un régimen completo, en la medida en que pueda afirmarse tal cosa respecto de una institución jurídica. No ha sido proclive nuestro legislador a la especialización tipológica y funcional, a pesar de que, como sabemos, se admite el ejercicio de actividades económicas (quizá más propiamente, como veremos, empresariales<sup>37</sup>) por parte de las fundaciones o, dicho de otro modo, se da título de legitimidad jurídica a la fundación empresaria. En fecha más reciente, por lo demás, nos encontramos con la fundación bancaria, cuya tipificación no ha sido el resultado de una iniciativa legislativa nacional, sino, como es bien sabido, de una imposición europea, derivada de la crisis económica. En ella se advierten caracteres propios de la fundación empresaria, en su conocida modalidad de fundación con empresa<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> Últimamente, Peinado, J. I. (dir.), *Tratado de Derecho de sociedades cooperativas*, 2.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

<sup>36</sup> Reguladas con cierto detalle en un texto de naturaleza reglamentaria de los años setenta del pasado siglo, lo que, por razones fáciles de comprender, condujo a varios autores a «tomar la parte por el todo», llevando la voluntad del legislador más allá de lo expresamente previsto en la norma. En cualquier caso, y sin perjuicio de sus limitaciones de orden temporal, es útil para la apreciación de este proceso entre nosotros el relevante libro de VALERO AGÚNDEZ, U., *La fundación como forma de empresa*, cit., *passim*.

<sup>37</sup> Sobre este asunto, *infra* capítulos II y III.

<sup>38</sup> Para mayores detalles, véase *infra* capítulo IV.

Naturalmente, la coexistencia de la figura general con alguna o algunas variedades especiales plantea muy serios problemas de ordenación jurídica, referidos, en lo esencial, a la organización de la coexistencia de ambos regímenes, o, en ciertos casos, a la determinación de si uno ha de preceder al otro y, sobre todo, en qué medida. A favor del desplazamiento del general por el especial concurre, de acuerdo con la tradición jurídica más consolidada, la prevalencia concedida al segundo frente al primero cuando se trata, como resulta obligado, de determinar el Derecho aplicable a la organización y funcionamiento de la variedad particular de una concreta figura jurídica.

En el caso que nos ocupa, parece indudable que esa regla terminará siendo decisiva si atendemos, sobre todo, a la figura de la fundación bancaria, tal y como se advierte en la disposición adicional octava LF<sup>39</sup>. No obstante su clara dicción, resulta asimismo evidente que a la hora de plantearse su completo tratamiento jurídico no podrá prescindirse del régimen general de la fundación; así se deduce de lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias, que reserva a la legislación fundacional, tanto del Estado como de las correspondientes Comunidades Autónomas, el papel de Derecho supletorio en la materia<sup>40</sup>.

Resulta indudable, por tanto, que la fundación bancaria merece ser considerada una auténtica fundación especial<sup>41</sup>, sin perjuicio de su ya advertido vínculo con el régimen general establecido para todas las fundaciones. No es seguro, en cambio, que pueda decirse exactamente lo mismo de la fundación empresaria, cuya sustantividad material, sin dejar de ser evidente, no ha encontrado el adecuado reflejo normativo. En tal sentido, y de acuerdo con la literalidad de los preceptos aplicables en nuestro Derecho de fundaciones, podría sostenerse, incluso, que la fundación empresaria es una fundación enteramente normal que además de perseguir sus propios fines realiza actividades mercantiles o, de manera más sintética y precisa, ejerce una actividad empresarial.

---

<sup>39</sup> A su tenor, «las fundaciones bancarias se regirán por lo dispuesto en la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias». Se remite, de nuevo, al lector al capítulo IV de esta obra, así como a la bibliografía allí citada respecto de la singular figura de fundación mencionada en este momento.

<sup>40</sup> El citado precepto dispone que «las fundaciones bancarias quedarán sujetas al régimen jurídico previsto en esta Ley y, con carácter supletorio, bien a la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, bien a la normativa autonómica que resulte de aplicación». Sobre el significado de esta norma, véase, de nuevo, *infra* capítulo IV.

<sup>41</sup> En este sentido, EMBID IRUJO, J. M., «La especialidad de la fundación bancaria», en Miquel González de Audicana, J. M.<sup>a</sup>/Morales Moreno, A./Embid Irujo, J. M. (dirs.), *Estudios jurídicos en homenaje a Jorge Caffarena. Liber Amicorum*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2017, pp. 333-353.

La terminología empleada, en particular por el RF, así como la interpretación sistemática y teleológica de nuestro Derecho de fundaciones en su conjunto<sup>42</sup>, refleja, como criterio de política jurídica, la nítida prioridad de la actividad propia frente a la mercantil; satisfecha dicha prioridad, en todo caso, nuestra legislación no parece poner especiales condicionamientos al ejercicio de la actividad mercantil por una fundación, dejando tal cosa al criterio del fundador o también, en nuestra opinión, al del Patronato.

Con todo, sería equivocado, en una recta interpretación de las cosas, ignorar la singularidad de la fundación empresaria, la cual, sin perjuicio de su auténtico carácter de fundación, merece un específico tratamiento normativo que no le ofrece el vigente Derecho español de fundaciones, a pesar de su importante renovación. Esta carencia obliga a tomar en consideración soluciones provenientes de otros sectores del ordenamiento, señaladamente el Derecho mercantil, tal y como se intenta razonar, como criterio básico de política jurídica, a lo largo del presente capítulo. Y todo ello, sin ignorar las importantes posibilidades que, a tal efecto, pueda ofrecer la libertad contractual.

En suma, consideramos pertinente calificar a la fundación empresaria como una figura especial dentro del Derecho de fundaciones, cuya especialidad, por otra parte, puede tener un amplio significado, al ser capaz de albergar, al menos parcialmente, a otros supuestos de idéntica naturaleza. Sería el caso de la fundación bancaria, cuya especialidad resulta notoria, desde luego, frente a la modalidad contemplada como general en nuestro ordenamiento, pero también respecto de la propia fundación empresaria. Según se ha dicho, y se tratará con detalle más adelante<sup>43</sup>, es la bancaria un ejemplo característico del supuesto que denominamos «fundación con empresa», para cuyo adecuado tratamiento resultarán sin duda útiles principios y criterios desarrollados en el seno de la fundación empresaria.

### 3. El relieve del Derecho blando (*soft law*) para la ordenación jurídica plena de las fundaciones

Antes de entrar en el significado que el Derecho mercantil pueda llegar a tener en la tarea de conseguir el régimen jurídico más adecuado para las fundaciones, conviene aludir, en breve apunte, al relieve que a tal fin, y junto al Derecho «convencional», o Derecho firme, como se prefiera, puede jugar lo que, en nues-

---

<sup>42</sup> Con más detalle sobre este importante asunto, véase *infra* capítulo II.

<sup>43</sup> Cfr. *infra* capítulo IV.

tros días, se denomina «Derecho blando» (*soft law*). Con esta terminología, ya consolidada en muy diferentes sectores, se quiere aludir, como es bien sabido, a un supuesto regulador integrado por meras recomendaciones y no vinculante, por tanto, para los sujetos destinatarios. Pero la libertad de estos últimos para seguir o, en su caso, apartarse de las indicadas recomendaciones se ve compensada, podríamos decir, por la necesidad de exponer las razones que les han conducido a llevar a cabo esta última conducta. Se trata de la regla *comply or explain*, de tan singular relieve en el ámbito de los códigos de buen gobierno para las sociedades cotizadas.

Es bien conocido el interés suscitado en la doctrina internacional por la categoría del «Derecho blando» y las frecuentes polémicas derivadas, en primer lugar, de la notable paradoja que supone la existencia de un pretendido Derecho carente de toda posible vinculación para sus destinatarios. El asunto desborda, como es sabido, el terreno del Derecho dispositivo para internarse en una senda no fácil de tratar, al menos desde el pensamiento jurídico más consolidado. Con todo, la proliferación de «códigos» integrados por meras recomendaciones, susceptibles de aplicación a los más diversos sectores necesitados de ordenación, y a cualquier escala territorial, pone de manifiesto la vitalidad del Derecho blando, así como la necesidad de dar el adecuado encaje jurídico a la pretensión ordenadora que a todos ellos distingue.

Algo de eso se viene desarrollando, si bien de manera más aparente que real, en uno de los sectores donde el Derecho blando ha adquirido mayor relieve; se trata del importante campo delimitado por las sociedades cotizadas, las cuales, sin perjuicio de la regulación específica que, según los ordenamientos y las respectivas orientaciones, se les dedica en el Derecho de sociedades, ven contemplada su particular realidad institucional en los ya mencionados códigos de buen gobierno. Y es que, en efecto, no faltan los intentos doctrinales para conseguir una cierta imbricación entre las recomendaciones del Derecho blando y los mandatos del Derecho firme, a fin de que se dote de un mayor y mejor tratamiento a la compleja realidad que representan las sociedades cotizadas<sup>44</sup>.

En este sentido, se ha puesto claramente de manifiesto la labor anticipatoria que, con frecuencia, asumen los códigos de buen gobierno, mediante la formulación de propuestas reguladoras susceptibles de ser ensayadas en la práctica, pasando luego, en su caso, al terreno vinculante del Derecho firme. Este criterio, trasunto más sentido que formalizado del conocido método «ensayo y error», se ha demostrado fructífero en la experiencia internacional y también en la españo-

---

<sup>44</sup> En este sentido, EMBID IRUJO, J. M., «El gobierno corporativo como institución jurídica y su relieve en el Derecho de sociedades de capital», en Garrido de Palma, V. M. (dir.), *Instituciones de Derecho privado*, 2.ª ed., t. VI (Mercantil), vol. 1.º (coord. por Fernández-Tresguerres, A.), Cizur Menor, Aranzadi, 2018, pp. 57-111, especialmente, pp. 90-109.

la; así se puede deducir de la reforma llevada a cabo en nuestro Derecho de sociedades de capital mediante la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, y de lo afirmado en el actual «Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas»<sup>45</sup>.

En lo que ahora interesa, conviene decir que existen ya realidades relevantes sobre la utilidad del Derecho blando para la ordenación jurídica de las fundaciones<sup>46</sup>. Es evidente que el Derecho relativo a estas personas jurídicas no ha alcanzado, por regla general, el desarrollo, el detalle y la capacidad reguladora del Derecho de sociedades, cuyo relieve a nuestros efectos venimos destacando. Precisamente por esa insuficiencia, pero también a causa de la variedad de supuestos fundacionales existentes en la práctica, carentes, por lo común, de adecuada institucionalización, puede resultar sumamente beneficioso el recurso al Derecho blando, mediante la elaboración de los correspondientes códigos de recomendaciones.

Así se ha hecho en algunos países, como Suiza, cuyo relieve para las fundaciones y para su ordenación jurídica resulta notorio, mediante el «código suizo de fundaciones», de 2004, y revisado por última vez en 2015<sup>47</sup>. Son tres los principios que distinguen a este código, a saber: el de contribuir a la realización efectiva del fin de la fundación; que la fundación se asegure de que existe en todo momento equilibrio entre la gestión y la supervisión; y, finalmente, que los objetivos, las actividades y las estructuras de la fundación sean lo más transparentes posibles para la realización de su específico fin. No faltan, del mismo modo, propuestas de ordenación de las fundaciones mediante el Derecho blando en otros ámbitos, incluso supranacionales, como la Unión europea, si bien con escaso alcance por el momento, debido a las muchas dificultades, dogmáticas, de tratamiento y de delimitación frente a otras entidades del llamado «tercer sector», que circundan dicho asunto<sup>48</sup>.

Por lo que se refiere a España, la situación es, ciertamente, otra, y no disponemos por el momento de iniciativas de algún valor en la materia. Da la impresión de que los protagonistas de la actividad fundacional aceptan sin especiales matices el marco normativo existente, restringido, como sabemos, al Derecho

<sup>45</sup> Cfr. EMBID IRUJO, J. M., «El gobierno corporativo como institución jurídica y su relieve en el Derecho de sociedades de capital», cit. pp. 108-109.

<sup>46</sup> Al respecto, BREEN, O., «Más espacio para la filantropía europea», *ADF*, 2017, pp. 365-457, especialmente pp. 435-449.

<sup>47</sup> Se trata de un código referido esencialmente a las fundaciones donantes, es decir a aquellas que dispongan de grandes activos y suficientes ingresos para respaldar e impulsar sus propios proyectos o los de terceros. No es, con todo, el único ejemplo de Derecho blando en el campo de las fundaciones o, más ampliamente, del tercer sector en Suiza; en este sentido, cabe añadir la referencia al código de 2006, que comprende a todas las organizaciones sin ánimo de lucro del país, incluidas las fundaciones. Sobre todo ello, cfr. BREEN, O., «Más espacio para la filantropía europea», cit., pp. 441-442.

<sup>48</sup> Véase, de nuevo, BREEN, O., «Más espacio para la filantropía europea», cit., pp. 444-449.

firme, y diversificado de acuerdo con el reparto de competencias legislativas en la materia entre el Estado y las Comunidades Autónomas. La rigidez de este marco regulador y las dificultades de su reforma, según la reciente experiencia del Anteproyecto de Ley de Fundaciones de 2014 a propósito de la legislación estatal, aconsejan iniciar una reflexión profunda sobre la utilidad del Derecho blando en punto a la ordenación de las fundaciones. Algunas de sus aspectos más relevantes, como los que son propios del gobierno y dirección de dichas entidades, se verían especialmente beneficiados y favorecerían, por otra parte, su actividad específica como operadores económicos en el mercado gracias a la transparencia que de su seguimiento podría derivarse<sup>49</sup>.

## V. HACIA LA ORDENACIÓN JURÍDICA PLENA DE LAS FUNDACIONES (2): LA PROGRESIVA INFLUENCIA DEL DERECHO MERCANTIL Y, EN PARTICULAR, DEL DERECHO DE SOCIEDADES

### 1. Consideraciones generales

Las reflexiones anteriormente expuestas han permitido, a nuestro juicio, formular argumentos sólidos para establecer el perfil jurídico de las fundacio-

---

<sup>49</sup> Véase, no obstante, EMPARANZA SOBEJANO, A. «La transparencia en la gestión del Patronato de las fundaciones con actividad empresarial», en Emparanza Sobejano, A. (dir.), *Nuevas orientaciones en la organización y estructuración jurídica de las fundaciones*, Madrid, Marcial Pons, 2014, pp. 49-71, MARTÍNEZ BALMASEDA, A., «Transparencia en la gestión de las fundaciones: propuestas en torno a los códigos de buen gobierno corporativo en materia de retribución», *RDPat*, 38 (2015), pp. 217-236. No conviene ignorar, con todo, las dudas que existen sobre la utilidad real del sistema centrado en los códigos de buen gobierno o, más propiamente, alrededor de la fórmula *comply or explain* que sintetiza su esencial razón de ser (sobre ello, últimamente, VÁZQUEZ RUANO, T., *Principios de Corporate Governance. La personificación de la función supervisora de la administración societaria*, Madrid, Dykinson, 2018, especialmente, pp. 111-119). En tal sentido, no puede olvidarse el reproche formulado, en el contexto de la Gran Recesión, al «sistema regulador» de dichos códigos como una de las causas de su desencadenamiento y de su particular gravedad. Quizá por ese motivo, y a pesar de la generalización de los códigos de buen gobierno, fuera incluso del ámbito de las sociedades cotizadas en el que surgió, se advierte una paulatina evolución hacia fórmulas más incisivas o, si se prefiere, de mayor carácter vinculante a la hora de afrontar el tratamiento de las complejas realidades propias del mundo económico y empresarial de nuestros días. Así se puede comprobar, por ejemplo, en el terreno específico de la responsabilidad social corporativa, cuyo significado trasciende, del mismo modo, el ámbito propio de las sociedades mercantiles, cotizadas o no, gracias a la aprobación en fechas recientes de la normativa sobre información no financiera, a la estela de la regulación de la Unión europea, y que en el Derecho español se ha materializado en la Ley 11/2018, de 28 de diciembre. Sobre el tránsito del Derecho blando, propio de los códigos de buen gobierno, basado en el *comply or explain*, a una regulación que, si bien limitada, tenga carácter vinculante, véase recientemente a propósito del Derecho italiano sobre la información no financiera, PAPI, L., «Crisi del sistema «volontaristico» e nuove frontiere europee della responsabilità sociale d'impresa», *RDC*, 1, (2019), pp. 109-158.

nes, entendidas como operadores económicos en el mercado, con la traslación a su particular ámbito de la regulación correspondiente a algunos sectores de la disciplina a la que, entre nosotros, se sigue denominado «Derecho mercantil». Pero, si se mira bien, esos diversos conjuntos normativos se proyectan, por su propia naturaleza, sobre la vertiente externa de la persona jurídica fundacional, sin entrar, al menos de una manera relevante, en el corazón de la entidad. Y una ordenación jurídica «plena», como se indica en el presente epígrafe, requiere tomar a la entidad regulada en su íntegro relieve, tratando de los aspectos que afectan decisivamente a su estructura y organización. Esta es, en concreto, una de las carencias que puedan apreciarse en nuestro vigente Derecho de fundaciones, a pesar del indudable avance que se ha producido desde la Ley 30/1994 hasta la actual LF.

No parece dudoso que las reseñadas carencias sean expresión de la significativa incomodidad con la que el legislador ha debido afrontar la ordenación jurídica de las fundaciones en el momento presente. A tal efecto, no resultaba útil la propia tradición nacional, en la que, como ya se ha dicho, se carecía de elementos normativos mínimamente adecuados para dicho objetivo, y tampoco el ejemplo comparado constituía un marco de referencia suficiente<sup>50</sup>. La necesidad de conseguir un régimen a la altura de nuestro tiempo y de las circunstancias de las propias fundaciones obligaba a buscar en otros ámbitos ciertas pautas ordenadoras, susceptibles de ser adaptadas a las necesidades de dichas personas jurídicas. Y esta forma de proceder se encuentra reflejada, como se verá, en el vigente Derecho español de fundaciones.

De manera, si se quiere, paradójica, a la vista de las circunstancias expresadas con anterioridad, esa búsqueda se ha llevado a cabo en el sector específico del Derecho mercantil<sup>51</sup>. Por las características, suficientemente conoci-

---

<sup>50</sup> Podría decirse, incluso, que el significado particular de las fundaciones, como sujetos de Derecho, se ha ido determinando por su realidad efectiva, resultado siempre de la actividad desarrollada al servicio de fines de interés general. Constituye, por tanto, un buen tema de meditación averiguar las razones por las que estas personas jurídicas han adquirido carta de naturaleza para el ordenamiento desde sí mismas. No parece argumento suficiente, a tal efecto, el hecho de que constituyan instituciones heterónomas y que la autonomía de la voluntad puede suplir el vacío normativo que ha caracterizado su evolución al menos desde la etapa codificadora hasta finales del pasado siglo xx. Quizá sea ese vacío, precisamente, la principal razón explicativa de la sustancial autonomía jurídica de las fundaciones, siempre en el marco, claro está, de lo que hubiera podido determinar el fundador, de manera que la falta de regulación las ha dotado de una eficaz capacidad autonormativa, si cabe la fórmula. No se puede olvidar, por último, el hecho de que de manera tradicional la fundación ha estado «fuera del mercado», lo que, además de hacer posible la reseñada capacidad autonormativa, ha reducido la demanda de un Derecho firme y objetivo para su organización y funcionamiento. Como es evidente, su conversión, hace ya tiempo, en auténtico «operador del mercado» ha hecho insostenible el reseñado planteamiento y de ahí su ordenación por el Derecho desde perspectivas equivalentes, salvando todas las distancias, a otras entidades privadas dotadas de personalidad jurídica.

<sup>51</sup> La búsqueda de criterios reguladores, a la vez genéricos y específicos, de las fundaciones en el sector del Derecho mercantil, cuestión progresivamente asumida por las propias entidades, aun con osci-

das, de esta vertiente del ordenamiento, se comprende con facilidad la referencia a la paradoja; no resulta del todo comprensible este extremo para quienes –ciertamente muchos en distintos ámbitos– habían restringido la operatividad de nuestra figura a la satisfacción de necesidades sociales de diverso alcance de acuerdo con las posibilidades ofrecidas por el patrimonio fundacional. Pero, si se mira bien, la paradoja se diluye al tener en cuenta que la fundación actual, con independencia del fin de interés general que ha de perseguir e, incluso, de su tamaño y significado económico, no es un ente ajeno a la realidad del mercado, sino que aparece radicado en él, necesitando acomodar su particular estructura y su concreto funcionamiento a los requerimientos que impone, tal y como se ha expuesto con anterioridad.

No se quiere decir de este modo que la fundación sea, en el momento presente, una forma más de organización de la titularidad de una empresa o, de manera más concisa, que la fundación sea siempre una empresa, a pesar de la plena legitimidad de ese vínculo, como ya sabemos, y de la relativa frecuencia con la que se habla de la «mercantilización» de nuestra figura<sup>52</sup>. Sin entrar en mayores detalles, bastará con decir en este momento que la fundación es, entre nosotros, una figura jurídica única<sup>53</sup>, cuyo factor fundamental de unificación se

---

laciones, reflejadas igualmente en la política jurídica desplegada entre nosotros al respecto, deja intacto un problema de mayor envergadura, como es el de que sea en este sector del ordenamiento donde hayan de tratarse las cuestiones jurídicas de las fundaciones y, más específicamente, de aquellas que son titulares de una actividad empresarial. No parece dudoso que, tanto en un caso como en otro, se obtendría hoy una respuesta negativa, con mayor énfasis si cabe en la primera vertiente del problema. Ello se debe a los recelos, ya señalados, frente a la «mercantilización» de la figura que tal cosa supondría, así como a la circunstancia, igualmente advertida, de que la fundación es una figura jurídica única en el Derecho español. Con todo, y como se verá más adelante, a propósito de la fundación empresarial (cfr. *infra* capítulos II y III), plantearse este debate no parece inadecuado y seguramente en el futuro resulte imprescindible. Ya entre nosotros el Anteproyecto de Código Mercantil de 2014 centraba su regulación no tanto sobre el empresario sino sobre el operador económico en el mercado, lo que permitía traer a su territorio entidades como las fundaciones, incluso aunque no ejercieran propiamente una actividad de empresa. El hecho de que esta importante pieza prelegislativa haya sido «hibernada» (véase, no obstante, BERCOVITZ, A., «La revisión de la "Propuesta de Código Mercantil"», *RDM*, 310 (2018), pp. 9-30, donde se informa de los trabajos oficiales de adaptación de dicho texto en el seno de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación) entre otras cosas por su singular planteamiento, en nada se opone a la presente reflexión, cuya pertinencia resulta independiente de las vicisitudes de la codificación mercantil y de los argumentos, a favor y en contra, que puedan manifestarse sobre el asunto, verdaderamente crucial, del modo de delimitar la aplicación de la disciplina que en ella vaya a contenerse.

<sup>52</sup> Así, expresamente, CABRA DE LUNA, M. A., *El tercer sector y las fundaciones de España*, cit., pp. 365 y 366, reflejando un criterio ya manifestado por otros autores. A nuestro juicio, la expresión es, tal vez, excesiva, pues no se trata tanto de que se hayan mercantilizado las fundaciones, es decir que se hayan convertido en un sujeto más del ámbito tradicionalmente regulado por el Derecho mercantil, sino que su régimen jurídico se ha impregnado de técnicas e instituciones surgidas y perfiladas en dicho ámbito.

<sup>53</sup> Lo que no se opone a la existencia de modalidades específicas, como, en particular, la fundación empresarial, repetidamente aludida, aun carente de la necesaria regulación. Cabría incluso advertir que, dentro de ese ámbito de especialidad, hay, a su vez, figuras del todo singulares, como la también mencionada fundación bancaria, esta sí tipificada de manera expresa en el Derecho español. Es necesario señalar,

deduce, por una parte, de que su actividad se endereza hacia la realización de un fin de interés general y, por otra, de carecer absolutamente de miembros.

Sobre estas premisas, debe afirmarse, a renglón seguido que la fundación es, en la actualidad, un sujeto más del mercado –un «operador económico en el mercado», según se acaba de señalar–, lo que justifica, de entrada, la atención al sector del ordenamiento, el Derecho mercantil, donde esa circunstancia constituye elemento esencial de su delimitación. Pero como también se ha señalado, esa calificación atrae para nuestra figura la aplicación inmediata del Derecho del mercado, en cuanto normativa referida a su vertiente externa, circunstancia compartida, aunque con razones en parte diversas, por el Derecho concursal. Es importante, en tal sentido, ahondar en el tratamiento de la fundación como entidad organizada desde el Derecho mercantil, que jugará de nuevo un papel relevante.

## 2. El ejemplo de la contabilidad

El extenso y complejo artículo 25 LF (Contabilidad, auditoría y plan de actuación), cuya adaptación a la presente realidad normativa es ineludible<sup>54</sup>, resulta especialmente idóneo para comprobar lo que se viene diciendo alrededor de un aspecto, como el de la contabilidad, de gran utilidad a la hora de valorar el funcionamiento de la fundación como persona jurídica, más especialmente, como operador económico en el mercado. Además, según resulta notorio, la existencia misma de un régimen jurídico relativo a la contabilidad, entendido como auténtico deber de los sujetos destinatarios del mismo, nos lleva, una vez más, al núcleo básico del Derecho mercantil, por ser dicha materia una de las piezas básicas del estatuto del empresario, al tiempo que se proyecta sobre la persona jurídica fundacional, entendida como auténtica organización.

---

en todo caso, que tanto una como otra, son fundaciones auténticas, entendida esta denominación en sentido estricto, dotadas, eso sí, de algunas circunstancias particulares, más o menos consideradas por nuestro Derecho positivo. Todo ello ratifica la idea expuesta en el texto de que la fundación es, en el ordenamiento español, una figura jurídica única, quizá porque se encuentre todavía en una fase incipiente de tratamiento normativo, a diferencia de lo que se observa en otras personas jurídicas, como las sociedades, donde el elemento común susceptible de agrupar a todas ellas (el llamado, entre nosotros, «concepto amplio de sociedad») no permite ocultar las considerables diferencias existentes entre los distintos tipos reconocidos por el legislador, así como su muy diverso grado de desarrollo, normativo, estructural y de implantación en la realidad económica.

<sup>54</sup> Como consecuencia de las diversas reformas experimentadas por los distintos cuerpos normativos a los que se remite, según los casos, la LF. Así sucede, desde luego, con el C. de c., tras la relevante modificación llevada a cabo 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, pero también con el régimen relativo a la auditoría que hoy se sitúa, según es bien sabido, en la Ley 22/2015, de 20 de julio, de auditoría de cuentas.

No hace falta reiterar la diferencia, no fácil de formular en numerosas ocasiones, entre empresario y operador económico del mercado. Con todo, resulta indudable su progresiva cercanía, así como la dependencia que el tratamiento jurídico de este último experimenta respecto del dispensado al primero. Uno de los extremos donde se pone de manifiesto dicha circunstancia es, precisamente, el relativo a la ordenación de la contabilidad que, en el caso de las fundaciones, adquiere un alcance verdaderamente significativo, con independencia de que ejerzan o no auténticas actividades empresariales<sup>55</sup>. Para este último caso, el artículo 25, 9.º LF indica que la «contabilidad de las fundaciones se ajustará a lo dispuesto en el Código de comercio»; pero, como tendremos ocasión de ver de inmediato, no es muy distinta la situación, en su significado efectivo, cuando la fundación sea ajena al ejercicio de dichas actividades, sin perjuicio de su permanente carácter de operador económico del mercado.

Por un lado, los libros de contabilidad exigidos a toda fundación (Diario e Inventarios y Cuentas Anuales) en el artículo 25, 1.º LF coinciden, como es sabido, con los que, respecto de los empresarios, establece el artículo 25, 1.º C. de c. Por otro, el tratamiento genérico de las cuentas anuales, en cuanto documentos que las componen y necesidad de que los mismos expresen la «imagen fiel» del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la fundación (art. 25, 2.º), es trasunto fiel –y nunca mejor bienvenida la redundancia– del artículo 34, 1.º y 2.º del Código de comercio en su versión anterior a la importante reforma del Derecho de la contabilidad llevada a cabo mediante la Ley 16/2007, de 4 de julio.

En materia de cuentas anuales, precisamente, se ponen de manifiesto algunos hechos ya reseñados, que expresan a la vez la elaboración de diferentes regímenes en materia de contabilidad para las fundaciones<sup>56</sup>, según su dimensión o tamaño, y una aparente mayor exigencia, sobre todo en lo que a auditoría se refiere, que la establecida a propósito de las sociedades mercantiles<sup>57</sup>. La diversificación de estatutos contables se afronta por el legislador en el artículo 25, 3.º y 4.º LF. Así, se remite a un reglamento posterior el desarrollo de un «modelo de llevanza simplificado de la contabilidad» que podrá ser aplicado por las fundaciones que no superen los requisitos cuantitativos de valor de las partidas del activo, cifra anual de negocios y número máximo de trabajadores indicados en el artículo 25, 4.º LF.

---

<sup>55</sup> Con perspectiva comparada sobre la contabilidad de las entidades «de interés común», incluyendo una detenida referencia al Derecho español de fundaciones, HECKMANN, J., *Der einheitliche Jahresabschluss gemeinnütziger Organisationen. Entwicklung eines gemeinnützigkeitsspezifischen Regelungskonzepts*, Hamburg, Bucerius Law School Press, 2017.

<sup>56</sup> Al respecto, CUENCA GARCÍA, M.ª A., «Artículo 25», en Olavarría Iglesia, J. (coord.), *Comentarios a la Ley de fundaciones*, cit., pp. 666-699. Véase, igualmente, *supra* III, 2, 2.2.

<sup>57</sup> Véase *supra* III, 2, 2.1.

Por su parte, en el artículo 25, 3.º LF expresa, asimismo, el legislador que las fundaciones «podrán formular sus cuentas anuales en los modelos abreviados cuando cumplan los requisitos establecidos al respecto para las sociedades mercantiles». Aunque la remisión, no corregida hasta el momento, no distingue según la naturaleza de las sociedades en cuestión, parece indudable que habrá de entenderse referida al régimen de las sociedades de capital, contenido, como se sabe, en los artículos 257 y 258 LSC, sin perjuicio del artículo 261 LSC, relativo a la memoria abreviada. Los requisitos allí consignados, que se refieren, igualmente, a las magnitudes mencionadas por el artículo 25, 4.º LF, son muy superiores en términos cuantitativos a los indicados en este último párrafo; esta discordancia, con todo, puede ser comprendida sin mayor dificultad a la vista de que, en un caso, se trata, como el propio legislador indica, de la mera llevanza de la *contabilidad*, en el sentido del artículo 29 del C. de c., en tanto que en el otro la mención expresa de las *cuentas anuales* suprime cualquier mala inteligencia que pudiera plantearse.

Por último, interesa destacar la referencia, contenida en el artículo 25, 5.º LF, a la necesidad de someter a auditoría externa las cuentas anuales de todas las fundaciones que alcancen un determinado nivel cuantitativo, allí señalado, sobre la base, una vez más, del valor de las partidas del activo, volumen anual de ingresos y, en su caso, cifra de negocios, y número de trabajadores empleados. Si se comparan estos datos con el Derecho de sociedades de capital en idéntico trance, resulta sorprendente la cercanía de las cifras enumeradas en el indicado precepto en relación con las que se reflejan en el artículo 263, 2.º LSC, si bien las consecuencias jurídicas, como se deduce con facilidad, son diametralmente opuestas.

Como es sabido, este último precepto, dotado ya de cierta tradición entre nosotros, al margen de la delimitación concreta de los datos cuantitativos, fija la frontera para el sometimiento obligatorio a auditoría de las cuentas anuales de la sociedad. De tal modo, quedarán exentas de dicho deber aquellas sociedades de capital cuyas magnitudes contables y laborales se encuentren comprendidas en las cifras contempladas por el artículo 263, 2.º LSC. No resulta fácil, por ello, enjuiciar esta asimetría, en la que el legislador de fundaciones, sin especiales obligaciones derivadas de la observancia de una normativa supranacional, como sucede con las sociedades de capital respecto del Derecho de la Unión europea, ha ido más lejos en la exigencia de auditoría a las primeras frente a las segundas. Y dicha asimetría, por otra parte, es independiente de que las fundaciones ejerzan, de manera directa o indirecta, actividades empresariales propiamente dichas en el mercado<sup>58</sup>.

---

<sup>58</sup> A la hora de buscar algún criterio explicativo de la discordancia referida en el texto, no cabe sino presumir un cierto «exceso de celo» por parte del legislador en materia de fundaciones, no del todo com-

De todo lo expuesto, cabe ahora destacar, además de la influencia –notoria– del Derecho mercantil y, en particular, del Derecho de sociedades en materias contables, el mayor rigor que, en términos generales, ha impuesto a las fundaciones la LF, sobre todo si se compara esta disciplina con la correspondiente a las sociedades de capital. Y es que todas las reglas enunciadas se aplican a las fundaciones con independencia de que ejerzan o no actividades mercantiles; la simple presencia en el mercado, el ser, como hemos dicho, un «operador económico» del mismo, basta para llevar necesariamente una contabilidad y redactar unas cuentas anuales inspiradas en idénticos principios a los que son propios de los empresarios y, particularmente, de las sociedades de capital, sin perjuicio, además, de su sometimiento a auditoría en condiciones más exigentes que las aplicadas a estas últimas.

## VI. ASPECTOS CONCRETOS DE LA INFLUENCIA DEL DERECHO DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES DE CAPITAL EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS FUNDACIONES

### 1. Premisa: razones de esa influencia

Una vez advertida la proximidad del Derecho de fundaciones con el Derecho mercantil, ejemplificada, como acabamos de ver, en el crucial asunto de la contabilidad, interesa fijar la atención, sobre todo, en la ordenación jurídica de su vertiente propiamente corporativa. A tal fin, como veremos, va a resultar característico y determinante el recurso al Derecho de sociedades de capital<sup>59</sup>, con el que también hemos observado un destacado vínculo precisamente derivado de la vertiente contable. Y es que, como ya sabemos, en el Derecho de sociedades no sólo se contempla un elenco variado de personas

---

pensado por el establecimiento de un régimen simplificado de contabilidad para las de más reducida dimensión. De otro lado, el hecho de que haya fracasado la reforma de LF que se pretendía llevar a cabo mediante el Anteproyecto de 2014 ha impedido abrir un debate sobre el supuesto en examen y la asimetría con las sociedades de capital aludida en el texto a propósito del deber de auditoría. Parece urgente, en todo caso, avanzar en la elaboración de estudios de campo sobre el auténtico significado de las fundaciones como operadores del mercado y el alcance de las obligaciones contables que les impone la LF; sólo de este modo podremos hacernos una idea exacta de lo que significa el calificativo «operador del mercado» que aquí asignamos a las fundaciones y que, por otra parte, permite traducir a términos contemporáneos una realidad sin duda actual, pero no surgida precisamente en nuestro tiempo.

<sup>59</sup> Sobre la cuestión, en el Derecho italiano, IBBA, C., «Codice del Terzo Settore e diritto societario», *Riv. Soc.*, 64 (2019), pp. 62-78. Y ello, naturalmente, sin perjuicio de que haya de mantenerse, en estricto análisis jurídico y de acuerdo con la tipificación existente en nuestro ordenamiento, que «una fundación no es una sociedad mercantil», como destaca enfáticamente la STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8.ª), de 3 de marzo de 2011.

jurídicas, dotadas de regímenes singulares, al margen de una amplia variedad de normas comunes; en tal sentido, mediante las normas propias de este sector del ordenamiento, se articula la dimensión propiamente corporativa o, si se prefiere, organizativa de las diversas figuras reguladas. Esta doble circunstancia es la que pone de manifiesto el factor de comunicación con el mundo fundacional, tal y como se viene configurando entre nosotros a partir, en particular, de la Ley 30/1994.

No es un obstáculo a tal efecto la exigencia normativa (art. 2 LF) de que las fundaciones actúen «sin fin de lucro», pues, como ya ha quedado advertido, la referida fórmula (o su contraria, si nos situamos en el tradicional Derecho mercantil y de sociedades) ha ido perdiendo relieve tipificador sobre todo en el caso de las sociedades mercantiles de capital. La posibilidad cierta de figuras como las sociedades no lucrativas y, más recientemente, las llamadas sociedades benéficas, confirma este extremo y acentúa la cercanía entre fundaciones y sociedades. Si, con carácter genérico, puede decirse, como aquí se sostiene, que el Derecho de sociedades ha ejercido una influencia significativa en la ordenación jurídica de las fundaciones, en el momento presente quizá quepa plantearse el fenómeno inverso, como cuestión, sobre todo, de futuro. Ello es así, entre otras cosas, por el significativo avance, precisamente, de las sociedades benéficas en el Derecho comparado, así como por el relieve que algunos criterios propios de la Economía social<sup>60</sup> están adquiriendo en el marco estricto del Derecho de sociedades mercantiles.

No es seguro, con todo, que pueda hablarse, como a veces se hace, de un proceso de indiferenciación de las estructuras jurídicas o, de manera más precisa, de la existencia de un principio de neutralidad<sup>61</sup> en lo que atañe a las formas organizativas disponibles en un ordenamiento para el ejercicio colectivo de actividades económicas en el mercado. En tal sentido, y al margen de ciertos fines trascendentes a las concretas instituciones que el legislador pueda establecer, quizá sea la vertiente estructural el elemento que permita explicar la cercanía existente entre fundaciones y sociedades mercantiles de capital con motivo del tratamiento jurídico de algunos de sus aspectos fundamentales. No conviene olvidar, en todo caso, que esa cercanía no supone, por su propia na-

<sup>60</sup> Remitimos de nuevo al lector a EMBID IRUJO, J. M., «Derecho de sociedades y economía social: nuevos retos», cit., pp. 22-23, donde se postula una suerte de «mutua fecundación» entre ambas disciplinas, superando así el influjo unilateral del Derecho de sociedades en el régimen de las entidades de Economía social, cuyo predominio, no obstante, en esa correspondencia es todavía notorio.

<sup>61</sup> Al respecto, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *La atipicidad en Derecho de sociedades*, Zaragoza, Pórtico, 1977, pp. 17-19; recientemente, el acertado apunte de ZOPPINI, A., «Un raffronto tra società benefit ed enti non profit: Implicazioni sistematiche e profili critici», cit., pp. 5-6.

turalidad<sup>62</sup>, identidad, a la vista, sobre todo, de la base personal, característica de las sociedades, y ausente, por definición, de las fundaciones.

## 2. Aspectos concretos del influjo del Derecho de sociedades de capital en el régimen jurídico de las fundaciones

### 2.1 CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

Constatada y explicada suficientemente la idea de que el Derecho de sociedades de capital se ha convertido en fuente inspiradora básica del régimen jurídico de las fundaciones, se hace preciso examinar el alcance concreto de esa influencia en el marco del Derecho vigente<sup>63</sup>. Dada la complejidad y extensión de dicha materia, así como por las circunstancias propias de este libro, nos limitaremos a considerar únicamente el alcance del reseñado influjo en algunos de los aspectos básicos del Derecho de fundaciones, desde su constitución hasta ciertas cuestiones orgánicas, vinculadas con su régimen de gobierno corporativo y con la responsabilidad de los patronos.

Son muchas más, sin duda, las materias que podrían tomarse en consideración, dada la común condición de personas jurídicas de sociedades y fundaciones y como consecuencia de que, por tal motivo, bien puede identificarse la existencia de un *iter* jurídico sustancialmente idéntico entre ambas, sin ignorar, por supuesto, las significativas diferencias que las separan. En ese análisis comparado, todavía no llevado a cabo entre nosotros a pesar de su conveniencia, habrían de tenerse en cuenta no sólo las cuestiones antes aludidas, suscep-

---

<sup>62</sup> Una confirmación, si se quiere indirecta, de lo que se indica en el texto puede comprobarse en una relevante y exhaustiva obra reciente sobre el Derecho de sociedades en Europa (cfr. Krebs, P./Jung, S./Stiegler, S. (eds.), *Gesellschaftsrecht in Europa*, Baden-Baden, Nomos, 2018), dentro de cuyo extenso contenido, en el que se presta minuciosa atención a todos los aspectos propios de dicha materia, con atención igualmente detenida a la regulación societaria de diferentes países de la Unión, se dedica un amplio apartado al estudio de la fundación europea, quizá la aportación más actualizada sobre esta figura. Al margen de otras cuestiones sobre el proyectado régimen jurídico de la fundación europea, a las que aquí no procede aludir, interesa ahora señalar esa conexión sistemática y de contenido entre una figura singular de fundación y las formas societarias de Derecho europeo, vigentes o en proyecto, que se establece en la segunda parte del mencionado libro. Y todo ello sin perjuicio, claro está, del fracaso del proyecto de reglamento europeo sobre dicha figura.

<sup>63</sup> El carácter modélico del Derecho de las sociedades de capital, y, muy especialmente, de la sociedad anónima, se observaba ya con nitidez en la Ley 30/1994, de 24 de noviembre. La LF, en esa misma línea, intensifica y consolida dicha influencia, que adquiere un mayor relieve, y termina por impregnar al régimen organizativo de las fundaciones, en cuanto verdaderos «operadores económicos», de una notable cercanía al que es propio de las sociedades de capital. La apreciación de esa influencia, con anterioridad, a la LSC, había de derivarse de la consideración conjunta de la LSA 1989 y la LSRL 1995, cuyos preceptos en lo que ahora interesa han pasado inevitable y lógicamente a la vigente LSC.

tibles de ser situadas en una vertiente *estática* de las respectivas personas jurídicas, a pesar del significado secuencial de algunas de ellas, como las relativas, sobre todo, a la constitución de las entidades.

Mayor interés, si cabe, sobre todo como proyección de futuro, tendría aludir detenidamente a los mecanismos jurídicos disponibles en el ordenamiento para hacer posible la continua adaptación al mercado que requiere la posición misma de los operadores económicos que actúan en él. Esta vertiente *dinámica* del tema que nos ocupa encuentra su máxima realización a través de las llamadas «modificaciones estructurales», bien conocidas y reguladas en el Derecho de sociedades, a través de la importante Ley 3/2009, de 3 de abril, de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Por la insuficiencia de la normativa existente al respecto en el Derecho de fundaciones, resulta habitual traer a colación la disciplina societaria para hacer viables las transformaciones o las fusiones relativas a dichas personas jurídicas, lo que exige, más allá de la inevitabilidad de esa aplicación, continuas adaptaciones, tanto desde el punto de vista hermenéutico como aplicativo.

Este fenómeno, con todo, no ha de ser visto exclusivamente desde la perspectiva homogénea y, si se quiere, endogámica, que se acaba de esbozar. Como la práctica muestra, cada vez con mayor intensidad, no son insólitas las modificaciones estructurales *heterogéneas*, que superan, por su misma naturaleza, la tradicional adscripción de estas trascendentales alteraciones de las personas jurídicas a las correspondientes categorías de las mismas, según la particular causa (lucrativa, consorcial, mutualista, no lucrativa) que haya dado lugar a la constitución de los sujetos participantes en ellas. No se trata, por lo demás, de un asunto particularmente atendido por la legislación ni tan siquiera por la doctrina, a salvo, en particular, del Derecho italiano; en este ordenamiento, se observa una postura sustancialmente favorable a la realización de este tipo de operaciones a partir, sobre todo, de la reforma del *Codice civile* de 2003, posteriormente ampliada y modulada por regulaciones posteriores, no exentas de matices contradictorios, en el marco de la normativa propia de las entidades de Economía social y del tercer sector<sup>64</sup>.

---

<sup>64</sup> Últimamente, de manera sintética y con importantes referencias bibliográficas, BIANCA, M., «Trasformazione, fusione e scissione degli enti del terzo settore», *ODC*, 2/2018; con carácter monográfico, dentro de un supuesto concreto de transformación de fundación-empresa en Alemania, LINDNER, R., *Die Umwandlung einer Stiftung in einer Aktiengesellschaft am Fallbeispiel der Carl-Zeiss-Stiftung*, Berlin, Pro Universitate Verlag, 2004. De interés, entre nosotros, sobre las modificaciones estructurales de las fundaciones, bien sean de carácter homogéneo, bien se produzcan con otras entidades de distinta naturaleza, es la STC (Pleno) de 23 de abril de 2013, relativa a la fusión de fundaciones en el marco de una Comunidad Autónoma y sobre la primacía del Derecho estatal sobre el autonómico, al ser la figura que nos ocupa una entidad de naturaleza civil.

Resulta evidente, no obstante el considerable interés de esta y otras cuestiones susceptibles de análisis en el marco del tema que venimos desarrollando, la imposibilidad de afrontar su tratamiento con la extensión y el rigor debidos en una obra necesariamente introductoria, como la presente, cuya particular economía no permite análisis monográficos de tanto detalle como los indicados. Es más, parece posible sostener que la materia de las modificaciones estructurales, en particular, y, de manera más amplia, la confrontación entre personas jurídicas de distinta naturaleza y causa a la que aquí se alude, requerirían una consideración dogmática de mayor fuste y ambición. La posibilidad de configurar, por ejemplo, un «Derecho de las modificaciones estructurales», de dimensión transtípica, o, con mayor amplitud, la elaboración de un «Derecho de las personas jurídicas», verdaderamente integrador y no sólo descriptivo de las figuras en él contenidas, no parecen ser, cada una en su ámbito, una apuesta descabellada y permitiría afrontar líneas de investigación hasta ahora apenas esbozadas.

En cualquier caso, y como justificación, si se quiere, del limitado alcance que aquí se dará a las relaciones entre Derecho de sociedades y Derecho de fundaciones, se encuentra el hecho evidente del distinto grado de evolución de ambos sectores, desde luego en el terreno legislativo, pero también en el doctrinal y de construcción dogmática. Ello explica, desde luego, el recurso al primero para resolver algunas cuestiones esenciales del segundo, a la vista del mayor dinamismo de aquél, continuamente en el candelero, sobre todo por su decisivo relieve en la articulación de la actividad empresarial en el mercado, pero también por la realización continua de reformas normativas de diverso alcance.

Testimonio del referido desajuste en el ritmo de evolución de ambas disciplinas lo encontramos en la «congelación» del influjo normativo del Derecho de sociedades en el régimen de las fundaciones, como consecuencia de la falta de reformas de la LF desde su promulgación<sup>65</sup>, a diferencia de lo acaecido con el Derecho de sociedades de capital. Lo allí establecido en su momento<sup>66</sup> constituye, por tanto, el marco de referencia del problema en estudio, sin perjuicio, claro está, de la evolución de la normativa societaria, por una parte, pero también de los cambios en la realidad concreta de las fundaciones, paulatinamente reflejados en la doctrina jurídica, no abundante, consagrada a su particular análisis.

---

<sup>65</sup> Al margen de algunos textos de rango inferior, como el RF, de considerable importancia, desde luego, para diversas vertientes de las tratadas en este libro, parece razonable sostener la continuidad estricta del Derecho de fundaciones en el ordenamiento español desde la LF hasta nuestros días. Ello es consecuencia, entre otras cosas, del ya referido fracaso del Anteproyecto elaborado para su reforma en 2014, el cual implicaba un cierto retroceso desde la perspectiva que sirve de base al presente libro.

<sup>66</sup> Sin perjuicio de los complementos derivados del RF, cuya fecha de promulgación, no obstante, permite igualmente hablar de «congelación» en punto al tema examinado en el texto.

## 2.2 LA CONSTITUCIÓN DE LAS FUNDACIONES

El proceso de constitución de las fundaciones recoge numerosas influencias del Derecho de las sociedades de capital que se materializan en diversos aspectos del mismo, los cuales pasamos a exponer a continuación<sup>67</sup>. Para empezar, contempla la LF la distinción entre escritura de constitución (art. 10) y estatutos (art. 11), como dos niveles documentales del proceso constitutivo: la primera refleja, en esencia, la libre manifestación de voluntad del fundador o fundadores, origen específico de la fundación; los segundos recogen las reglas fundamentales de organización y funcionamiento de la persona jurídica fundacional. Estos dos niveles del proceso constitutivo acreditan, respectivamente, el momento negocial y el momento institucional, característicos también, como es sabido, de la constitución de toda sociedad, con especial relieve notoriamente para las de naturaleza capitalista.

Requiere también nuestra normativa fundacional que en el proceso constitutivo se aporte una dotación, como base patrimonial de la organización fundacional, dotación que «ha de ser adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales» (art. 12, 1.º LF). Presume el legislador que esas características concurrirán en la dotación cuando alcance la cifra de treinta mil euros; no se establece con ello, en sentido estricto, un «capital» mínimo, como sucede, en cambio, en el ámbito de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada<sup>68</sup>, puesto que será válida la fundación con una dotación inferior a la indicada, siempre que se den las circunstancias prevenidas en el artículo 12, 1.º, *in fine* LF. Se trata de una cantidad elegida por nuestro legislador con total autonomía, sin condicionamiento alguno derivado del Derecho europeo, a diferencia de lo observado, en punto a capital mínimo, respecto de la sociedad anónima.

En la elección de la cifra de dotación establecida por la ley cabe destacar, a nuestro juicio, un propósito legislativo dirigido a impedir la constitución de fun-

---

<sup>67</sup> En general, sobre este asunto, CAFFARENA LAPORTA, J., «La constitución de las fundaciones (artículos 4, 8, 9, 10, 11 y 13)», en Muñoz Machado, S./Cruz Amorós, M./De Lorenzo García, R. (dirs.), *Comentarios a las Leyes de fundaciones y de mecenazgo*, cit., pp. 65-150; también MORILLO GONZÁLEZ, F., *El proceso de creación de una fundación*, Cizur Menor, Aranzadi, 2006.

<sup>68</sup> Con la conocida excepción de la sociedad limitada de formación sucesiva, regulada en el artículo 4 bis LSC como un ejemplo más de lo que se ha venido en llamar «Derecho de la crisis» en el terreno estricto del Derecho de sociedades. Como es sabido, dicho precepto, derivado de la Ley 14/2013, de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, intentó favorecer la constitución de sociedades limitadas obviando la necesidad de desembolsar íntegramente el capital en la fase fundacional, sin señalar, por otra parte, plazos o límites para terminar con esa aparente «anomalía», dado que hacía y hace posible entre nosotros la existencia de una sociedad originariamente infracapitalizada, sin perjuicio de un escueto régimen jurídico contenido a la sazón en el precepto indicado. Al margen de las buenas intenciones del legislador, la sociedad limitada de formación sucesiva no ha tenido apenas trascendencia práctica hasta la fecha.

daciones insuficientemente dotadas que pongan en peligro, de un lado, la realización del fin fundacional, y, de otro, el cumplimiento de sus obligaciones con terceros y acreedores. Aquí observamos, nítidamente, uno de los ejemplos en los que la legislación de fundaciones ha ido más allá de lo dispuesto en las normas sobre sociedades de capital, por lo que se refiere, al menos, a alguno de sus tipos más característicos, como la sociedad de responsabilidad limitada.

No deja de sorprender, por otra parte, que sea mucho más bajo el capital mínimo requerido para la constitución de esta última, sin modificación alguna en las últimas décadas, al margen, claro está, de que estamos en presencia de una figura vinculada como regla general a la satisfacción de intereses particulares, la cual, ciertamente, no ha de cumplir un fin de interés general. Quizás pueda ser este extremo el que explique la reseñada diversidad, con independencia de lo que pueda pensarse a la hora de valorar la más que notoria infra-capitalización de buena parte de las sociedades de responsabilidad limitada constituidas entre nosotros<sup>69</sup>.

A la hora de integrar la dotación fundacional y de precisar, más concretamente, qué bienes cabe aportar en el proceso constitutivo y a qué verificaciones han de someterse, se percibe de manera muy nítida la influencia del Derecho de sociedades de capital, que, a su vez y en ciertos casos, transmite el contenido de las directivas de la Unión europea. De un lado, si la aportación es dineraria podrá desembolsarse, como en el caso de la sociedad anónima, la cuarta parte en el momento constitutivo de la fundación. Si la aportación no es dineraria, «deberá incorporarse a la escritura de constitución tasación realizada por un experto independiente» (art. 12, 2.º); se observa aquí, una vez más, la influencia de la normativa sobre sociedad anónima, en este punto receptora de las reglas establecidas por la Unión europea. De nuevo ha de advertirse el mayor rigor impuesto por la LF respecto de lo que se establece en materia de sociedad de responsabilidad limitada; a la hora de integrar el capital de esta última, como sabemos, no se precisa la intervención de expertos independientes para valorar las aportaciones no dinerarias.

---

<sup>69</sup> No parece realista plantear en el tema que nos ocupa una posible influencia del régimen de las fundaciones, al referirse a un asunto que pasa por ser intocable en el Derecho español, con independencia, por otra parte, de lo que pueda pensarse sobre la técnica del capital mínimo como instrumento de delimitación societaria y de configuración originaria de la estructura patrimonial de la sociedad. Además, y como se ha indicado en la nota anterior, la regulación de la sociedad limitada de formación sucesiva se dirige derechamente a modular la exigencia de un capital tan exiguo en la fase constitutiva, con una llamativa indeterminación en punto a su efectiva integración. Es seguro, por ello, que la forma de «reobrar» del Derecho de fundaciones sobre la ordenación jurídica de las sociedades de capital se canalice por otras vías y se dirija nítidamente a otros objetivos, como ha empezado a demostrar, si bien en términos no del todo firmes, la admisión progresiva de las sociedades benéficas.

También se observa la influencia del Derecho de sociedades de capital con motivo del tratamiento de la «fundación en proceso de formación» (art. 13 LF). El supuesto se ocupa de ordenar las relaciones jurídicas establecidas por cuenta de una fundación que no se ha inscrito todavía en el Registro de Fundaciones, y que, no obstante, puede participar en la vida jurídica a través de la intervención de sus patronos<sup>70</sup>. A pesar de ello, si la fundación no se inscribiera en un plazo de seis meses desde el otorgamiento de la escritura pública, los patronos serán cesados por el Protectorado, y responderán solidariamente de las obligaciones contraídas en nombre de la fundación y de los perjuicios que ocasione la falta de inscripción (art. 13, 2.º LF)<sup>71</sup>.

Como telón de fondo de estas reglas en sede de Derecho de fundaciones, encontramos el tratamiento de la «sociedad en formación» (arts. 36-38 LSC), de un lado, y de la «sociedad irregular» (arts. 39-40 LSC), de otro, en el ámbito de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada en nuestro Derecho. Aunque los supuestos societarios, a pesar de su coincidencia en la falta de inscripción registral, no pueden, ciertamente, equipararse, por el singular régimen previsto para cada uno de ellos, es bien posible buscar en la conjunción de los preceptos citados la fuente inspiradora del régimen establecido para la fundación en proceso de formación. Y es que, tanto para las figuras societarias indicadas, como para la figura fundacional en estudio, se observa una idea común de política jurídica: la tutela de los intereses comprometidos por la actividad de la persona jurídica todavía no inscrita.

Esta circunstancia, que, en su día, llevó, incluso, a considerar inexistente a la pretendida sociedad de capital no inscrita, ha evolucionado por diversas circunstancias, no sólo legislativas, sino, sobre todo, de carácter doctrinal. De acuerdo con los rigurosos planteamientos formulados entre nosotros desde hace tiempo<sup>72</sup>, podría hablarse, y así se ha hecho para las sociedades de capital, de que la fundación «en proceso de formación» dispone de un cierto grado de personalidad jurídica. No obstante, la personalidad jurídica «plena», cabría decir, sólo se obtiene con la inscripción en el Registro de

<sup>70</sup> Sobre este importante asunto, respecto del precepto equivalente de la Ley 30/1994, CAFFARENA LAPORTA, J., «Artículo 11», en AA. VV., *Comentarios a la ley de fundaciones y de incentivos fiscales*, I, Madrid, Escuela Libre Editorial, 1995, pp. 95 y ss.

<sup>71</sup> Sobre este asunto, véase BOQUERA MATARREDONA, J., «Artículo 13», en Olavarría Iglesia, J. (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, cit., pp. 337-353, y, más sintéticamente, EMBID IRUJO, J. M., «La responsabilidad civil de las fundaciones frente a terceros», en Martínez Garrido, S. (coord.), *Buen gobierno de las fundaciones*, Madrid, Fundación Iberdrola-La Ley, 2015, pp. 399-425, especialmente pp. 416-417.

<sup>72</sup> Por muchos, GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades. I. Teoría general. Sociedades colectivas y comanditarias*, Madrid, edición del autor, 1976, pp. 226-268, con especial incidencia, según es sabido, en la sociedad irregular.

fundaciones (art. 4, 1.º LF), inscripción que ha de considerarse constitutiva<sup>73</sup>, lo que permite encontrar un nuevo influjo del Derecho de sociedades de capital, a pesar de las diferencias que la propia naturaleza de la fundación impone también en este punto<sup>74</sup>.

## 2.3 GESTIÓN Y GOBIERNO CORPORATIVO DE LAS FUNDACIONES

### 2.3.1 *Consideraciones generales. A propósito del «gobierno corporativo de las fundaciones»*

Por su conocida condición de entidad heterónoma, una de las cuestiones esenciales que ha de abordarse a la hora de establecer el régimen jurídico de nuestra figura es la relativa a su gestión o, más ampliamente, a la particular forma de su gobernanza. Dejando al margen ahora lo que el fundador haya podido establecer en su momento, cuyo relieve para la fundación no puede ignorarse, es lo cierto que la mayor parte de los ordenamientos atribuyen la

---

<sup>73</sup> Como ya propuso CAFFARENA LAPORTA, J., *El régimen jurídico de las fundaciones. Estudio para su reforma*, Madrid, Ministerio de Asuntos sociales, 1992, p. 71, y afirma, entre otras, la STSJ Castilla y León (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 13 de noviembre de 2017. Sobre la vertiente registral de las fundaciones, véase LA CASA GARCÍA, R., «La publicidad registral de las fundaciones y el Registro mercantil», en Emparanza Sobejano, A. (dir.), *Nuevas orientaciones en la organización y estructuración jurídica de las fundaciones*, Madrid, Marcial Pons, 2014, pp. 199-257, y, en Derecho italiano, IBBA, C., «La pubblicità degli enti del terzo settore», *Riv. Dir. Civ.*, LXV-3 (2019), pp. 622-645. Téngase en cuenta, en todo caso, que la inscripción de la fundación es «un acto reglado» que no puede denegarse si se cumplen los requisitos legales, como afirman la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), de 30 de octubre de 2013, y la STSJ Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), de 20 de octubre de 2016, sin que sea exigible al Registrador, con motivo de la calificación de la escritura pública, «valorar concretos acuerdos adoptados en la Asamblea de constitución que no formen parte de aquella», según se indica en STSJ Castilla-La Mancha (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), de 18 de marzo de 2014, a propósito de la constitución de una fundación promovida por una Caja de Ahorros.

<sup>74</sup> Con arreglo a la STSJ Castilla y León (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª) de 13 de noviembre de 2017, «no cabe entender la fundación en proceso de formación como una «unidad económica o patrimonio separado susceptible de imposición» de los enumerados por el artículo 35.4 Ley General Tributaria como entidades carentes de personalidad jurídica que tendrán la consideración de obligados tributarios. Una cosa es que el Patronato de la fundación en proceso de formación realice, además de los actos necesarios para la inscripción, aquellos otros que resulten indispensables para la conservación del patrimonio, y otra que ello signifique que pueda considerarse consumada la transmisión de la propiedad a una entidad en ese momento, cuando no solo carece de personalidad jurídica sino que, necesariamente, en caso de no procederse a la inscripción en el Registro de Fundaciones, los bienes que constituyen la dotación para su constitución revertirían necesariamente al fundador. Por tanto, de no haber inscripción no se habría producido el hecho imponible ya que no cabría considerar que estamos ante una transmisión de la propiedad: la fundación no podría continuar como un ente sin personalidad jurídica sino que desaparecería del mundo jurídico procediendo la reversión de sus bienes».

competencia gestora de la entidad a un órgano colegiado, por lo común denominado Patronato. Así sucede entre nosotros<sup>75</sup>, gracias a una regulación relativamente detallada que puede verse en paralelo con la que se establece en el Derecho de sociedades de capital a propósito el órgano de administración, dada la similar posición institucional dentro de la respectiva persona jurídica, así como la equivalente asignación de competencias<sup>76</sup>.

Esa consideración paralela representa, sin duda, una circunstancia inevitable, desde luego por el evidente mayor desarrollo del tratamiento de esta cuestión en el ámbito societario<sup>77</sup>, pero también porque, por su común condición de personas jurídicas, han de afrontar las respectivas regulaciones sobre la gestión de la entidad aspectos similares, cuando no idénticos. A ello se viene a añadir el carácter de «operador económico» en el mercado que hemos asignado a las fundaciones, lo que refuerza el paralelismo e incre-

---

<sup>75</sup> Cfr. OREJA CASAS, J. A., «La organización y dirección de las fundaciones», *CIRIEC*, 32 (2018), pp. 305-371. Con perspectiva comparada, ALLI TURRILLAS, J. C., *La fundación, ¿una casa sin dueño? (Gobierno, responsabilidad y control público de fundaciones en Inglaterra, EEUU, Alemania y Francia)*, Madrid, Iustel, 2013. No podemos entrar en los temas de la gestión patrimonial, propiamente dicha, objeto de tratamiento más flexible en la LF, sin perjuicio de la necesaria intervención del Protectorado en determinados supuestos; sobre este importante asunto, véase SANTOS MORÓN, M.<sup>a</sup> J., «El patrimonio de la fundación: régimen de gestión patrimonial (artículos 19 a 22, 28)», en Muñoz Machado, S./Cruz Amorós, M./De Lorenzo García, R. (dirs.), *Comentarios a las leyes de fundaciones y de mecenazgo*, cit., pp. 277-356.

<sup>76</sup> Paralelismo que, sin embargo, no permite excluir el hecho de que en la fundación sea el Patronato, como punto de partida, órgano único, al margen de lo que pueda derivarse en cada caso de la libertad contractual. Distinta es la situación, según es notorio, de las sociedades de capital, donde la «equivalencia posicional» del órgano de administración respecto del Patronato no permite ignorar su necesaria coexistencia con la Junta general de socios, órgano todavía considerado soberano desde diferentes perspectivas, aunque la realidad, sobre todo en el caso de las grandes sociedades cotizadas, muestre una imagen ciertamente distinta. Con todo, los administradores de una sociedad de capital están comprometidos, mediante el deber de lealtad, con el interés social (art. 227, 1.º LSC), que al margen ahora de consideraciones institucionalistas, ha de integrar las aspiraciones de los socios. Los patronos, por su parte, están comprometidos en el ejercicio de su cargo con el fin de la fundación (art. 14, 2.º LF), elemento este, ahora sí, de carácter transpersonal, como consecuencia, precisamente, de que esta persona jurídica ha de perseguir para su válida existencia la satisfacción de un fin de interés general. Esta matización, tan evidente como imprescindible, ha de tenerse en cuenta a la hora de analizar el estatuto jurídico de los patronos y la posición institucional del Patronato, lo que no excluye, claro está, el ya advertido paralelismo con el órgano de administración de las sociedades de capital, intensificado en los últimos años mediante el recurso a la noción de «gobierno corporativo» de la que se hablará en seguida en el texto.

<sup>77</sup> En los últimos años, la bibliografía española sobre los órganos de las sociedades de capital se ha incrementado notablemente, bien referida con carácter genérico a todas las sociedades de tal naturaleza, bien relativa de manera específica a las sociedades cotizadas. Al lado de múltiples obras individuales, de imposible referencia en el presente estudio, abundan las publicaciones colectivas de entre las cuales pueden citarse ahora las siguientes, sobre todo en lo relativo, claro está, al órgano de administración: Roncero A. (coord.), *Junta General y Consejo de administración en las sociedades cotizadas*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, AA. VV., *Estudios sobre los órganos de las sociedades de capital. Liber Amicorum Fernando Rodríguez Artigas y Gaudencio Esteban Velasco*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017, y González Fernández, M.<sup>a</sup> B./Cohen Benchetrit, A. (dirs.), *Derecho de sociedades. Cuestiones sobre órganos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

menta, a la vez, la necesidad de buscar elementos seguros sobre el tema ahora considerado en el sector jurídico más desarrollado, es decir, el Derecho de sociedades de capital.

Además, a diferencia de lo que hemos visto a propósito de la constitución de las fundaciones, como proceso necesariamente limitado en el tiempo con un indudable carácter secuencial, las materias relativas a la gobernanza hacen relación directa con el funcionamiento de la entidad; hablamos, por tal motivo, de actividad o, quizá mejor, de actividades, que habrán de proyectarse sobre un período temporal indeterminado a priori, no sometido a pautas específicas, sino dependiente, más bien, de decisiones diversas y de las circunstancias propias de las relaciones establecidas o que vayan a establecerse con terceros.

De acuerdo con estas consideraciones, se advierte en la regulación del Patronato y de sus miembros en el Derecho español de fundaciones el influjo expreso de la normativa societaria. Pero más importante que este «efecto directo», cabría decir, es la necesidad de recurrir al Derecho de sociedades de capital como elemento de sustentación principal a la hora de dar respuestas a los distintos problemas que la dinámica propia de la gestión y de la gobernanza fundacional plantea cotidianamente. De ahí que, sin perjuicio de matices y de determinadas exclusiones, la doctrina dedicada al Derecho de fundaciones invoque con frecuencia la normativa y dogmática societarias para resolver dudas y problemas relativos a la gestión fundacional, aunque la concreta regulación analizada, en su caso, carezca de vinculación directa con el Derecho de sociedades de capital o sea el resultado de la recepción de alguno de sus preceptos.

Ese influjo, por otra parte, trasciende en el momento presente al estricto régimen jurídico-positivo para proyectarse sobre la noción misma de la gestión fundacional y su articulación interna dentro de la entidad. Ello se debe a la significativa traslación a nuestro ámbito de las modernas ideas sobre el gobierno corporativo, cuyo desarrollo en las sociedades de capital, sobre todo en las cotizadas, es bien conocido. Resultan evidentes, de entrada, las diferencias existentes entre las fundaciones y aquellas sociedades, no sólo desde un punto de vista estrictamente jurídico, sino, sobre todo, como operadores económicos del mercado. Una cosa sería, entonces, como se viene sosteniendo en este capítulo, que se apliquen a las fundaciones normas mercantiles y, más concretamente, las del Derecho de sociedades de capital, así como, según se acaba de decir, que esta disciplina constituya un marco de referencia seguro y continuo para el tratamiento de la gestión fundacional, y otra muy distinta considerar trasladable a dicho ámbito sin mayores matices los contenidos propios del gobierno corporativo previstos para las sociedades cotizadas.

Con todo, y a pesar de que existen razones para, cuando menos, discutir esa traslación, es hoy es frecuente hablar de «gobierno corporativo de las fundaciones» y es verdad que algunos de sus elementos (por ejemplo, la formulación de códigos de conducta para dichas personas jurídicas, de seguimiento voluntario<sup>78</sup>) constituyen ya una nítida realidad en ciertos países y también para determinadas fundaciones<sup>79</sup>. Sin perjuicio, por tanto, de esta circunstancia, cuyo paulatino desarrollo se promueve desde instancias diversas, incluso oficiales, conviene advertir que cuando se habla en nuestros días de «gobierno corporativo de fundaciones» se está aludiendo en la mayoría de los casos, sobre todo en la doctrina, al estudio de la gestión fundacional y, de manera más concreta, al tratamiento del Patronato.

A diferencia del recurso constante a la normativa y dogmática societarias en el Derecho de fundaciones, cuyo objetivo fundamental, además de seguir los mandatos, en su caso, del legislador, es hacer eficazmente operativo dicho sector del ordenamiento, la frecuente alusión al «gobierno corporativo de las fundaciones» parece responder a un deseo de modernización «externa», si vale el calificativo, del mismo. Sin ser, desde luego, una operación de marketing,

---

<sup>78</sup> Entre nosotros, GARCÍA ÁLVAREZ, B., «Los códigos de buen gobierno corporativo en las fundaciones», en Embid Irujo, J. M./Emparanza Sobejano, A. (dirs.), *El gobierno y la gestión de las entidades no lucrativas público-privadas*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 185-2014. Se trataría de textos de *soft law*, a los que se ha hecho referencia antes [cfr. IV, C)], como una parte posible y relevante del presente y, sobre todo, del futuro Derecho de fundaciones.

<sup>79</sup> La bibliografía sobre esta cuestión empieza a ser ya relevante. Dentro del Derecho español, los primeros análisis, sin ignorar el relieve de las fundaciones, se situaban, por lo común, en el terreno genérico de las entidades sin ánimo de lucro [así, entre otros, PERDICES, A., «Hacia unas reglas de gobierno corporativo del sector no lucrativo», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 17, 2008, pp. 141-176, y PAZ-ARES, C., «El buen gobierno de las organizaciones no lucrativas (Reflexiones preliminares)», en Pérez Díaz, V. (dir.), *La filantropía, tendencia y perspectivas. Homenaje a Rodrigo Uría Meruéndano*, Madrid, 2008, pp. 147-158]. Con todo, el paso del tiempo ha permitido consolidar un planteamiento específico para las fundaciones, sin olvidar del todo su inserción en el conjunto de las entidades no lucrativas o las personas jurídicas no mercantiles. En esta línea, que pone de manifiesto la influencia en el tema que nos ocupa de los criterios relevantes sobre gobierno corporativo en el Derecho de sociedades, encontramos numerosas publicaciones en los últimos tiempos, entre las cuales cabe citar a VIÑUELAS, M., «Gobierno corporativo en Asociaciones y Fundaciones», en Hierro Anibarro, S. (dir.), *Gobierno corporativo en sociedades no cotizadas*, Madrid, Marcial Pons, 2014, pp. 145-224, y de la misma autora *Gobierno corporativo en personas jurídicas no mercantiles*, Madrid, Marcial Pons, 2015; también EMBID IRUJO, J. M./EMPARANZA SOBEJANO, A., «Gobierno corporativo y entidades no mercantiles: cooperativas y fundaciones», en Martínez Echevarría y García de Dueñas, A. (dir.), *Gobierno corporativo: la estructura de Gobierno y la Responsabilidad de los Administradores*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, pp. 1047-1049, Martínez Garrido, S. (coord.), *Buen gobierno de las fundaciones*, cit., *passim*, EMPARANZA SOBEJANO, A., «La influencia del Derecho de sociedades en el gobierno corporativo de las fundaciones», en Fernández Torres, I./Arias Varona, F. J./Martínez Rosado, J. (coord.), *Derecho de sociedades y de los mercados financieros. Libro homenaje a Carmen Alonso Ledesma*, Madrid, Iustel, 2018, pp. 215-237. No faltan, también en los últimos tiempos, intentos de asociar el tratamiento del gobierno de las fundaciones con la mejora de su transparencia; así, en la doctrina alemana, WEITMEYER, B., «Impulse der Stiftungsrechtsreform zur Governance und Transparenz von Stiftungen», *ZGR*, 2019, pp. 238-270.

hay algo de aparente en su uso indiscriminado y en la recepción, muchas veces acrítica, de buena parte de sus principales postulados. No se puede ignorar, con todo, que esa recepción del gobierno corporativo en el mundo fundacional tiene un indudable relieve tipológico, en cuanto que responde a necesidades específicas de algunos de sus sectores más característicos y seguramente menos conocidos, como es el de las grandes fundaciones.

Esta referencia a la tipología fundacional pone de manifiesto otra de las vetas del Derecho de fundaciones en nuestros días, como es la elaboración de estatutos jurídicos diferentes en su seno de acuerdo con, entre otros extremos, el tamaño o significación económica particular de las distintas entidades. Se trata de un asunto en parte relacionado con la existencia de fundaciones de régimen especial, materia antes aludida<sup>80</sup>, si bien va más allá de dicho extremo, a fin de integrar otras variables, además de la ahora mencionada, como presupuesto de la diversidad de tratamiento normativo aplicable, en su caso, a las fundaciones. No es posible tratar aquí de este importante tema, cuyo desarrollo, por otra parte, es todavía incipiente, si bien la deseable reforma, por el momento frustrada, de nuestro Derecho de fundaciones habrá de contar necesariamente con él o, cuando menos, ir fijando las pautas para su mejor tratamiento.

### 2.3.2 Breve referencia al régimen jurídico del Patronato y de sus miembros

Una de las materias que ha adquirido mayor desarrollo dentro del vigente Derecho de fundaciones es, como ya se ha advertido, la referida al régimen de la gestión y, de manera más detallada, la que contempla al Patronato como órgano esencial de la persona jurídica fundacional, así como el tratamiento dispensado a sus miembros<sup>81</sup>. El reseñado paralelismo de las cuestiones troncales correspondientes a estas materias con las que son habituales en punto a la gestión y representación de las sociedades de capital nos exime en estos momentos de mayores justificaciones; a la vez, y dado el carácter introductorio de la presente obra, nos limitaremos a señalar algunos aspectos en los que la

---

<sup>80</sup> Véase *supra* IV, B), sin perjuicio de lo que se advierte en los capítulos II, III y IV de este libro sobre la fundación empresaria y la fundación bancaria.

<sup>81</sup> Al respecto, entre otros, SALELLES CLIMENT, J. R./VERDERA SERVER, R., *El Patronato de la Fundación*, Cizur Menor, Aranzadi, 1997, EMBID IRUJO, J. M., «Gobierno de la Fundación (artículos 14 a 18)», en Muñoz Machado, S./Cruz Amorós, M./De Lorenzo García, R. (dirs.), *Comentarios a las Leyes de fundaciones y de mecenazgo*, cit., pp. 227-276, OLAVARRÍA IGLESIA, J./MARIMÓN DURÁ, R., «Artículo 14», en Olavarría Iglesia, J. (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, cit., pp. 355-383, así como las diferentes aportaciones contenidas en De Lorenzo, R./Piñar Mañas, J. L./Peñalosa Esteban, I. (dirs.), *Nuevo Tratado de Fundaciones*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016.

influencia del Derecho de sociedades de capital es, bien más evidente, bien se revela necesaria para hacer operativo el régimen específico del Derecho de fundaciones.

Como es sabido, el Patronato es, por naturaleza, un órgano colegiado al que la LF (art. 14, 1.º) considera titular y responsable de la dirección y la gestión de la entidad fundacional, sin perjuicio, claro está, de las labores propias de su representación<sup>82</sup>. Es el único órgano expresamente regulado en nuestro Derecho, si bien cabe que los estatutos de la fundación contemplen otros, a los que deberán asignar las competencias necesarias para el ejercicio de las funciones que se les encomienden (art. 16, 2.º LF)<sup>83</sup>. En este terreno, regido de manera esencial por la autonomía de la voluntad, surge de nuevo la circunstancia tipológica, en particular referida a las grandes fundaciones, pues no se ve la utilidad que pueda reportar al modelo habitual de fundación vigente entre nosotros la pluralidad orgánica que hace posible el abierto criterio de la LF. Para las fundaciones de pequeña y reducida dimensión (con mucho, las más frecuentes) bastará, seguramente, con el propio Patronato y con los apoderamientos y delegaciones de facultad que, en su caso, puedan resultar convenientes<sup>84</sup>.

No parece dudoso que, para la dinámica del Patronato, para su articulación interna y para las diversas circunstancias derivadas de su carácter de órgano colegiado, resulten de particular utilidad las reglas existentes en nuestro Derecho de sociedades de capital para el consejo de administración<sup>85</sup>. Y tanto para éste como para aquel, ha de traerse también a colación la capacidad autonormativa del órgano, expresamente concretada, por lo que al ámbito societario se refiere, en la elaboración de un reglamento específico para su funciona-

---

<sup>82</sup> Como tal órgano colegiado, adopta sus acuerdos por mayoría, sin perjuicio de que, en caso de empate, se admita el voto de calidad de su presidente, como reconoció ya SAP Madrid (Sección 19.ª), de 11 de octubre de 2012, circunstancia, en todo caso, confirmada por el art. 11 RF.

<sup>83</sup> Contempla un supuesto de pluralidad orgánica SAP Álava (Sección 1.ª), de 19 de julio de 2017.

<sup>84</sup> Sobre estas cuestiones, véase, más extensamente, EMBID IRUJO, J. M., «Gobierno de la Fundación (artículos 14 a 18), cit., pp. 238-244.

<sup>85</sup> Sin perjuicio de que pueda apreciarse una cierta línea jurisprudencial, más intensa en materia de responsabilidad de los patronos, que acentúa las diferencias entre fundación y sociedad, a fin de evitar la aplicación analógica de las normas del Derecho de sociedades de capital. Así se advierte, por ejemplo, a propósito del cese y renovación de los patronos, en SAP Madrid (Sección 12.ª), de 14 de mayo de 2014. En dicho fallo, tras reflexionar sobre el sentido y el alcance de la analogía, se indica que no cabe traer a colación al supuesto de hecho enjuiciado lo dispuesto en el artículo 223, 1.º LSC, pues esta norma «lo que pretende es dotar a los socios de la posibilidad de cesar a los administradores sin necesidad de tener que pasar por el trámite de convocatoria de la junta para evitar que los administradores [...] puedan eludir o dificultar su cese por el simple mecanismo de no incluir el mismo en el orden del día. En la fundación, por el contrario, es el Secretario quien, en principio, convoca las Juntas (*sic*) por orden del Presidente sin que el administrador o patrono puedan, por tanto, interferir en el planteamiento ante el patronato de su propio cese».

miento interno, de carácter obligatorio, como es bien sabido, en el caso de las sociedades cotizadas<sup>86</sup>. Podría decirse, incluso, que esa dimensión autorreguladora adquiere en el caso del Patronato mayor significado por no gozar, en primer lugar, de un tratamiento normativo completo, pero también, en segundo lugar, por la necesidad de que su actividad se articule alrededor del elemento esencial que constituye el fin de la fundación, de cuyo debido cumplimiento es estrictamente responsable.

Más detalles ofrece nuestro Derecho de fundaciones sobre el estatuto jurídico de los patronos<sup>87</sup>, cuya precisa regulación sigue de cerca los pasos correspondientes a los administradores de las sociedades de capital. No parece necesario, por ello, aludir en este momento a todos los elementos de dicho estatuto, si bien resulta necesario destacar la dependencia societaria del tratamiento dispensado a los patronos, desde su designación hasta la determinación de su responsabilidad. Se adivina en determinados preceptos el propósito legislativo de profesionalizar la gestión de las fundaciones o, cuando menos, de dotarle de cierta entidad frente a un pasado todavía, quizá, vivo en algunas fundaciones de configuración tradicional, donde el carácter honorífico del cargo oscurecía y oscurece cualquier otra consideración, desde luego las referidas a la condición de operador económico del mercado de la propia entidad fundacional.

Interesa destacar, por eso, alguna circunstancia que, si bien de manera paulatina –no puede hablarse, por ello, de «revolución» jurídica en la LF–, permite el tránsito del patrono hacia posiciones de mayor profesionalidad. Así se advierte, por ejemplo, en la posibilidad de que no sólo sean reembolsados los patronos de «los gastos debidamente justificados que el cargo les ocasione en el ejercicio de su función» (art. 15, 4.º LF), sino que el propio órgano fundacional «podrá fijar una retribución adecuada a aquellos patronos que presten a la fundación servicios distintos de los que implica el desempeño de las funciones que les corresponden como miembros del Patronato, previa autorización del Protectorado» (art. 15, 4 *in fine* LF).

Esta previsión, que no tendrá lugar si el fundador hubiese dispuesto lo contrario, recuerda, más en el fondo que en la forma, a lo dispuesto en el artículo 220 LSC, que contempla, como es sabido, la prestación de servicios de los administradores en la sociedad de responsabilidad limitada<sup>88</sup>. No se pretende decir con ello que el legislador fundacional haya trazado un paralelismo

---

<sup>86</sup> Cfr. art. 528 LSC.

<sup>87</sup> Por muchos, OLAVARRÍA IGLESIA, J./MARIMÓN DURÁ, R., «Artículo 15», en Olavarría Iglesia, J. (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, cit., pp. 385-412.

<sup>88</sup> Y que trae causa de lo dispuesto, en su día, por el art. 67 LSRL1995.

entre ambas personas jurídicas, ya que, al margen de otras consideraciones, también en la anónima podría darse una situación equivalente, sólo amparada, eso sí, por una hipotética cobertura estatutaria<sup>89</sup>.

Si se quiere buscar un paralelismo más intenso en el terreno retributivo, habrá que recordar que tanto en las fundaciones como en las sociedades de capital el cargo de patrono/administrador se presume gratuito (art. 217 LSC<sup>90</sup> y art. 15, 4.º LF), respectivamente, con la sensible diferencia, no obstante, de que los estatutos sociales podrán revertir este planteamiento legislativo, sin que, a nuestro juicio, quepa algo semejante en las fundaciones. No se ha dado ese paso en la legislación fundacional, pero se ha abierto el portillo para una retribución, si se quiere, indirecta del patrono, correspondiendo a los estatutos y al propio Patronato, claro está, la delimitación precisa del supuesto de hecho, susceptible de otro modo de hacer posible fáciles elusiones a la gratuidad estricta de la que parte LF<sup>91</sup>.

Interesa destacar también una previsión singular en lo que atañe a los requisitos subjetivos establecidos por LF para poder ser designado miembro de un Patronato. Frente a la tradicional exigencia a los candidatos de ser personas físicas, el vigente Derecho de fundaciones abre el camino a las personas jurídicas, sin matización alguna, con el único requisito de que el patrono persona jurídica designe «a la persona o personas físicas que las representen en

---

<sup>89</sup> Aun referido a la situación anterior a la LSC, es de gran utilidad la consulta de SÁNCHEZ GIMENO, S., *La prestación de servicios u obra de los administradores de sociedades de capital*, Madrid, Marcial Pons, 2004.

<sup>90</sup> Aunque no es este el lugar idóneo para adentrarse en cuestiones propias de la retribución, en su caso, de los administradores en las sociedades de capital, quizá convenga señalar que el principio de gratuidad, del que parte el artículo 217 LSC, no parece reproducirse en sede de sociedades cotizadas, de acuerdo con lo que señala el artículo 529 sexdecies LSC. El enunciado de este precepto («carácter necesariamente remunerado del cargo») no deja lugar a dudas, si bien el tenor literal del precepto comienza con el enunciado típico de las normas dispositivas en materia societaria («salvo disposición contraria de los estatutos...»), fórmula tal vez contradictoria no sólo con el enunciado del precepto, sino, sobre todo, con lo que se indica seguidamente en la norma.

<sup>91</sup> A la cuestión planteada en el texto se refiere SAP Zaragoza (Sección 5.ª), de 25 de enero de 2013. De este modo, entre el patrono, que, a la vez, preste servicios a la fundación distintos de los correspondientes a dicha posición jurídica, y la propia fundación se establecerá una relación jurídica doble: la propia de su condición de patrono y la derivada del tipo de servicio u obra que dicho sujeto preste a la fundación. Es importante señalar que, dada la naturaleza jurídica de esta última, no es posible continuar el paralelismo con las sociedades de capital y atribuir a la Junta general la competencia para autorizar, en su caso, la prestación de servicios u obra por parte del patrono. Tal papel se asigna en nuestro Derecho, no obstante, al Protectorado, previa fijación por el Patronato, eso sí, de la «adecuada» retribución. Como he sostenido en otro lugar [cfr. EMBID IRUJO, J. M., «Gobierno de la Fundación (artículos 14 a 18)», cit., p. 258], esa previsión de la LF parece correcta, correspondiendo al Protectorado no sólo el carácter adecuado de la retribución establecida, sino también y sobre todo «que los servicios prestados por el patrono resulten verdaderamente ajenos a sus deberes como miembro del Patronato». En todo caso, la autorización de la que ahora se habla es la que se contempla en el artículo 28 LF al establecer la regla de la autocontratación (en este sentido, OLAVARRIA IGLESIA, J./MARIMÓN DURÁ, R., «Artículo 15», cit., p. 412).

los términos establecidos en los Estatutos» (art. 15, 2 *in fine* LF). Hay aquí, sin duda, un planteamiento idéntico al que conocemos desde antiguo en el Derecho español de sociedades de capital, caracterizado, como es bien sabido, por abrir la posibilidad de administrar una sociedad de dicha naturaleza a cualquier persona jurídica, sin especiales consideraciones<sup>92</sup>. Se requiere, eso sí, la designación de una persona física que lleve a cabo los actos concretos y efectivos derivados de la condición de administrador atribuida a la correspondiente persona jurídica (art. 212 bis LSC).

Llama la atención en este apartado no sólo la recepción en bloque del planteamiento característico del Derecho de sociedades de capital, sino también el hecho de que pueda haber más de una persona que represente al administrador persona jurídica en el seno del Patronato de una fundación. Formulada esta posibilidad, insólita entre nosotros, al menos en el terreno estricto del Derecho positivo, se abren varios interrogantes, siendo el principal, tal vez, el de determinar precisamente la posición de los distintos representantes en el Patronato<sup>93</sup>. Si se tiene en cuenta que patrono sólo lo será la persona jurídica designada a tal efecto (cualquiera sea su naturaleza), la posibilidad de disponer de varios representantes habrá de ser entendida como un medio idóneo para aumentar el protagonismo de aquélla o, cuando menos, para soslayar los inconvenientes de diversa índole que puedan surgir a la hora de concretar su representación en el Patronato. En ningún caso puede traer consigo la emisión de varios votos en las reuniones de dicho órgano en el caso, seguramente de discutible legalidad<sup>94</sup>, de que concurrieran a ellas todos los representantes del administrador.

### 2.3.3 *La responsabilidad de los patronos*

El somero repaso efectuado hasta el momento sobre el estatuto jurídico del Patronato y de los patronos quedaría incompleto sin una alusión, sintética

---

<sup>92</sup> Por muchos, DEL VAL TALENS, P., *El administrador persona jurídica en las sociedades de capital. Organización, estatuto y responsabilidad*, Madrid, Marcial Pons, 2017.

<sup>93</sup> En el bien entendido de que se trata, a nuestro juicio, de auténticos representantes, no de sustitutos o suplentes del inicialmente designado a tal fin. Tiene interés, a este respecto, STSJ Castilla-La Mancha (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1), de 26 de diciembre de 2017.

<sup>94</sup> No es imposible pensar en que se diera por buena la concurrencia de todos los representantes de la persona jurídica patrono a una o varias reuniones del Patronato. A lo sumo se les podría reconocer voz, pero no, como se dice en el texto, voto. Las posibles contradicciones que surgieran de esa plural expresión de la voluntad del administrador, que no otra cosa podría asumir como propia sus distintos representantes, habrían de ser resueltas por la propia persona jurídica patrono y no podrían perjudicar a los restantes patronos ni, mucho menos, a la fundación. Aluden al potencial relieve en este tema de los estatutos de la fundación OLAVARRÍA IGLESIA, J./MARIMÓN DURÁ, R., «Artículo 15», cit., p. 405.

como las anteriores, al aspecto quizá de mayor incidencia en la práctica de las fundaciones dentro de este ámbito de materias, tal y como refleja la Jurisprudencia, no muy abundante, de que disponemos<sup>95</sup>. Se trata de la responsabilidad de los patronos, materia en la que la disciplina legal acusa quizá con mayor intensidad que en otras la incidencia del Derecho de sociedades de capital. Por la notoriedad de ese influjo, aunque la cuestión sea discutible, se aprecia en la doctrina judicial una tendencia, significativa, pero no mayoritaria, a evitar la mezcla del Derecho de fundaciones con la normativa societaria; a tenor de este criterio, la interpretación de los preceptos correspondientes (en esencia, el art. 17 LF) debería seguir caminos propios directamente derivados de la singular naturaleza de la persona jurídica en la que se inserta el concreto supuesto de responsabilidad<sup>96</sup>.

---

<sup>95</sup> Está por hacer, no obstante, un estudio completo de la jurisprudencia sobre responsabilidad de los patronos, más allá del habitual tratamiento dogmático del problema. Como en tantas otras ocasiones cuando se trata del Derecho de fundaciones, con frecuencia surgen los problemas concretos de aplicación normativa, como el que nos ocupa, dentro de un contexto más amplio, en el que se entremezclan cuestiones tributarias y, en general, de Derecho público, con las materias estrictamente privadas. Por otra parte, el tema de la responsabilidad de los patronos suele poner de manifiesto asuntos previos, también relativos a su estatuto jurídico, como es el correspondiente a los deberes que han de desplegar en el ejercicio de su cargo (cfr. SERRANO CHAMORRO, M.<sup>a</sup> E., *El ejercicio del cargo de patrono en las fundaciones*, Cizur Menor, Aranzadi, 2019). Esta materia, según es notorio, no está bien perfilada en la LF, aunque constituye presupuesto fundamental para comprobar si y en qué medida resulta posible exigir la correspondiente responsabilidad civil a los patronos. En este sentido, puede destacarse la SAP Islas Baleares (Sección 5.<sup>a</sup>), de 11 de noviembre de 2013, a propósito de una acción de responsabilidad de los patronos (luego rechazada) cuando afirma que «los patronos deben administrar el patrimonio de la fundación con la debida diligencia por estar afecto a fines de interés general» y contempla una «operación realizada bajo el principio de prudencia valorativa, diversificando riesgos y sin generar pérdidas para la fundación», con terminología cercana, una vez más, a lo que es común en el Derecho de sociedades. Por su parte SAP Valencia (Sección 8.<sup>a</sup>), de 13 de junio de 2013, afirma que del patrono «se espera una conducta activa» y alude a los mecanismos de exoneración de responsabilidad, los cuales, como sabemos, resultan ser idénticos a los previstos en Derecho de sociedades. Son interesantes, a este respecto, las consideraciones de OLAVARRÍA IGLESIA, J./MARIMÓN DURÁ, R., «Artículo 17», en Olavarría Iglesia, J. (coord.), *Comentarios a la Ley de fundaciones*, cit., pp. 423-456, en particular pp. 433-438, que intentan concretar e individualizar el genérico deber fiduciario de los patronos establecido en el artículo 17, 1.º LF, donde parecen entremezclarse el deber de diligencia y el deber de lealtad. Sobre estas cuestiones, igualmente, EMBID IRUJO, J. M., «Obligaciones y responsabilidad de los patronos», *ADF*, 2009, pp. 131-149.

<sup>96</sup> El problema casi siempre parte de la alegación de la analogía para facilitar la aplicación de las normas del Derecho de fundaciones sobre responsabilidad de los patronos. Este criterio suele ser rechazado por la línea jurisprudencial que ahora nos ocupa, caracterizada por negar la existencia de una laguna legal en dicho asunto, al tiempo que abunda en la diferencia de naturaleza jurídica existente entre las fundaciones y las sociedades de capital, por la presencia del ánimo de lucro en éstas y su ausencia en aquéllas. Al respecto, cabe citar algunos fallos, donde, con ligeras variantes, se reproduce este planteamiento; así, por ejemplo, STSJ Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.<sup>a</sup>), de 17 de septiembre de 2009, SAP La Rioja (Sección 1.<sup>a</sup>), de 28 de diciembre de 2011, y SAP Zaragoza (Sección 5.<sup>a</sup>), de 10 de junio de 2013. En esta última, además, se añaden otros argumentos para reforzar el planteamiento indicado como «el carácter gratuito con el que el demandado prestaba sus servicios a la Fundación actora, su falta de preparación técnico-jurídica para la adopción del acuerdo objeto de controversia y la acreditación de que, además de haber actuado correctamente, la tramitación material de las decisiones a ejecutar debería corresponder a la gestoría contratada al efecto». Más recientemente, puede verse, en el

La simple lectura del mencionado precepto pone de relieve la exactitud de lo que se acaba de decir, con el importante matiz, no obstante, de que la inexistencia de cambios normativos en este punto desde la promulgación de la LF ha impedido la incorporación al ámbito fundacional de las distintas reformas experimentadas por la responsabilidad de los administradores en el Derecho de sociedades<sup>97</sup>. En cualquier caso, no parece discutible que nos encontremos ante unas magnitudes equivalentes, desde el punto de vista del fundamento de la regulación, cuando nos enfrentamos a la responsabilidad de los patronos<sup>98</sup>. Se trata, también en este ámbito, de una responsabilidad individual y no colectiva, que, a la vez, es de naturaleza civil y tiene una evidente dimensión orgánica. Por otra parte, ha de afirmarse que, a pesar de ciertos términos, quizá equívocos, existentes en la disciplina legal (tanto societaria como fundacional), nos encontramos ante una responsabilidad subjetiva o por culpa, sin perjuicio de que se haya de considerar más elevado el estándar de diligencia y de lealtad impuesto a los patronos.

En cualquier caso, el tratamiento contenido en el artículo 17 LF dispone de todos los elementos esenciales de la responsabilidad civil de los patronos, en línea con lo advertido a propósito de los gestores de otras personas jurídicas, sobre todo las sociedades mercantiles; en tal sentido, los temas contemplados por la norma van desde la fijación del estándar de diligencia, con la alusión al «representante leal», hasta la legitimación activa para el ejercicio de la acción, pasando por los elementos de imputación, así como por los modos posibles de exoneración. Y contiene, por último, una referencia expresa al carácter solidario de la responsabilidad de los patronos frente a la fundación, lo

---

mismo sentido, la STSJ Castilla-La Mancha (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.<sup>a</sup>), de 16 de febrero de 2017, a propósito de la omisión en la LF de una acción de responsabilidad de los acreedores contra los patronos.

<sup>97</sup> Debidas últimamente, como es sabido, a la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, para la mejora del gobierno corporativo. Al respecto, GRIMALDOS GARCÍA, M.<sup>a</sup> I., «Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad. Solidaridad: artículos 236 y 237. Otras acciones por infracción del deber de lealtad: artículos 227.2 y 232», en Hernando Cebría, L. (coord.), *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, Barcelona, Bosch, 2015, pp. 307-364, SALDAÑA VILLOLLO, B., «Nuevos problemas de la responsabilidad de los administradores: la acción social y la responsabilidad por deudas tras la Ley 31/2014», en Embid Irujo, J. M./Nieto Carol, U. (dirs.), *Estudios de Derecho de sociedades. Colegio Notarial de Valencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 125-166, así como, muy recientemente, los numerosos estudios sobre la materia contenidos en González Fernández, M.<sup>a</sup> B./Cohen Benchetrit, A. (dirs.), *Derecho de sociedades. Cuestiones sobre órganos sociales*, cit., pp. 951-1213.

<sup>98</sup> Y, de hecho, algún fallo pone de manifiesto la cercanía entre el Derecho de fundaciones y el Derecho de sociedades de capital al respecto; es el caso, por ejemplo, de la SAP Castellón (Sección 3.<sup>a</sup>), de 19 de abril de 2016, en la que se destaca la analogía entre la acción ejercida sobre la base del artículo 17, 2.º LF y la acción social de responsabilidad en el ámbito mercantil.

que mejora, sin duda, la posición de esta última a la hora de hacer efectiva la indemnización por los daños y perjuicios causados<sup>99</sup>.

En cualquier caso, lo más característico de ese tratamiento regulador, al menos desde la perspectiva propia del presente libro, es, como ya se ha advertido, la cercanía de sus diversos epígrafes con los que, en su momento, distinguían a la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital. Esa cercanía llega en algunos ámbitos, como el relativo a los mecanismos de exoneración de la responsabilidad por parte de los patronos, a la estricta igualdad de formulación normativa, incluso en el momento presente, en relación con idéntica situación de los administradores sociales.

Naturalmente, no faltan en el tratamiento del tema que nos ocupa algunas singularidades, derivadas de la específica naturaleza que corresponde a la persona jurídica fundacional. Así se advierte, de manera evidente, a propósito de la legitimación activa para interponer la acción de responsabilidad contra los patronos. De un lado, se considera legitimado a tal efecto al propio Patronato, seguramente para suplir la posible inacción derivada de la ausencia de socios y minorías en la fundación; y lo mismo sucede con el Protectorado, manifestándose, así, el relieve de la supervisión pública para el correcto funcionamiento de la entidad<sup>100</sup>. De otro, no hay referencia alguna, en este mismo ámbito, a la legitimación de los acreedores (y terceros, en general), omisión que no ha impedido a la doctrina admitirla cuando los patronos hubieran causado daño con su actuación y siempre que concurriera en el ejerciente un interés legítimo<sup>101</sup>.

De todo lo expuesto, puede deducirse el intento del legislador de situar la regulación de la responsabilidad de los patronos a un nivel correspondiente al carácter de la fundación como operador económico en el mercado. También aquí se aprecia una notoria intención de profesionalizar la gestión de las fundaciones, gracias al establecimiento de un estándar de diligencia que, aun incompleto, muestra claros elementos de exigencia y formación por parte de los patronos. Es verdad, y así podría pensarse, que en numerosas ocasiones no se corresponde la realidad de numerosas fundaciones, generalmente las de menor entidad patrimo-

---

<sup>99</sup> El carácter solidario de la responsabilidad de los patronos es una importante novedad de la LF frente a la disciplina establecida al efecto por la Ley 30/1994 (art. 15, 2.º), carente de toda referencia a la cuestión, lo que mereció la crítica doctrinal (cfr. SALELLES CLIMENT, J. R./VERDERA SERVER, R., *El Patronato de la Fundación*, cit., pp. 208-209).

<sup>100</sup> Véase, por ejemplo, STSJ Castilla-La Mancha (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), de 19 de diciembre de 2016; en la doctrina, PÉREZ ESCOLAR, M., «El protectorado de las fundaciones: hacia una renovación de sus facultades de actuación», *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2140 (2012), pp 1-28.

<sup>101</sup> Cfr. EMBID IRUJO, J. M., «Obligaciones y responsabilidad de los patronos», cit., p. 145, con la bibliografía allí mencionada, sin perjuicio de la oposición a tal criterio de buena parte de la Jurisprudencia, como se deduce de las sentencias mencionadas *supra* nota 95.

nial, con el tratamiento contenido en la LF a propósito de la responsabilidad de los patronos. Hay aquí, en principio, un tema interesante para la reflexión que pone sobre el tapete, una vez más, la diversidad tipológica también relevante en estas personas jurídicas y la conveniencia, en su caso, de adecuar su concreto tratamiento normativo a las circunstancias que les son propias.

A pesar de ello, de acuerdo con la experiencia existente desde la entrada en vigor de la LF, parece posible sostener que el sistema de responsabilidad de los patronos contenido en la LF no implica un exagerado rigor para sus destinatarios. La necesidad de mejorar el modo de gestión de las fundaciones y el papel central del Patronato en la vida de estas personas jurídicas son, entre otros, los hechos que apuntan hacia la necesidad de una mayor diligencia de los patronos en el ejercicio de sus funciones, presupuesto necesario de la exigencia de responsabilidad cuando, en el ejercicio de sus funciones, hayan causado daño a la entidad <sup>102</sup>.

## VII. CONSIDERACIONES FINALES

El presente capítulo se ha dedicado a exponer sintéticamente el significado actual de las fundaciones como operadores económicos en el mercado, con independencia de que puedan ejercer, de manera directa o indirecta, auténticas actividades empresariales. Esta circunstancia, cuya evidencia empieza a resultar palmaria desde muy diferentes perspectivas, reclama de manera imprescindible una adecuada respuesta normativa que empezó a formularse en el Derecho español gracias a la Ley 30/1994 y que se consolida en la vigente LF. De este modo, y sin perder el carácter unitario del tratamiento legislativo, la fundación es contemplada por el legislador desde su carácter de auténtica organización, carente, eso sí, de ánimo de lucro y volcada, por tal motivo, al cumplimiento de fines de interés general.

La reseñada caracterización institucional ha ido acompañada en el ordenamiento jurídico español de una notoria importación de normas provenientes del Derecho mercantil y, de manera más específica, del Derecho de sociedades. La razón de esta aparente paradoja, como se ha expuesto, reside precisamente en la dimensión organizativa de nuestra figura y de su condición de operador económico en el mercado. Son extremos que permiten superar la tradicional antinomia entre fundaciones y sociedades mercantiles derivadas de la presencia y ausencia del ánimo de lucro, respectivamente, en éstas y aquéllas. Es hoy doctrina conso-

---

<sup>102</sup> EMBID IRUJO, J. M., «Obligaciones y responsabilidad de los patronos», cit., p. 149.

lidada la afirmación de que el ánimo de lucro carece de relieve tipificador en el Derecho de sociedades, en cuyo ámbito se predisponen estructuras y técnicas al servicio de la actividad desarrollada en el mercado por tales personas jurídicas susceptibles de ser exportadas más allá de sus fronteras, incorporándose, matizada y parcialmente, al régimen jurídico de las fundaciones.

Y sin perjuicio de posibles retrocesos, como parecía apuntarse en el frustrado Anteproyecto de Ley de Fundaciones de 2014, es hoy también una realidad, aunque de menor alcance, la asunción por el Derecho de sociedades de un compromiso a favor del interés general, merced a la progresiva tipificación en varios ordenamientos de las llamadas sociedades benéficas. Puede verse en ello el influjo, si bien incipiente, de ideas propias de la política jurídica en materia de fundaciones en el recinto, tradicionalmente autosuficiente, del Derecho de sociedades mercantiles

En el marco de la más notoria influencia del Derecho de sociedades en la ordenación normativa de las fundaciones, es necesario decir que se trata de un fenómeno de alcance general; dicho fenómeno afecta, en tal sentido, a todas las fundaciones, con independencia de que lleven a cabo actividades empresariales en el mercado. Y se extiende con distinta incidencia a lo largo del entero *iter* de desarrollo de la persona jurídica fundacional, sobre todo en la fase constitutiva y, con especial, relieve, en su vertiente orgánica, a propósito del Patronato y del estatuto jurídico de sus miembros. En ocasiones, por lo demás, esa afectación no se deduce de una expresa previsión normativa, como sucede, entre otros ámbitos, en lo relativo al sector de las modificaciones estructurales, por haber sido tipificadas y, sobre todo, detalladamente reguladas estas relevantes alteraciones de la persona jurídica, una vez más, en el ámbito específico del Derecho de sociedades mercantiles.

Queda por ver, no obstante, la evolución de esta circunstancia, a la vista, entre otras cosas, del distinto ritmo de renovación normativa que experimentan el Derecho de sociedades, por un lado, y el Derecho de fundaciones, por otro. Como es bien sabido, y a pesar de alteraciones y discontinuidades notorias, se observa una cierta «petrificación» en el tratamiento normativo de las personas jurídicas fundacionales, inalterado sustancialmente desde la entrada en vigor de la LF, frente al mayor y más versátil dinamismo de la regulación societaria, como consecuencia, entre otros extremos, de la relevante influencia del Derecho de la Unión europea.

## CAPÍTULO II

### **LOS SUPUESTOS DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DE LAS FUNDACIONES (1): CUESTIONES GENERALES Y DELIMITACIÓN DE LA FUNDACIÓN-EMPRESA**

#### I. INTRODUCCIÓN: EL CARÁCTER PROBLEMÁTICO DEL VÍNCULO ENTRE FUNDACIÓN Y EMPRESA

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, al hilo de los importantes cambios experimentados por nuestra figura a los que se ha hecho alusión en el capítulo anterior y que han repercutido significativamente en su tratamiento normativo. Entre ellos se encuentra, como también se ha advertido, el hecho de concebir a las fundaciones como operadores del mercado, lo que, sin implicar de manera necesaria el ejercicio de auténticas actividades empresariales, ha servido para hacer más natural la relación de la persona jurídica fundacional con el mercado y la realidad económica. Ahondando en la perspectiva adoptada en este libro, el presente capítulo, y también el siguiente, tratarán de la fundación que ejerza, directa o indirectamente, actividades empresariales, a la que denominaremos «fundación empresarial», con el propósito de analizar su encaje en nuestro Derecho, así como las modalidades institucionales disponibles al efecto.

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 no resulta 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, como es bien sabido, 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 <sup>103</sup>, es lo cierto que la actividad de empresa viene circundada por un 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 vinculadas con la necesidad, para esta última, de cumplir con el fin que motiva su razón de ser y justifica la atribución de personalidad jurídica <sup>104</sup>; 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 casi 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.

En tal sentido, ya la ley 30/1994 dio un gran paso en tal sentido, que ha sido confirmado por la LF cuya disciplina normativa al respecto, ciertamente insuficiente, constituye una aportación de la máxima importancia <sup>105</sup>. Y es que

---

<sup>103</sup> De los que se ha intentado dar cuenta *supra* capítulo primero.

<sup>104</sup> Al respecto, véanse las interesantes consideraciones de FERRER I RIBA, J. «Les finalitats fundacionals: la seva naturalesa, compliment i modificació», en AA. VV., *Les persones jurídiques en Dret Civil de Catalunya: Associacions y Fundacions*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, pp. 129-177.

<sup>105</sup> Dichas normas han de ser completadas con lo dispuesto en el Reglamento de fundaciones de competencia estatal (RF), 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).

la postura afirmativa del legislador español otorga plena legitimidad jurídica a la figura en estudio<sup>106</sup>, lo que permite, de un lado, privar de fundamento a las objeciones que se le pudieran formular, y, de otro, ofrecer un sustento básico a su desarrollo en la práctica. Quedan, no obstante, muchas cuestiones pendientes a la hora de perfilar el estatuto jurídico de la fundación empresaria, tarea a la que, por otra parte, se ha dedicado una cierta atención desde la doctrina española<sup>107</sup>, de más reducido alcance, sin embargo, en lo que atañe a la Jurisprudencia<sup>108</sup>.

En el presente capítulo, dentro del cual se intenta avanzar en la configuración jurídica general de la fundación empresaria, se pondrán de manifiesto sus principales rasgos distintivos, con referencia directa a su tratamiento en el Derecho español, el cual, no obstante el tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la LF, sigue constituyendo un ejemplo aislado dentro del Derecho

---

<sup>106</sup> 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, CIDONCHA, A., *La libertad de empresa*, Madrid, Thomson-Civitas, 2006, p. 224). No opina lo mismo LA CASA GARCÍA, R. «La fundación-empresa», en Olivencia, M./Fernández Nóvoa, C./Jiménez De Parga, R., (dirs.), *Tratado de Derecho Mercantil*, XVII, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 77-80.

<sup>107</sup> 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, LA CASA GARCÍA, C., «La fundación-empresa», cit., *passim*, PÉREZ ESCOLAR, M., *La actividad económica de las fundaciones. Tensiones legislativas e interés general*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2008, EMBID IRUJO, J. M., «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*, 91 (2007), pp. 29-73; más sintéticamente, SOTILLO MARTÍ, A. «Artículo 24», en Olavarría Iglesia, J., (coord.), *Comentarios a la Ley de fundaciones*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 638-661. A pesar de haberse escrito en una situación, tanto legislativa como doctrinal, muy diferente a la de nuestros días, sigue siendo básica la monografía de VALERO AGÜNDEZ, U., *La fundación como forma de empresa*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1969.

<sup>108</sup> El reducido número de pronunciamientos jurisprudenciales sobre la fundación empresaria permite confirmar, como no podía ser de otro modo, su legitimidad, si bien, según se ha señalado en el texto, es escasa la aportación de los tribunales a la hora de fijar de manera concreta, los parámetros a los que habrá de ajustarse la vertiente jurídica de la figura. Cabe mencionar, entre otros, los siguientes fallos: STS de 5 de abril de 2000 (RJ 2000/4015), 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 se mueve STS de 9 de julio de 2002 (RJ 2002/7989). Por su parte, SAN (sala de lo contencioso-administrativo, sección 7.ª) de 22 de octubre de 2007, advierte 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». De interés es, asimismo, la resolución del Centro directivo de 26 de diciembre de 1996; sobre ella MARÍN LÓPEZ, J. J., «Fundación, sociedad mercantil y actividad empresarial (Algunas consideraciones al hilo de la RDGRN de 26 de noviembre de 1996)», *RdS*, 10 (1998), pp. 318-340.

comparado de fundaciones<sup>109</sup>. Como es evidente, nos encontramos ante una compleja realidad<sup>110</sup> 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, desde luego, la búsqueda y el establecimiento de una adecuada composición de intereses, del mismo modo que acontece a propósito de la actuación en el mercado de los operadores económicos de naturaleza estrictamente mercantil. Pero, al mismo tiempo se habrá de prestar especial atención a la vigencia de las circunstancias específicas del Derecho de fundaciones, uno de cuyos elementos, como es la satisfacción del fin fundacional (de interés general en el Derecho español, como es bien sabido) resultará determinante para orientar esa nada fácil labor reconstructiva y ordenadora<sup>111</sup>.

---

<sup>109</sup> En el proyecto de reglamento relativo al estatuto de la fundación europea, y dentro de su parte jurídico-privada, el artículo 6 reconocía explícitamente el ejercicio indirecto de actividades empresariales por la fundación europea, mediante su participación, incluso de control, en sociedades, sin admitir, en tal sentido, el ejercicio directo de actividades empresariales por la fundación de modo permanente. Sobre todo ello, véanse las tempranas indicaciones de VON HIPPEL, T./HABERSACK, M./HANSEN, F., «Art. 6, 2», en K. Hopt, K. /Walz, R./Von Hippel, T./Then, V., (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 en aquel momento. Más recientemente, puede verse la completa aportación de JUNG, S., en Krebs, P./Jung, S./Stiegler, S. (eds.), *Gesellschaftsrecht in Europa*, cit.

<sup>110</sup> 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 ya clásico trabajo de HANSMANN, H., «The Role of Nonprofit Enterprise», *Yale Law Journal*, 89 (1980), pp. 835-901, que, aun refiriéndose, en general, a entidades asociativas y no propiamente a fundaciones, tiene interés a los efectos del presente estudio.

<sup>111</sup> En el presente capítulo, como sucede a lo largo del libro en su conjunto, sólo aludiremos a 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, PÉREZ ESCOLAR, M. (*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, LA CASA GARCÍA, R. (*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 condición de empresario. Para contribuir a la solución del debate, resultaría de utilidad traer a colación lo establecido en el tema que nos ocupa a propósito de

## II. FIGURAS PARA EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD DE EMPRESA POR LAS FUNDACIONES Y PLANTEAMIENTO DE POLÍTICA LEGISLATIVA PARA SU REGULACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL

### 1. Consideraciones introductorias

#### 1.1 LOS DOS PRINCIPALES SUPUESTOS

Aun sin recibir, por regla general, una tipificación precisa en los diversos ordenamientos jurídicos, la doctrina y la práctica han perfilado, como sabemos, las características básicas de la fundación empresarial 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 no goza de una fórmula calificadora inequívoca, por lo que recurriremos, como en otros trabajos, a la expresión «fundación con empresa»<sup>112</sup>.

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 dos distintos elementos: el primero, que cabría considerar de preferente naturaleza instrumental, alude a la inmediatez o no de la actividad de empresa a la persona jurídica que es la fundación; el segundo, de mayor trascendencia institucional, se refiere a la mayor o menor cercanía de la actividad de empresa al fin propio de la fundación, de modo que exista entre aquélla y éste un vínculo estrecho (de comunidad, cabría decir), susceptible de propiciar una suerte de integración de la actividad en el fin, o

---

otras entidades sin fin de lucro, como son las asociaciones, que, no obstante la competencia de las Comunidades Autónomas, ha sido objeto de tratamiento exclusivo por el legislador estatal. Al respecto, véase MARÍN LÓPEZ, J. J., «El patrimonio de las asociaciones», en Garrido Melero, M./Fugardo Estivill, J. M.<sup>a</sup>, (coord.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, I, Barcelona, José María Bosch Editor, 2005, p. 838, según el cual 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. Véase asimismo LA CASA GARCÍA, R., *op. cit.*, pp. 86-87.

<sup>112</sup> Críticamente sobre esta denominación, LA CASA GARCÍA, R., «La fundación-empresa», *cit.*, pp. 130-132. Remitimos al lector a la relación bibliográfica del presente libro en el que se enumeran distintos trabajos de quien suscribe relativos al Derecho de fundaciones donde figura como elemento distintivo la expresión recogida en el texto.

que, al contrario, ambas magnitudes se revelen como autónomas, sin conexión de ningún género entre ellas.

A pesar de la aparente claridad conceptual que cabe deducir de la terminología empleada y de los elementos que la explican, cabe apreciar en todo ello, no obstante, un cierto equívoco: en el supuesto de la fundación-empresa parecería razonable entender, por lo que el mismo evoca, que existe una mayor cercanía de la empresa respecto de la fundación, una mayor integración en su razón de ser y en su estructura organizativa; por lo que se refiere a la fundación con empresa, en cambio, la separación jurídica entre la entidad fundacional y la empresa, también por razón de su naturaleza, implicaría el alejamiento, e, incluso, la incomunicación, de sus dos elementos característicos. 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 dotacional es reconocida sin duda por la doctrina, aunque nuestro Derecho 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 efectivamente titular jurídico de la empresa o, lo que es lo mismo, merece el calificativo de empresario, aunque, sobre todo en el caso de la fundación con empresa, más en un sentido funcional que institucional<sup>113</sup>. 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.

En todo caso, a lo largo de este capítulo (y también en otros apartados del presente libro), utilizaremos la fórmula «fundación empresarial» para comprender, desde una perspectiva general, el fenómeno del ejercicio de las activi-

---

<sup>113</sup> Hemos de dar por supuesto el conocimiento de las cuestiones fundamentales relativas al estatuto jurídico del empresario, buena parte de cuyos extremos son pertinentes en el contexto de la fundación empresarial. De ello es resultado, en buena medida, el presente capítulo, si bien, como el lector deducirá fácilmente, la figura en estudio, por razón de su singularidad institucional, plantea algunos matices significativos a la reflexión general sobre el estatuto del empresario inserta, como es bien sabido, en el ámbito del Derecho mercantil. Otros matices, a veces no demasiado diferentes, pueden plantearse igualmente por la atribución del calificativo de empresario a distintas entidades ajenas a la tradición histórica del Derecho mercantil, como pueden ser, en su caso, las asociaciones y otros sujetos propios de la Economía social o, con mayor intensidad, las entidades de Derecho público titulares de actividades empresariales. Aunque la doctrina es consciente de la heterogeneidad de figuras susceptibles de merecer el calificativo de empresario, no es mucho lo que se ha hecho hasta el momento para conseguir un tratamiento amplio y suficientemente comprensivo del tema, por lo que sería muy positivo avanzar en esa orientación.

dades empresariales por fundaciones. Esta suerte de «supraconcepto» es susceptible de albergar tanto a la fundación-empresa como a la fundación con empresa, sin perjuicio de que bajo su manto puedan cobijarse otras modalidades institucionales que puedan llegar a configurarse en la práctica, con arreglo a la evolución que se dé dentro del tema en estudio.

De acuerdo con lo que se acaba de exponer, no puede calificarse de fundación empresaria, y ha de quedar 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. Dicho supuesto se corresponde plenamente con la persona jurídica fundacional, tal y como la describe el Derecho vigente, sin llegar a constituir, por ello, una modalidad singular dentro de dicha categoría. Por otra parte, el hecho de la participación en el capital de alguna o varias sociedades no permite considerar a la fundación titular de la misma como una subespecie de la fundación con empresa, a la cual, según resulta es sabido, resulta inherente una circunstancia semejante; la diferencia radica, como es notorio, en que la titularidad de un paquete mayor o menor de acciones o participaciones sociales no permite hablar, en el primer caso, de que, a su través, se ejerza una actividad empresarial en el mercado, aunque sea de manera indirecta, lo que constituye, a la inversa, el elemento distintivo y constitutivo de la fundación con empresa<sup>114</sup>.

## 1.2 LA RELATIVIDAD DE LA DISTINCIÓN

La nítida separación entre los dos supuestos principales de fundación empresaria (una suerte de *summa divisio* cuando se analiza jurídicamente el ejerci-

---

<sup>114</sup> 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, sin perjuicio, por otra parte, de que pueda ser considerada como un auténtico operador del mercado. 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, EMBID IRUJO, J. M., «Derecho, mercado y responsabilidad social corporativa», *PEE*, 108 (2006), pp. 63-72, así como EMBID IRUJO, J. M./DEL VAL TALENS, *La responsabilidad social corporativa y el Derecho de sociedades de capital: entre la regulación legislativa y el soft law*, Madrid, Agencia Boletín Oficial del Estado, 2016), 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. SCHLÜTER, A., *Stiftungsrecht zwischen Privatautonomie und Gemeinwohlbindung. Ein Rechtsvergleich Deutschland, Frankreich, Italien, England und USA*, München, Beck, 2004, pp. 103-105 y bibliografía allí citada; entre nosotros, PEDREIRA MENÉNDEZ, J., *Las actividades empresariales de las fundaciones y su tributación*, Valladolid, Lex Nova, 1999, pp. 288 y ss.).

cio de actividades empresariales por las fundaciones) que se ha intentado formular en el epígrafe anterior no ha de tomarse de manera absoluta; es más, como toda formulación derivada de una aproximación esencialmente conceptual al estudio de cualquier asunto, ha de contemplarse con una cierta dosis de relatividad. Es cierto que ambas modalidades (es decir, la fundación-empresa y la fundación con empresa) se encuentran bien acreditadas tanto en la realidad práctica como en las aportaciones doctrinales dedicadas a su estudio, no así, por desgracia, en el Derecho positivo, a salvo de alguna regulación significativa de los últimos años <sup>115</sup>. Pero la exactitud de su delimitación no debe llevarse hasta el extremo, trazando una línea estricta de separación entre las dos que las convierta en categorías del todo independientes y, lo que es peor, incomunicadas e incomunicables.

En tal sentido, 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 expresada) pueda, a su vez, participar en el capital de una o varias sociedades mercantiles, incluso de forma mayoritaria. Dicha entidad asumiría, de este modo, un protagonismo indirecto en el ejercicio de otra u otras actividades empresariales, lo que podría conducir, quizá con paradoja, a su calificación como fundación con empresa <sup>116</sup>, así como a su conversión en la entidad cabecera de un grupo de sociedades.

Por lo demás, que las actividades empresariales «añadidas», en su caso, a la ejercida directamente como fundación-empresa estén o no relacionadas con esta última, es, si se nos apura, una cuestión de orden secundario; más bien, la posible identidad, conexión o indiferencia entre ellas dependerá en exclusiva de los objetivos de la fundación, cuyo papel, en este supuesto, se aproximará, como ya se ha insinuado 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, en obsequio a algunos ejemplos, ciertamente no muy numerosos, aunque relevantes en el terreno empresarial, de dicha figura. Con todo, su relieve en la actual realidad práctica de las actividades empresariales llevadas a cabo por las fundaciones no parece demasiado significativo, sin perjuicio de que siga constituyendo el «núcleo originario» de la funda-

---

<sup>115</sup> Nos referimos al conocido caso de la fundación bancaria, que, en cuanto tal, ha de adscribirse sin género de duda a la categoría de la fundación con empresa; al respecto, véase *infra* capítulo cuarto.

<sup>116</sup> En esta línea, LA CASA GARCÍA, R., «La fundación-empresa», cit., p. 132.

ción empresarial. Por lo demás, y como ya se ha advertido, la fundación-empresa queda delimitada por el hecho de ser titular directa e inmediata de la actividad empresarial ejercida, asumiendo, desde el punto de vista del Derecho, y en ese mismo modo, 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 empresa<sup>117</sup>. 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 Rathenau<sup>118</sup>, 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-empresa<sup>119</sup>.

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

<sup>117</sup> En este sentido, GONDRA, J. M.<sup>a</sup>, «La estructura jurídica de la empresa (el fenómeno de la empresa desde la perspectiva de la teoría general del Derecho)», *RDM*, 228 (1998), pp. 493-592, especialmente 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 los supuestos, ciertamente diversos, de las empresas públicas y las grandes sociedades anónimas.

<sup>118</sup> Aunque, como es bien sabido, no fue Rathenau quien enunciara tan conocida fórmula, que ha dado lugar, por otra parte, a una ingente bibliografía donde se intenta valorar el relieve que el pensamiento de dicho autor ha tenido en la evolución de la actividad empresarial, así como en el surgimiento y consolidación de formas objetivadas o despersonalizadas para su ejercicio. Al respecto, entre otros muchos, LAUX, F., *Die Lehre vom Unternehmen an sich. Walther Rathenau und die aktienrechtliche Diskussion in der Weimarer Republik*, Berlin, Duncker und Humblot, 1998, y RIECHERS, A., *Das «Unternehmen an sich»*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1996. Recientemente, sobre Rathenau, la teoría de la «empresa en sí» y el moderno fenómeno de la responsabilidad social corporativa, FLEISCHER, H., «Walther Rathenau: Vom Aktienwesen - Eine geschäftliche Betrachtung (1917)», *JZ*, 72 (2017), pp. 991-994.

<sup>119</sup> Así, expresamente, VALERO AGÚNDEZ, U., *La fundación como forma de empresa*, cit., pp. 134-136. Como ha señalado dicho autor (*op. 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».

de una práctica equiparación entre la empresa puramente privada, orientada a la obtención del beneficio, y la empresa fundacional<sup>120</sup>.

Por otra parte, 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 mismo<sup>121</sup>. Ello supone, obligadamente, la coincidencia plena entre forma jurídica y organización interna y, a su vez, trae consigo 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 subsistencia<sup>122</sup>.

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*<sup>123</sup>. Y, por otra parte, no debe

<sup>120</sup> En este sentido, VALERO AGÚNDEZ, U., *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 admitiéndola merced a la configuración de la actividad de empresa con carácter puramente dotacional (así, por ejemplo, REUTER, D., «Rechtsprobleme Unternehmensbezogener Stiftungen», *DWiR*, 1991, pp. 192-198, especialmente p. 196).

<sup>121</sup> Con detalle, VALERO AGÚNDEZ, U., *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 PÉREZ ESCOLAR, M., *La actividad económica de las fundaciones. Tensiones legislativas e interés general*, cit., pp. 87 y ss.

<sup>122</sup> En este sentido, VALERO AGÚNDEZ, U., *La fundación como forma de empresa*, cit., p. 141.

<sup>123</sup> Aunque la distinción esbozada en el texto goza de un considerable refrendo doctrinal (véase, por muchos, y a propósito de las antiguas Cajas de Ahorros, ARAGÓN REYES, R./GARCÍA VILLAVERDE, R./SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *El régimen jurídico de las Cajas de Ahorros*, Madrid, 1991, 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, tal y como se desarrolló hasta la Gran Recesión, 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, GARCÍA VILLAVERDE, R., voz «Caja de Ahorros (Derecho Mercantil)», *Enciclopedia Jurídica Básica*, I, Madrid, Civitas, 1995, p. 869, y CASARES MARCOS, A., «La naturaleza fundacional de las Cajas de Ahorros y la emisión de cuotas participativas», *RAP*, 166 (2005), pp. 51-97; del mismo modo, sobre la naturaleza fundacional de las Cajas de Ahorros, LA CASA GARCÍA, R., «La fundación-empresa», pp. 253 y ss. El cambio legislativo que ha supuesto la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias [sobre la misma, Emparanza Sobejano, A. (dir.), *Comentarios a la ley de cajas de ahorros y fundaciones bancarias*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015] no ha traído consigo su desaparición ni ha alterado, en su nueva configuración normativa, su tradicional naturaleza jurídica de fundación. A pesar de ello, la situación actual es completamente diversa y aun cabría decir antagónica a la existente con anterioridad a la crisis económica, época que registró el mayor relieve económico-empresarial de esta específica figura fundacional; es más, cabría decir que, a salvo de dos entidades «supervivientes», de escasa trascendencia económica, las cajas de ahorros han dejado de existir como sujetos del mercado financiero en España, sin perjuicio, claro está, de que puedan llegar a serlo en el futuro, siempre que se constituyan

llevarse al extremo la separación entre ambas modalidades de fundación-empresa, ya que en los supuestos conocidos de la práctica se aprecia una cierta mixtura entre sus características<sup>124</sup>, lo que obliga a concluir que la delimitación recién expuesta nos sitúa, más bien, ante tipos ideales que ante 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 modelo<sup>125</sup> 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 mercantiles<sup>126</sup>; 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 rendimiento monetario relevante.

---

nuevas entidades, como punto de partida, que, eso sí, estarán desprovistas, por la restrictiva regulación vigente, del poder de mercado del que disfrutaron antaño. Carece de sentido, por ello, aludir a dicha figura en el momento presente dentro del debate sobre la fundación empresarial, aunque, como es bien sabido, fue sumamente intensa su presencia a tal efecto en épocas pasadas en el marco, por otra parte, de una discusión doctrinal no siempre bien orientada en lo relativo a la naturaleza de la institución.

<sup>124</sup> Así, por muchos, VALERO AGÚNDEZ, U., *La fundación como forma de empresa*, cit., p. 124.

<sup>125</sup> Al respecto, PEDREIRA MENÉNDEZ, J., *Las actividades empresariales*, cit., pp. 288 y ss; críticamente sobre esta denominación, PÉREZ ESCOLAR, M., *La actividad económica de las fundaciones. Tensiones legislativas e interés general*, cit., pp. 43-44.

<sup>126</sup> 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, LA CASA GARCÍA, R., «La fundación-empresa», cit., pp. 203-210. No sería el caso, en cambio, de la fundación bancaria, que sólo puede participar, a tenor de lo establecido en el artículo 32 de la Ley 26/2013, en una «entidad de crédito», si bien, por otra parte, la realidad del tráfico nos muestra que dicha participación se concreta en sociedades anónimas bancarias. Sobre estas cuestiones, véase *infra* capítulo cuarto.

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, con un sentido, como ya se ha advertido, 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 distintos supuestos posibles de fundaciones que llevan a cabo actividades empresariales, cabe tener en cuenta, ciertamente, muy diversas opciones de política legislativa. En el presente capítulo 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<sup>127</sup>, 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.

Al margen de lo que signifique este criterio de política jurídica como expresión de una opción particular del legislador español, conviene 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 la debida atención doctrinal, tal vez por haberse asumido, de manera acrítica, la decisión del legislador de situar dicho régimen, tanto en la LF 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, según se ha advertido ya, la calificación de empresarios<sup>128</sup>, hubiera podido

---

<sup>127</sup> Véase *infra* III, 2, 2.2.

<sup>128</sup> Al respecto, LA CASA GARCÍA, R., «La fundación-empresa», pp. 159 y ss., quien, no obstante, considera ajena a este calificativo a la «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 específico del ejercicio indirecto de actividades empresariales por las fundaciones, no resulta tan convincente cuando se restringe dicha situación a los casos en que las fundaciones tengan poder de decisión sobre el funcionamiento y actividad concretos

concretarse alguna vertiente de su régimen jurídico en el específico sector del Derecho mercantil. A favor de este planteamiento, carente, en la actualidad —como es obvio—, tanto de relieve legislativo, como 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 empresa <sup>129</sup>.

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 LF, a pesar de las innegables diferencias que, por su condición de personas jurídicas, cabe apreciar entre fundación y sociedad. 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 mercado <sup>130</sup>.

A pesar de la no escasa consistencia de estos argumentos, la opción favorable al tratamiento (aunque sea sumamente escaso) del tema que nos ocupa en el ámbito de la legislación de fundaciones se ha consolidado entre nosotros sin mayores inconvenientes y, lo que quizá sea más revelador, sin un debate específico. 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; quizá la principal de ellas, aunque no la única, habría tenido que ver con la reforma de textos legales básicos, como el Código de comercio, de complejo tratamiento técnico y de difícil implementación, según se deduce de lo observado a propósito del todavía reciente Anteproyecto de Código Mercantil <sup>131</sup>.

---

de la sociedad participada, es decir, cuando llegue a constituirse un auténtico grupo de empresas, lo que sucederá frecuentemente en el supuesto que nos ocupa. Véase con más detalle *infra* capítulo tercero.

<sup>129</sup> Por muchos, véase SÁNCHEZ CALERO, F./SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, I, 32.ª ed., Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2009, p. 111.

<sup>130</sup> En relación con estas cuestiones, véase *supra* capítulo primero, especialmente lo indicado en los apartados III, IV y V.

<sup>131</sup> Texto, por lo demás, con cuyos planteamientos básicos de política jurídica sintonizan razonablemente bien algunos de los supuestos fundamentales del presente libro. Así sucede con la asunción de la categoría «operador económico del mercado» a propósito de las fundaciones y con el relieve concedido a la fundación empresaria, tal y como se hace en el presente capítulo y en el siguiente.

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; se ha tratado, más bien, de situar como premisa indiscutible 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 general<sup>132</sup>.

Esa adecuación, además, se produce sin ningún matiz, pues las dos modalidades de fundación empresarial 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 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 empresarial con el Derecho mercantil, como puede ser, por ejemplo, la posibilidad de su inscripción en el Registro mercantil, ya debatida en épocas pasadas<sup>133</sup>.

---

<sup>132</sup> Sobre este decisivo asunto, CAFFARENA LAPORTA, J., «Las fundaciones: fines de interés general, beneficiarios y cláusulas de reversión», *ADF*, 2009, pp. 29-58; más recientemente, en un contexto determinado, PÉREZ ESCOLAR, M., «Fundaciones vinculadas a ideologías políticas y fines de interés general», *InDret*, 3 (2019), pp. 1-26, especialmente 4-11.

<sup>133</sup> Como es sabido, la fundación empresarial 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 VALERO AGÚNDEZ, U. (*La fundación como forma de empresa*, cit., pp. 348-350; véanse, no obstante, los matices del autor en p. 120, nota 85). Con posterioridad, LA CASA GARCÍA, R. («La fundación-empresa», cit, pp. 164-165), quien, tras reconocer la dificultad de hacer viable la inscripción de la fundación empresarial, destaca los inconvenientes que su omisión puede suponer para la realización de su actividad mercantil; del mismo autor, «La publicidad registral de las fundaciones y

Más recientemente, ha de tenerse en cuenta el tratamiento que deba darse a su específico gobierno corporativo, quizá una de las materias determinantes para el régimen jurídico no sólo de la fundación empresaria, sino de cualquier fundación entendida, según ya sabemos, como operador económico en el mercado<sup>134</sup>.

### 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 indicado 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 aquélla 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, por no constituir esta última, en modo alguno, un requisito institucional de aquélla. En tales casos, resulta posible ver

---

el Registro mercantil», en Emparanza Sobejano, A. (dir.), *Nuevas orientaciones en la organización y estructuración jurídica de las fundaciones*, Madrid, Marcial Pons, 2014, pp. 199-257. Conviene tener en cuenta, no obstante, la ya citada SAN 22 de octubre de 2007, que declaraba no procedente la inscripción de una fundación en un Registro, como el mercantil, que tiene por objeto la inscripción de empresas.

<sup>134</sup> Sobre esta cuestión, véase *supra* capítulo primero.

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 reseñadas 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 fundaciones<sup>135</sup>, como motor del mismo, no parece posible desconocer que la realización de la concreta actividad mercantil por la fundación, ya constituida, puede obligar, por sus propios requerimientos, 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<sup>136</sup>. Y ello con independencia de que el propio fundador disponga de medios idóneos para influir en las decisiones del Patronato<sup>137</sup>.

---

<sup>135</sup> No en balde, el artículo 2, 2.º LF señala que «las fundaciones se rigen por la voluntad 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 GARCÍA ANDRADE, J., «Objeto y alcance de la ley de fundaciones. Concepto de la fundación. Fines y beneficiarios. Aplicación de la ley y fundaciones especiales», en Muñoz Machado, S./Cruz Amorós, M./De Lorenzo García, R., (dirs), *Comentarios a las leyes de fundaciones y mecenazgo*, Madrid, Fundación ONCE-Iustel, 2005, pp. 9-64, especialmente, 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, VALERO AGÚNDEZ, U., *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.

<sup>136</sup> 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).

<sup>137</sup> A este respecto, fuera de nuestras fronteras, es útil la consulta de KELLER, S., *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 Derecho austriaco de fundaciones.

Estas afirmaciones, cuya pertinencia, no obstante, ha de pasar la prueba de su adecuación a cada ordenamiento jurídico<sup>138</sup>, pueden ser resumidas de una forma sintética, a la vez que gráfica, con arreglo a las siguientes proposiciones. En este sentido, 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 donacional 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»; de este modo, sus respectivos fines e intereses vivirán trayectorias sustancialmente autónomas que, sin embargo, podrán entrecruzarse en momentos de especial dificultad económica<sup>139</sup>. La voluntad del fundador podrá servir, en tales casos, como específico elemento de continuidad para la mejor articulación del Patronato, de manera que pueda asumir, 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

### 2.1 PRECISIONES TERMINOLÓGICAS PREVIAS EN PUNTO A LA ACTIVIDAD DE LAS FUNDACIONES

Aun sin nombrarlas 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:

---

<sup>138</sup> 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 actividad mercantil esté vinculada, de forma más o menos intensa, con los fines fundacionales; otra opinión parece sostener LA CASA GARCÍA, R., «*La fundación-empresa*», cit., pp. 147-149

<sup>139</sup> 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.

la fundación-empresa y la fundación con empresa. Tanto aquella ley<sup>140</sup> como la LF 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 LF 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, como consecuencia de su condición de auténticos operadores del mercado. 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 dictó 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<sup>141</sup>, considerándola, a la vez, como una modalidad más de las actividades<sup>142</sup> que puede desarrollar lícitamente dicha persona jurídica. Así,

---

<sup>140</sup> 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, PIÑAR MAÑAS, J. L., «Artículos 1 y 2», en *Comentarios a la ley de fundaciones y de incentivos fiscales*, I, Madrid, Escuela Libre Editorial-Marcial Pons, 1995, pp. 3 y ss.), este texto legal daba pistas más seguras sobre la licitud de aquél 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 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.

<sup>141</sup> 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».

<sup>142</sup> 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 ASCARELLI, T., *Lezioni di Diritto commerciale. Introduzione*, 2.ª ed., Milano, Giuffrè, 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, GONDRA, J. M.ª,

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 se requiere, en apariencia la finalidad de obtener lucro<sup>143</sup>.

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 positiva<sup>144</sup>. Tal cosa se pone de manifiesto sobre la base de dos circunstancias: de una parte, por 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, de otra, las dos modalidades –que el RF, al igual que la LF, no nombra– de fundación-empresa y fundación con empresa dentro de una misma categoría de fundaciones,

---

«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, sin perjuicio de que, del mismo modo, quepa entender dicha referencia a los distintos comportamientos llevados a cabo por el empresario en el ejercicio de su empresa. En cualquier caso, la posibilidad aquí sugerida 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 (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.

<sup>143</sup> Críticamente sobre este planteamiento del RF, LA CASA GARCÍA, R., «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, fue matizada por la STS (sala 1.ª) de 2 de julio de 2008, 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.

<sup>144</sup> 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».

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<sup>145</sup>.

## 2.2 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 ambos sujetos (sin entrar ahora en el modo de establecer dicho convencimiento) 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 principio, de la fundación-empresa funcional), pero tampoco suficientes, al tener que concurrir, de manera inexorable, al lado de otras actividades, esas sí auténticamente propias de la fundación.

---

<sup>145</sup> Véase, también, LA CASA GARCÍA, R., «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, en su caso, de la propia 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 las distintas modalidades de 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.

Esta importantes consecuencia 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 llamativa diferencia de redacción<sup>146</sup>, 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

---

<sup>146</sup> Con independencia de la diversidad terminológica, dado que la LF habla de «actividades económicas» y el RF de «actividad mercantil», aunque, a nuestro juicio, dichos términos han de considerarse equivalentes, aquella norma 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 a 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.

«cualquier actividad mercantil» (art. 23, 2.º RF) mediante su 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 los matices que puedan formularse 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 adivinar la razón justificativa de esta diversidad de trato en la mente del legislador, a la vista de las escasas referencias al respecto que encontramos en uno de los pocos textos que podrían servirnos al efecto, como es 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<sup>147</sup>. 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.

---

<sup>147</sup> 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 EMPRESARIAL EN EL DERECHO ESPAÑOL

##### 1. Una valoración previa: la insuficiencia del régimen legislativo de la fundación empresarial

A la hora de exponer el régimen jurídico existente en el Derecho español sobre la fundación empresarial, 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, que quizá obliguen a relativizar el uso de la consabida fórmula «régimen jurídico» recién empleada.

Y también convendrá reiterar, además de la dificultad intrínseca inherente a la regulación de la figura que nos ocupa, la convicción que se encuentra en la base del proceder de nuestro legislador; en tal sentido, como ya sabemos, la fundación empresarial, cualquiera sea la modalidad de su concreta articulación, no sería una categoría especial de dicha persona jurídica, merecedora de una ordenación normativa particular y detallada, sino un ejemplo más de la fundación «ordinaria» regulada por el legislador, cuyo régimen habrá 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 tanto entre nosotros como en otros ordenamientos.

Aunque el presente 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 empresarial 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 empresarial 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<sup>148</sup>. No se altera, con este criterio, el planteamiento de *lege data*, antes señalado como guía del presente apartado; ello se debe, simplemente, a que 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, meramente, dar curso al criterio implícitamente existente en la disciplina legislativa en vigor<sup>149</sup>.

## 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<sup>150</sup>. Aunque resulta sin duda necesario estudiar el alcance de su efectivo protagonismo en

---

<sup>148</sup> De ello se ha hablado con perspectiva sintética *supra* capítulo primero.

<sup>149</sup> Un aspecto en el que este planteamiento puede ser fructífero es el de las modificaciones estructurales de la fundación empresaria, cuyo tratamiento en la LF resulta particularmente insuficiente, al contemplar sólo la fusión (con detalle, CAFFARENA LAPORTA, J., «La fusión de las fundaciones», en Muñoz Machado, S./ Cruz Amorós, M./ De Lorenzo García, R., (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. En tal sentido, la insuficiencia de la disciplina establecida al efecto en la LF 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 discutible la posibilidad de que sean viables las restantes modificaciones estructurales reguladas en la ley 3/2009, de 3 de abril, de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. 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 aparente 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, Zoppini, A./Maltoni, M. (coord.) *La nuova disciplina delle associazioni e delle fondazioni. Riforma del Diritto societario ed enti non profit*, Padova, Cedam, 2007). Remitimos al lector, en cualquier caso, a lo indicado *supra* capítulo primero, VI, 2.

<sup>150</sup> A este respecto, véase la relevante aportación de BURGARD, U., *Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht. Zur Einführung korporativer Strukturen bei der Stiftung*, Köln, Dr. Otto Schmidt, 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, el autor citado 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, REUTER, D., «Stiftungsform, Stiftungsstruktur und Stiftungszweck. Zu neueren Thesen über die Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht», *AcP*, 207 (2007), pp. 1-27.

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 que vaya más allá de la tradicional consideración del Patronato como órgano único de la fundación.

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 mercantil<sup>151</sup>. 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 orgánica<sup>152</sup>.

La posibilidad que acabamos de exponer, tradicionalmente considerada respecto de la fundación-empresa de manera exclusiva<sup>153</sup>, no es, sin embargo, la única a la hora de establecer una adecuada estructura orgánica para la fundación que lleve 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

<sup>151</sup> En este sentido, VALERO AGÚNDEZ, U., *La fundación como forma de empresa*, cit., p. 354.

<sup>152</sup> Al respecto, véanse las consideraciones de VALERO AGÚNDEZ, U., *La fundación como forma de empresa*, cit., pp. 354-355 y 377, entre otras muchas.

<sup>153</sup> Así se advierte, por ejemplo, en la fundamental obra de VALERO AGÚNDEZ, U., *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 nos ocupa, no parece congruente con el auténtico significado de la modalidad de fundación empresaria 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.

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 aquéllas que ejerciten actividades empresariales. Así, sobre la base de lo que ya se ha expuesto con anterioridad<sup>154</sup>, existe expresamente reconocida la facultad de crear órganos distintos del Patronato<sup>155</sup> mediante la correspondiente mención estatutaria<sup>156</sup>, indicando su composición y las competencias que se pretenda asignarles, siempre que no incidan en las que, por ley, corresponden necesariamente a aquél<sup>157</sup>. Asimismo, la configuración estatutaria de esos posibles

---

<sup>154</sup> Véase *supra* capítulo primero, VI, 2 y 3.

<sup>155</sup> Sobre estas cuestiones, con más detalles, EMBID IRUJO, J. M., «Gobierno de la fundación», en Muñoz Machado, S./Cruz Amorós, M./De Lorenzo García, R. (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 artículo 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 estas cuestiones véase lo indicado *supra* capítulo primero, VI, 2, con la bibliografía allí indicada.

<sup>156</sup> 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.

<sup>157</sup> 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).

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)<sup>158</sup>.

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

A lo largo del presente capítulo 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<sup>159</sup>. Quizá el precepto más relevante, en tal 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»<sup>160</sup>.

<sup>158</sup> Para mayores detalles, véase EMBID IRUJO, J. M., «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.

<sup>159</sup> Conviene observar a este respecto que la normativa general sobre contabilidad de las 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.

<sup>160</sup> 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, 4.º y 5.º LF, y artículos 26, 2.º, y 30, 1.º RF, entre otros.

Estas declaraciones, debidamente completadas por la disciplina complementaria del RF<sup>161</sup>, 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, 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 fundación<sup>162</sup>. 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 fundación<sup>163</sup>.

---

<sup>161</sup> 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 diferencia terminológica 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, permite la aplicación del Derecho mercantil contable en todos los supuestos de fundación empresaria, quedando sin objeto la posible discusión.

<sup>162</sup> Sobre este importante asunto, véase *infra* capítulo tercero y la bibliografía allí indicada a propósito de los grupos encabezados por una fundación.

<sup>163</sup> 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,

## 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 LF. Lo esencial, y prácticamente lo único, que hace este texto normativo 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 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 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 mecenazgo<sup>164</sup>.

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-mercantil<sup>165</sup>.

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

---

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.

<sup>164</sup> 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 Muñoz Machado, S./Cruz Amorós, M./ De Lorenzo García, R., (dirs.), *Comentarios a las leyes de fundaciones y mecenazgo*, cit., págs. 763 y ss. A propósito del IVA, CRUZ AMORÓS, M., «El régimen español del IVA en las Fundaciones», *ADF*, 2009, pp. 15-28, y en el marco europeo LÓPEZ RIBAS, S., «Una fiscalidad para las fundaciones y el mecenazgo en Europa», *ADF*, 2014, pp. 227-262.

<sup>165</sup> Por muchos, véase GONDRA, J. M.<sup>a</sup>, «La estructura jurídica de la empresa», cit., *passim*.

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 terminaran afectándole a ella y sólo a ella, con independencia incluso de que la actividad mercantil no se realizase 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 implica su uso de modo general y permanente respecto de los terceros con los que se vincula por el ejercicio de dicha actividad<sup>166</sup>. 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)<sup>167</sup>.

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 con-

---

<sup>166</sup> Al respecto, GONDRA, J. M.<sup>a</sup>, «La estructura jurídica de la empresa», cit., pp. 533 y 534.

<sup>167</sup> 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 mercantiles, por regla general de naturaleza capitalista, como fácilmente puede comprobarse en la realidad práctica y se pone de manifiesto en las escasas referencias legislativas a la figura; sobre todo ello, véase *infra* capítulos tercero y cuarto.

cibiera desde la perspectiva única del sujeto activo, de modo que la actividad productiva (utilizando el término en sentido amplio) se iniciara y terminara en él.

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.

Pero, de otro lado, porque por idéntica razón no sólo se somete 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<sup>168</sup>. 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<sup>169</sup> y también, aunque en menor medida, de la actividad de empresa<sup>170</sup>.

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

A lo largo de este capítulo, 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

<sup>168</sup> De todo ello se da cuenta *supra* capítulo primero,

<sup>169</sup> Véase *supra* II, 4.

<sup>170</sup> Confirma este punto de vista [expuesto ya en nuestro trabajo «Funcionamiento y actividad de la fundación», en Muñoz Machado, S./Cruz Amorós, M./De Lorenzo García, R. (dirs.), *Comentarios a las leyes de fundaciones y mecenazgo*, cit., pp. 403-404] LA CASA GARCÍA, R., «La fundación-empresa», cit., p. 152.

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 que ahora nos ocupa 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. Y no se trata de una cuestión baladí; es más, podría decirse que es un asunto decisivo para la ordenación normativa de las fundaciones y, con mayor intensidad, respecto de su tratamiento en nuestro Derecho, por haber convertido al fin de interés general en seña de identidad de la disciplina.

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<sup>171</sup>. No se trata, a pesar del 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<sup>172</sup>.

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.

---

<sup>171</sup> En la misma línea, PÉREZ ESCOLAR, M., *La actividad económica de las fundaciones. Tensiones legislativas e interés general*, cit., pág. 113, poniendo de manifiesto el contraste con la ley 30/1994.

<sup>172</sup> Desde un punto de vista gramatical, no parece posible, salvo error legislativo (hasta el momento no declarado), entender otra cosa.

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 éstas 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.

Por lo que se acaba de manifestar, 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 considerables 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<sup>173</sup>.

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; y ello, 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 podrá comprender, en principio, un amplio elenco de situaciones. En tal

---

<sup>173</sup> Sobre el significado de las actividades complementarias o accesorias, a las que se refiere el artículo 24 LF, véase, lo que indican PÉREZ ESCOLAR, M., *La actividad económica de las fundaciones. Tensiones legislativas e interés general*, cit., pp. 121 y ss., flexibilizando el sentido último de la expresión legal, y LA CASA GARCÍA, R., «La fundación-empresa», cit., pp. 146-149.

sentido, los extremos de dicho *continuum* serán, por una parte, aquellos supuestos en los que no quepa concebir una fundación sin el ejercicio de una determinada actividad mercantil, hasta, por la otra, aquellos en que dicha actividad sea o esté muy próxima a ser una pura fuente de recursos económicos o, con otras palabras, devenga 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, de modo que se soslaye por completo la voluntad del legislador. Dicha interpretación extrema tendría como contenido básico el propósito de 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<sup>174</sup>.

---

<sup>174</sup> 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, REAL PÉREZ, A., «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*, Alicante, 2005, 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 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

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 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<sup>175</sup>.

---

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, URÍA, R., «Derecho fiscal y Derecho mercantil», *AAMN*, 1950, pp. 269 y ss.

<sup>175</sup> 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. EMBID IRUJO, J. M., «Funcionamiento y actividad de la fundación», en S. Muñoz Machado/M. Cruz Amorós/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 aquél 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 PÉREZ ESCOLAR, M., «Fundación y actividades económicas directas: apuntes en torno a un modelo», *RCDI*, 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.

## VI. CONSIDERACIONES FINALES

Aunque el presente capítulo no ha agotado el tratamiento, siquiera sintético, de la fundación empresaria<sup>176</sup>, así como de las dos modalidades institucionales en que se manifiesta (fundación-empresa y fundación con empresa), parece conveniente recapitular lo expresado en él por la singularidad del tema analizado, desde luego, pero también por la necesidad de dejar sentados algunos criterios a propósito del ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones en el Derecho español, desde una perspectiva de orden general.

Lo primero que debe afirmarse, sin duda una constatación, es la clara insuficiencia del régimen jurídico establecido entre nosotros respecto de la fundación empresaria y, por supuesto, en relación con sus dos modalidades. Se trata de una circunstancia habitual en el Derecho comparado, en cuyo ámbito, y a diferencia de nuestro propio ordenamiento<sup>177</sup>, la idea misma de la fundación empresaria y, sobre todo, el posible tratamiento normativo de sus particulares figuras «brillan por su ausencia», omisión no siempre compensada por el desarrollo doctrinal, muy notable, como es sabido, en algunos países<sup>178</sup>.

---

<sup>176</sup> La fórmula «fundación empresaria», aquí propuesta, no aspira a resolver la inestabilidad terminológica, propia del Derecho positivo, al menos en España, pero también presente, si bien de manera menos ostensiva, en algunos sectores de la doctrina. Quizá no sea posible eliminar plenamente dicha inestabilidad, sobre todo, como sucede en el caso español, por el escaso conocimiento de la realidad práctica característica de las fundaciones que ejercen actividades empresariales en el mercado. En todo caso, la fórmula propuesta intenta 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.

<sup>177</sup> Es importante, en tal sentido, destacar, una vez más, la importancia y el relieve de la labor reguladora acometida por el legislador español, inserta, en una destacada modernización del Derecho de fundaciones en nuestro país, que se inicia, como es bien sabido, gracias a la disciplina establecida en la Ley 30/1994. No se puede ocultar, en cambio, la necesidad de evitar la «petrificación» del Derecho de fundaciones español por la falta de una adecuada agenda reformista, lo que resulta especialmente grave en lo que atañe a la fundación empresaria, vista, por otra parte, con poca simpatía en el Anteproyecto de reforma de la Ley de fundaciones de 2014.

<sup>178</sup> El valor, ciertamente relevante, de algunas aportaciones doctrinales (como sucede, entre nosotros, con la, por tantos conceptos, admirable monografía de VALERO AGÚNDEZ, U., *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 concorra en sus opiniones. Sobre esta cuestión, auténticamente central en el oficio jurídico, véase el sugestivo trabajo de CALAMANDREI, P., *Fe en el Derecho* (trad. esp. y prólogo de Perfecto Andrés Ibáñez), Madrid, Marcial Pons, 2009; entre nosotros, y no muy lejos de las materias propias de este trabajo, véase GIRÓN TENA, J., «Prólogo» a G. ESTEBAN VELASCO, *El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho europeo y reforma del Derecho español*, Madrid, Fundación Universidad Empresa, 1982, p. 14, quien, asimismo, reconoce al jurista competencia para la crítica y la transformación del Derecho positivo.

Con todo, por el propio carácter de la fundación empresaria y, de manera más concreta, por la indicada insuficiencia reguladora, hay aquí un campo especialmente abonado para el desarrollo de la autonomía de la voluntad, de tan considerable relieve en el Derecho de fundaciones. Su ejecución tendrá como punto de partida el hecho indiscutible de que la fundación empresaria es una persona jurídica netamente fundacional; este criterio, aparentemente tautológico, se formula aquí con el propósito de evitar que se dé cauce a supuestos de configuración autónoma que desvirtúen la naturaleza de la figura y soslayen, en suma, la teleología característica de su regulación normativa. Pero, al mismo tiempo, no debe ignorarse que la presencia en el mercado de la fundación empresaria, más allá del calificativo que otorgue a sus actividades el Derecho positivo español, acredita su inserción en un ámbito profesional regulado desde la perspectiva y los criterios propios del Derecho mercantil, circunstancia que, inevitablemente, habrá de tener importantes consecuencias de régimen jurídico.

En cualquier caso, la configuración autónoma que aquí se predica de la fundación empresaria es aplicable con plenitud a sus dos modalidades, sin que la distinta manera de llevar a cabo la actividad empresarial por ellas (directa, en relación con la fundación-empresa, e indirecta en lo que atañe a la fundación con empresa) suponga el más mínimo problema al respecto. No puede ignorarse, con todo, el criterio de política jurídica que, en el Derecho español, separa a una modalidad de otra, y que supone una diferencia significativa a la hora de su configuración, así como de su presencia en el mercado.

De este modo, en tanto que la fundación con empresa no parece encontrar límites para su concreta articulación, por razón del contenido de la actividad desarrollada en el mercado, la fundación-empresa, según la interpretación que creemos mejor fundada, sólo podrá llevar a cabo actividades empresariales vinculadas notoriamente con el fin que le sea propio. O dicho, de otra manera, el Derecho español de fundaciones admite sin género de duda la fundación-empresa funcional, donde la actividad mercantil es una consecuencia necesaria del fin propuesto, pero rechaza la puramente dotacional.

Que esto sea así, con todo, no quiere decir que de *lege ferenda* no sea posible sostener un criterio distinto. En tal sentido, y con motivo la necesaria reforma de nuestra legislación de fundaciones, postergada, por lo que parece, *sine die*, cabrá plantear y analizar su revisión en beneficio de un planteamiento más igualitario entre las dos modalidades de fundación empresaria. Es dudoso, en todo caso, que esta hipotética reforma pueda impulsar el desarrollo de la fundación-empresa, cuyo relieve en el mercado es, en nuestros días, ciertamente escaso frente al protagonismo creciente de la fundación con empresa.

## CAPÍTULO III

### **LOS SUPUESTOS DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DE LAS FUNDACIONES (2): LA FUNDACIÓN CON EMPRESA Y EL GRUPO DE SOCIEDADES FUNDACIONAL**

#### I. LA FUNDACIÓN CON EMPRESA

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

Como ya se ha indicado en el capítulo precedente, la fundación con empresa constituye una modalidad más dentro del repertorio de posibilidades existentes a la hora de dotar de relieve institucional al ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones. Se trata, como también se ha advertido, de una figura singular que, a diferencia de la más tradicional fundación-empresa, desvincula formalmente el ejercicio de la actividad de empresa de la fundación, como persona jurídica, al situar como protagonista directo de la misma a otra entidad (por lo común, una sociedad mercantil de capital), en la que aquella suele ocupar una posición de control.

Esta específica conformación institucional se manifiesta con frecuencia en la realidad económica de nuestros días, desde luego con intensidad mucho mayor que la correspondiente a la fundación-empresa. A pesar de ese creciente relieve, también en el caso de la fundación con empresa se constata el insuficiente tratamiento de la fundación empresaria en nuestro Derecho, por lo que, del modo advertido en el capítulo anterior, corresponderá al jurista llevar a cabo una labor, ciertamente delicada, de delimitación y construcción dogmática. En esa aproximación limitada a nuestra figura, propia no sólo del Derecho

español, destaca, como punto de partida fundamental, el hecho de que la actividad mercantil desarrollada indirectamente por la fundación mediante su participación en sociedades sea plenamente libre, sin los matices restrictivos que acabamos de apreciar respecto de la fundación-empresa.

Al margen de este importante criterio de política jurídica, lo que preocupa al legislador español a propósito del régimen jurídico de la fundación con empresa es, únicamente, el establecimiento de las condiciones de posibilidad de su participación en la sociedad mercantil directamente ejerciente de la actividad empresarial. O sea, dicho de otro modo, se trata de determinar en qué sociedades podrá participar la fundación y qué circunstancias habrán de ser de observadas con motivo del vínculo entre fundación participante y sociedad participada.

Como criterio informador general de dicho asunto y, en consecuencia, de la fundación con empresa en cuanto modalidad de la fundación empresaria, se formula en nuestro 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 significativos inconvenientes cuando se refiera a sociedades en las que los socios queden sometidos a algún género de responsabilidad por las deudas sociales, de otro <sup>179</sup>. 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 <sup>180</sup>.

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, tanto en lo que se refiere a los posibles interesados en la figura, como a la delimitación precisa de su auténtico significado institucional. Y es que el legislador se ha limitado a con-

---

<sup>179</sup> Lo que, como se ha observado previamente en el texto, desplaza a las sociedades mercantiles de capital o, quizá mejor, a la participación de la fundación en su capital, la posibilidad de dar vida a una auténtica fundación con empresa. Sobre todo lo indicado en el texto, véase PÉREZ ESCOLAR, M., *La actividad económica de las fundaciones. Tensiones legislativas e interés general*, cit., pp. 49 y ss.

<sup>180</sup> En este sentido, LA CASA GARCÍA, R., «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, BOLDÓ RODA, C., *Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho privado español*, 4.ª ed., Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2006). Sobre la posibilidad de aplicar el «levantamiento del velo» a una fundación, véase un breve apunte en VALERO AGÚNDEZ, U., *La fundación como forma de empresa*, cit., p. 130, nota 115, así como, más recientemente, en EMBID IRUJO, J. M., «La responsabilidad de la fundación ante terceros», en Garrido, M. (coord.), *Buen gobierno de las fundaciones*, Madrid, Fundación Iberdrola-La Ley, 2015, pp. 419-420.

siderar que la participación en sociedades es la forma alternativa a la fundación-empresa para que una persona jurídica fundacional pueda «intervenir en» (según la LF) o «realizar» (de acuerdo con el RF) actividades empresariales.

Ya hemos señalado con anterioridad la necesaria equivalencia entre ambas expresiones, a pesar de las dudas semánticas derivadas de la utilización de términos distintos, 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»<sup>181</sup>.

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 actividad 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, 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 anterioridad<sup>182</sup>. Aunque no de manera exclusiva, este planteamiento conduce a incluir dentro de nuestra figura la compleja te-

---

<sup>181</sup> Son palabras textuales de LA CASA GARCÍA, R., «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».

<sup>182</sup> Con esta forma de proceder, una suerte, si se quiere, de reducción teleológica, se busca la mejor y más exacta delimitación del supuesto de hecho de la fundación con empresa, acentuando su sentido institucional y huyendo, por tanto, de formulaciones aproximadas que sirvan para oscurecer el ya de por sí poco claro tratamiento de la misma. Véase, en todo caso, lo indicado *supra* capítulo segundo. En cualquier caso, el carácter determinante de la participación en sociedades a los efectos de conformar el supuesto de hecho de la fundación con empresa explica que, en determinados ámbitos, se identifique a dicha figura bajo la denominación de «fundación participante» o «fundación titular de participaciones» (así, por ejemplo, EMMERICH, V./HABERSACK, M., *Konzernrecht*, 10.ª ed., München, Beck, 2013, p. 607), sin perjuicio de que, en otras ocasiones, cada vez más frecuentes, se llegue a hablar incluso de «fundación holding», dando un paso más allá de la participación, dirigido hacia el control de la sociedad participada, con apertura de la temática, a la que en seguida se aludirá, del grupo de sociedades fundacional.

mática 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 empresarial, que será objeto de análisis en la segunda parte del presente capítulo.

## 2. Las notas distintivas del supuesto de hecho

### 2.1 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 la LF (art. 23, 1.º *in fine*) como en el RF (art. 24, 1.º *in fine*), sin añadir calificativo alguno, para, a renglón seguido, utilizarse en la LF<sup>183</sup> 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 sociales<sup>184</sup>.

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 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 socie-

---

<sup>183</sup> También el artículo 24 RF emplea este circunloquio, si bien en forma menos evidente que la LF.

<sup>184</sup> A favor de una interpretación amplia del término «sociedades», véase PÉREZ ESCOLAR, M., *La actividad económica de las fundaciones. Tensiones legislativas e interés general*, cit., p. 55.

dades 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, como sucede, por ejemplo, en el caso de las sociedades cooperativas (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<sup>185</sup>. 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<sup>186</sup>; se trata, más bien, de ponerle diversos obstáculos, pues la fundación se verá obligada a enajenar la participación de que pudiera disponer<sup>187</sup> salvo 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 LF impone a la

<sup>185</sup> Al respecto, LA CASA GARCÍA, R., «La fundación-empresa», cit., pp. 190 y ss.

<sup>186</sup> 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.

<sup>187</sup> Que la fundación llegue a ser socia de una sociedad en la que responda por las deudas sociales sucede, tanto en la LF como en el 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 CAFFARENA LAPORTA, J., «La dotación», en Muñoz Machado, S./Cruz Amorós, M./De Lorenzo García, R. (dirs.), *Comentarios a las leyes de fundaciones y mecenazgo*, cit., pp. 199 y ss., así como FERRANDO VILLALBA, M.ª L., «Artículo 12», en Olavarría Iglesia, J. (coord.), *Comentarios a la Ley de fundaciones*, cit., pp. 296-330]. 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, 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.

persona jurídica fundacional, puesto que transcurrido un año sin transformación de la sociedad participada<sup>188</sup> y sin enajenación, la única consecuencia inmediata es que «el protectorado requerirá al Patronato para que, en el plazo de quince días, realice las alegaciones que considere oportunas»<sup>189</sup>.

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<sup>190</sup>. Si la participación no mereciera tal calificativo, resulta obvio

---

<sup>188</sup> 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 la LF como el 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 artículo 17, 1.º LF dice que «los patronos deberán desempeñar su cargo con la diligencia de un representante leal»; al respecto MARIMÓN DURÁ, R./ OLAVARRÍA IGLESIA, J. «Artículo 17», en 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 limitado 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.

<sup>189</sup> 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 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 LA CASA GARCÍA, R., «La fundación-empresa», cit., pp. 199-203.

<sup>190</sup> 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, PÉREZ ESCOLAR, M., *La actividad económica de las fundaciones. Tensiones legislativas e interés general*, cit., pp. 57-59, LA CASA GARCÍA, R., «La fundación-empresa», cit., pp. 196-198.

que no será preceptiva comunicación alguna sobre dicho extremo al Protectorado<sup>191</sup>. El hecho de que en el Derecho español de fundaciones se hable de participación, no necesariamente mayoritaria<sup>192</sup>, en «sociedades mercantiles en las que no se responda personalmente de las deudas sociales» (art. 24, 2.º LF)<sup>193</sup> 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.

Se incluirían, por tanto, todas las variedades tipológicas reconocidas en el ordenamiento jurídico español, desde las de carácter supranacional, como la sociedad anónima europea y la sociedad cooperativa europea, así como las de ámbito puramente interno, como la sociedad limitada nueva empresa y la sociedad limitada de formación sucesiva. Se trata de una posibilidad teóricamente lícita, sin duda, pero, a nuestro juicio, de difícil constatación práctica; de un lado, por la práctica inexistencia en la realidad jurídica española de sociedades europeas, y, de otro, por el relieve prácticamente testimonial que ha de atribuirse a los supuestos de sociedad limitada antes enumerado.

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, por lo que no puede ser seguida en modo alguno.

<sup>191</sup> 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).

<sup>192</sup> 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.

<sup>193</sup> 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.

Por lo demás, 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 mercantiles<sup>194</sup>.

## 2.2 EL CARÁCTER MAYORITARIO DE LA PARTICIPACIÓN

### 2.2.1 *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 el elemento distintivo o, si se prefiere, la principal razón de ser, si bien no del todo explícita, del tratamiento 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.

---

<sup>194</sup> 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, por regla general, 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 responda a criterios estrictamente cooperativos; véanse, al respecto, las referencias a nuestro Derecho positivo en la materia contenidas en ALFONSO SÁNCHEZ, R., *La integración cooperativa y sus técnicas de realización: la cooperativa de segundo grado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 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, URÍA, R./MENÉNDEZ, A./VÉRGEZ, M., *Curso de Derecho Mercantil*, 2.ª ed., I, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2006, p. 1427. Esa cercanía progresiva permite explicar, sin duda, que el art. 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. Para un planteamiento actual y completo del régimen jurídico de las cooperativas, véase, por todos, URÍA, R./MENÉNDEZ, A./VÉRGEZ, M., *Curso de Derecho Mercantil*, 2.ª ed., I, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2006, pp. 1421-1446.

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 de nuestro Derecho de sociedades vigentes por entonces, como, de manera particular, la relativa a la delimitación de la llamada sociedad dominante (art. 87 LSA, aplicable a las sociedades limitadas por la remisión contenida en el art. 41 LSRL<sup>195</sup>). 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. El caso es que el legislador fundacional optó por el planteamiento que se viene comentando, lo que, vistas las cosas desde el momento presente, se ha terminado por revelar como una opción adecuada.

Y es que, como resulta notorio, el proceso de refundición, tomando el término con cierta amplitud, de la legislación relativa a las sociedades de capital (es decir, en esencia, LSA y LSRL) llevado a cabo mediante la LSC ha supuesto algunas alteraciones significativas respecto de la situación normativa antecedente. Entre dichas alteraciones, resulta necesario destacar ahora la derogación del artículo 87 LSA, sin que sean del todo claras las razones que hicieron posible esta circunstancia<sup>196</sup>. Como, por su parte, la legislación fundacional no ha sido

<sup>195</sup> Al respecto, EMBID IRUJO, J. M., «Artículo 87», en Arroyo, I./Embid, J. M./Górriz, C. (dirs.), *Comentarios a la Ley de sociedades anónimas*, 2.ª ed., I, Madrid, Tecnos, 2009, pp. 895 y ss.

<sup>196</sup> A título de mera hipótesis, sería posible sostener que la delimitación de la sociedad dominante se encontraba (y se encuentra) ya contemplada en la disciplina sobre consolidación contable, recogida a la sazón en nuestro C. de c. (arts. 42 a 49), como es bien sabido. De manera particular, es en el primero de dichos preceptos, donde se establecen unas conocidas presunciones de control, a los efectos de fijar el marco de condiciones en las que resulta obligada la realización de esta técnica contable por parte de quien, en dichas situaciones, pueda ser considerada efectivamente como «sociedad dominante». Bien es verdad que tal supuesto se trae a colación en la norma citada en relación exclusiva con el grupo de sociedades, y no enteramente en relación con su régimen jurídico, sino, por el contrario, en vínculo exclusivo con la rendición de cuentas. No parece necesario reiterar, por lo demás, que el control describe una situación de hecho, en el marco de las relaciones intersocietarias de dominio, de mayor amplitud que la derivada de la posesión de una cuota mayoritaria en el capital de una sociedad, tal y como se indica en el texto a propósito de la fundación con empresa, objeto directo de análisis en este capítulo.

revisada, desde luego en el tema que nos ocupa, el hecho resultante es el mantenimiento en vigor de la disciplina contenida en el artículo 24, 2.º RF, lo que facilita el tratamiento de la fundación con empresa, por referirse, como ya se ha indicado, a su principal elemento distintivo, es decir, la participación (mayoritaria) en el capital de una sociedad mercantil<sup>197</sup>.

Con independencia de las indicadas circunstancias, y para avanzar, si quiera sea de manera primaria en la delimitación de la figura en estudio, hemos de prestar atención al artículo 24, 2.º RF cuyo contenido necesita una cuidadosa interpretación. De entrada, la idea de participación mayoritaria tiene una característica esencial referida a la posesión de más del 50 por ciento 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, donde se admite, como es bien sabido, la sociedad de un solo socio, bien con carácter originario, bien de manera sobrevenida, 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 bien sabido, y se deduce con claridad de diferentes preceptos [el hoy derogado art. 87 LSA o el vigente art. 42, 1.º, a) C. de c.], el elemento decisivo a la hora de hablar de participación mayoritaria, o de control societario, viene necesariamente referido a los derechos de voto de los que sea titular el sujeto participante. Ello es así como consecuencia del hecho de que, en numerosas ocasiones, la titularidad de más de la mitad del capital no va 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 desligar la extensión del derecho de voto del capital poseído

---

<sup>197</sup> Ya se ha hablado (cfr. *supra* capítulo primero), en el marco de la influencia del Derecho de sociedades sobre el régimen jurídico de las fundaciones dentro de nuestro ordenamiento, de la relativa «petrificación» experimentada por este último, que si en el momento de la promulgación de la LF (y también del RF) siguió de cerca, con los matices que nos son conocidos, la disciplina relativa a las sociedades de capital en algunos puntos clave de su régimen, no ha habido esa cercanía tras las diversas reformas experimentadas por la regulación de las sociedades de capital, tal y como se viene reflejando en LSC. El Anteproyecto de Ley de fundaciones, de manera más sentida que formalizada, podía ser considerado una suerte de enmienda a la conexión entre ambos sectores del ordenamiento. Su fracaso, además de resaltar la petrificación indicada, mantiene dicha conexión sin aparente alteración en su sentido y alcance.

por el socio a través de diferentes técnicas, suprimiendo la regla tradicional de que una participación o una acción atribuyan a su titular un derecho de voto. El alcance de esa desvinculación, con todo, tiene matices, en los que aquí no podemos entrar, tanto en lo que se refiere a la tipología societaria existente entre nosotros, como al sentido de la misma, reduciendo el número máximo de votos que pueda emitir un socio o, al contrario, haciendo posible el llamado voto plural<sup>198</sup>.

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 por ciento 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 teleológico-funcional, 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 existentes, 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 dispusiera de otros me-

---

<sup>198</sup> Conviene partir de lo establecido en el artículo 188 LSC, como norma básica de la materia indicada en el texto, sin perjuicio del artículo 184, 2.º RRM, de exclusiva aplicación a las sociedades de responsabilidad limitada. El mismo precepto, por otra parte, señala el carácter específico de las sociedades cotizadas (de acuerdo con lo que dispone, sobre todo, el art. 527 LSC), modalidad que había dado lugar entre nosotros a una ardua discusión sobre la licitud de las cláusulas estatutarias de blindaje, es decir, las que limitan el número máximo de votos que puede emitir un socio o sociedades pertenecientes a un mismo grupo (cfr. art. 188, 3.º LSC). Con todo, la evolución en la materia relativa a la desvinculación entre participación en el capital y atribución de derechos de voto no se ha detenido en los últimos años y de ello es prueba el todavía reciente Anteproyecto de Ley de modificación de LSC, proveniente del Ministerio de Economía y difundido en mayo de 2019, en el que, siguiendo el ejemplo de los ordenamientos francés e italiano, se pretende introducir en el Derecho español las llamadas «acciones de lealtad», mediante las cuales se eliminará, en su caso, la tradicional prohibición del voto plural en las sociedades anónimas. No es fácil decir, en el momento de escribir estas líneas (agosto de 2019) el destino que pueda esperar a dicho Anteproyecto, que se menciona aquí meramente a título de información, no irrelevante, por otra parte, para las fundaciones con empresa, como resulta fácil de imaginar.

dios 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 participada<sup>199</sup>; 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 de 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.

Como ya ha quedado dicho, el legislador español sólo contempla formalmente la posición mayoritaria de la fundación con carácter individual, derivada de la disponibilidad de ciertos medios concretos. No obstante, 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 improcedente. A tal efecto, en un nuevo ejemplo de conexión entre Derecho de fundaciones y normativa societaria, consideramos pertinente suplir las insuficiencias de la norma en estudio con el recurso a los preceptos que, en el ordenamiento jurídico español, se ocupan de regular situaciones de control o dominio en el ámbito del Derecho de sociedades, como puede ser, tras la derogación del artículo 87 LSA, la disciplina sobre consolidación contable recogida en nuestro C. de c.<sup>200</sup>

---

<sup>199</sup> 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, FERRARO, P. P., *L'impresa dipendente*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 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, EMBID IRUJO, J. M., *Grupos de sociedades y accionistas minoritarios. La tutela de la minoría en situaciones de dependencia societaria y grupo*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1987, pp. 64 y ss.; en general, sobre la situación de dominio, ANTUNES, J. A., *Os grupos de sociedades. Estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2002, pp. 451 y ss.

<sup>200</sup> Sobre el significado del artículo 42 C. de c., la regulación del control en él contenida y el Derecho de grupos, véase EMBID IRUJO, J. M., «Un paso adelante y varios atrás: sobre las vicisitudes recientes del concepto legislativo del grupo en el ordenamiento español», *RdS*, 30 (2008), pp. 19-31.

### 2.2.2 *Las posibilidades de acción derivadas de la posición mayoritaria de la fundación en la sociedad participada y la aparición del grupo de empresas fundacional*

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 o determinante<sup>201</sup> 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 controlante 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, como inicial elemento caracterizador, 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 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

---

<sup>201</sup> De «influencia dominante», utilizando una expresión extendida en el Derecho comparado, habla el hoy derogado artículo 87 LSA.

participada una (nueva) unidad organizativa y de actividad que supere el significado estrictamente individual de ambas personas jurídicas<sup>202</sup>.

Para ello tendrá que llevarse a cabo por parte de la fundación una dirección económica unificada, de manera que la sociedad dominada (junto, en su caso, a otra u otras sociedades en idéntica posición) quede inserta en el marco de un determinado plan empresarial, de modo que se constituya un auténtico grupo de sociedades<sup>203</sup>. Es ésta modalidad de empresa bien conocida, aunque escasamente regulada, en la realidad económica de nuestros días, que aparece en el presente contexto como una derivación, si se quiere, natural de la fundación con empresa, aunque no exclusiva de ella.

Nada se opone, en este sentido, a que una fundación-empresa, que lleva a cabo directamente, como sabemos, la actividad empresarial, pueda a la vez situarse a la cabeza de un auténtico grupo, sobre la base de su posición de dominio en otra u otras sociedades y del ejercicio de una dirección económica unificada sobre todas ellas. Siendo esto así, al menos como posibilidad teórica, lo cierto es que en la fundación con empresa la formación de un grupo resulta ser, de hecho, una consecuencia lógica y, tal vez, inevitable de su misma naturaleza, en tanto que sería un efecto añadido en el supuesto de la fundación-empresa.

---

<sup>202</sup> 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. Para la tutela de la minoría en una mera situación de dependencia, cfr. EMBID IRUJO, J. M., *Grupos de sociedades y accionistas minoritarios. La tutela de la minoría en situaciones de dependencia societaria y grupo*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1987, pp. 93 y ss.

<sup>203</sup> 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 ya en el presente siglo se había convertido, incluso, 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 indicado 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. En los últimos años, por otra parte, el tema fundamental de la delimitación del grupo, sobre la base de uno de los dos criterios mencionados (control o dirección económica unificada), está teniendo una señalada repercusión en el ámbito propio del Derecho concursal, donde el grupo de sociedades, como es bien sabido, aparece considerado en diversos preceptos de la propia Ley concursal, con efectos en ocasiones meramente procesales y en otros con mayor trascendencia sustantiva. Al respecto, véase, de nuevo, EMBID IRUJO, J. M., «Un paso adelante y varios atrás: sobre las vicisitudes recientes del concepto legislativo del grupo en el ordenamiento español», cit., *passim*.

En cualquier caso, y por la singularidad misma de la fundación, como persona jurídica, la circunstancia que venimos exponiendo, es decir la existencia misma y los caracteres correspondientes del grupo de sociedades fundacional, requiere de un análisis detenido, que obliga a resolver o, cuando menos, encauzar, dos destacadas dificultades, diversas en su significado, pero concurrentes en el supuesto de hecho: de un lado, el problematismo «estructural», propio del grupo de sociedades, no bien comprendido en su naturaleza ni regulado en forma adecuada, como es notorio, por el Derecho, al menos en la gran mayoría de los ordenamientos; de otro, la mayor complejidad, si cabe, de la posibilidad del grupo de sociedades fundacional, como consecuencia, entre otras cosas, de la interferencia entre los múltiples intereses presentes en el supuesto de hecho <sup>204</sup>.

## II. DE LA FUNDACIÓN AISLADA A LA FUNDACIÓN VINCULADA

### 1. Consideraciones generales

Aunque el Derecho de fundaciones parte de la persona jurídica fundacional, entendida como sujeto de Derecho plenamente autónomo, resulta evidente, sobre todo gracias a la existencia de la fundación con empresa, la existencia de vínculos permanentes y duraderos, de naturaleza organizativa y no sólo de mero carácter negocial, entre la propia fundación y otras personas jurídicas, de igual o distinta naturaleza. De este modo, y en paralelo, si se quiere tardío, también en nuestro ámbito jurídico puede señalarse una significativa evolución que se intenta describir de manera sintética merced al título del presente epígrafe.

---

<sup>204</sup> Seguramente por estas dificultades, aunque no sólo por ellas, no han faltado opiniones en la doctrina comparada que ponen en duda la posibilidad misma del grupo de sociedades fundacional, por entender que la fundación, por su singular naturaleza, resultaría ser un «cuerpo extraño» dentro de la estructura empresarial del grupo. Y ello, por supuesto, cuando la fundación se situara en la «cima» del grupo, supuesto que, como se indica en el texto, constituye el predominante en la práctica. Si bien este argumento tiene a su favor razones significativas, más correcto nos parece, como se hace en el texto, buscar la manera de hacer compatible la naturaleza de la fundación con su inserción en un grupo, teniendo en cuenta, desde luego, la realidad misma, así como, a la vez, el hecho de que en ocasiones, como sucede con la fundación bancaria (cfr. *infra* capítulo cuarto), es el propio legislador el que favorece o, cuando menos, no impide, la constitución del grupo de sociedades fundacional. A pesar de estas opiniones (reflejadas en EMMERICH, V./HABERSACK, M., *Konzernrecht*, cit., pp. 607 y ss.), es lo cierto, como los autores menos receptivos a la posibilidad del grupo de sociedades fundacional terminan reconociendo, que se trata de una realidad significativa, de progresiva importancia en la vida empresarial.

Así, del mismo modo que en el Derecho de sociedades es común afirmar que el punto de vista de política jurídica existente en dicha disciplina aparece centrado, por lo común, en la llamada «sociedad isla», también en el Derecho de fundaciones puede decirse que es la «fundación isla» o, como se indica aquí, la «fundación aislada», el ente jurídico sobre el que está concebida y elaborada la entera disciplina normativa. Y siguiendo de nuevo la estela hace tiempo inaugurada en el ámbito societario en torno a la paulatina formación de un Derecho de las uniones de empresas, de la que la materia de los grupos de sociedades constituye su apartado principal, también parece posible avanzar en el estudio de las posibilidades y el alcance jurídico derivados del entrelazamiento de la fundación con otras personas jurídicas. Es evidente que de esa conexión pueden derivar realidades y estructuras diversas, más o menos perfiladas y con distinta influencia, precisamente, en la libertad de actuación de los sujetos vinculados.

Partiendo, por tanto, de la «fundación vinculada», nos va a interesar, como ya se ha indicado anteriormente, lo que venimos denominado el «grupo de sociedades fundacional», por lo que marginaremos otros posibles vínculos de la fundación con entidades y personas jurídicas de la misma o distinta naturaleza. Ello nos obligará, una vez más, a tomar al Derecho de sociedades, donde los grupos han adquirido ya cierta consistencia dogmática, aunque sean todavía objeto de discusión buena parte de los elementos de su disciplina reguladora (*in itinere*, como sabemos), como guía de nuestra tarea. Se tratará, por tanto, de examinar la posible extrapolación de los criterios predominantes en dicho ámbito a la ordenación y tratamiento del grupo de sociedades fundacional, del mismo modo que se ha hecho a propósito de otros sectores institucionales y empresariales como puede ser, por ejemplo, el Derecho de cooperativas.

El caso de la fundación es, con todo, singular, y está todavía por articular debidamente la vertiente «externa» de nuestra figura, en el sentido preciso que aquí se le da. A falta de la adecuada consideración normativa, hay, no obstante, algunas aportaciones doctrinales que se han ocupado en las tres últimas décadas, sobre todo, de lo que denominamos «grupo de empresas fundacional»; con dicha fórmula, en una aproximación todavía elemental, se intenta identificar aquellas estructuras de grupo en las que aparezca inserta una fundación, generalmente situada en la cima de esta peculiar organización empresarial<sup>205</sup>.

---

<sup>205</sup> A propósito de la fundación situada en la «cima» del grupo (*Konzernspitze*), véase, en la doctrina más temprana sobre la materia, SCHWINTOWSKI, H. P., «Die Stiftung als Konzernspitze», *NJW*, 1991, pp. 2739 y ss. En general, sobre el fenómeno que nos ocupa, es de gran relieve la aportación de la doctrina alemana, dentro de la cual se pueden destacar, entre otras, las siguientes obras: KÜNNEMANN, U., *Die*

## 2. El vínculo entre las fundaciones y los grupos

A la hora de explicar el surgimiento en la práctica de auténticos grupos de sociedades encabezados por fundaciones, supuesto institucional que centrará nuestra atención, cabría acudir a las dos figuras en estudio, es decir la fundación y el grupo, presumiendo que, tanto desde los grupos como desde las fundaciones, se hubiera producido una suerte de convergencia o de acercamiento recíproco. Sin embargo, no parece que sea ésta la forma más adecuada de explicar la importante realidad del grupo de sociedades fundacional; si se mira bien, los factores explicativos provienen, en su mayor parte, de la evolución experimentada por la figura misma de la fundación, no siempre bien reflejada en su regulación jurídica.

En este sentido, parece cierto que de una concepción puramente patrimonialista y estática de la persona jurídica fundacional se está pasando desde hace tiempo a su entendimiento como auténtica organización implantada en la realidad social y económica; más precisamente, y como hemos tenido ocasión de señalar, bien puede hablarse hoy de que la fundación es un operador económico en el mercado, circunstancia que ha de reflejarse progresivamente en su tratamiento normativo. Hay huellas ya de dicha evolución en nuestro Derecho positivo, como consecuencia, entre otras cosas, del sustancial influjo de la normativa mercantil y, más específicamente, como también ha habido ocasión de indicar, del Derecho de sociedades<sup>206</sup>.

Estrechamente unido a esta circunstancia, pero no identificado plenamente con ella, se encuentra otro extremo relevante para el tratamiento del tema que nos ocupa, como es la posibilidad de que la fundación sea titular de una actividad de empresa, mereciendo, por ello, la calificación de empresario. Es bien sabido que la idea de la fundación empresaria goza de una importante

---

*Stiftung im System des Unterordnungs-Konzerns*, Frankfurt, Peter Lang, 1996, SCHLINKERT, H. J., *Unternehmensstiftung und Konzernleitung*, Berlin, Duncker und Humblot, 1995, SCHUMACHER, Ch., *Die konzernverbundene Stiftung. Eine rechtsvergleichende Untersuchung des niederländischen und deutschen Rechts*, Münster, Waxmann Verlag, 1999, HEINZELMANN, J., *Die Stiftung im Konzern*, Baden-Baden, Nomos, 2003, HOPPE, K., *Die abhängige Stiftung. Grenzen der Stiftungsautonomie*, Berlin, Pro Universitate Verlag, 2004, así como las referencias sintéticas de EMMERICH, V. V./HABERSACK, M., *Konzernrecht*, cit., pp. 606-611. En el Derecho italiano, merece la pena la consulta de TOMBARI, U., *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano Giuffrè, 2010, pp. 158 y ss. Por lo que se refiere a la doctrina española, las referencias principales pueden encontrarse en EMBID IRUJO, J. M., *Introducción al Derecho de los grupos de sociedades*, Granada, Comares, 2003, pp. 179-205, y del mismo autor, «La inserción de una fundación en un grupo de empresas», *RDM*, 2010, pp. 1373-1340. De interés, en el marco de la Jurisprudencia, es SAN de 25 de mayo de 2008, relativa a un grupo encabezado por una fundación, cuyas particularidades pueden verse en ORTIZ MÁRQUEZ, M., «La asistencia financiera intragrupo. Comentario a la sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de septiembre de 2008», *RdS*, 34 (2010), pp. 399 y ss.

<sup>206</sup> Sobre todo ello, véase *supra* capítulo primero.

tradición, sobre todo cuando la persona jurídica fundacional ejerce de manera directa e inmediata la actividad de empresa, sin interposición de sujeto alguno (la llamada «fundación-empresa»). En nuestros días es más frecuente, en cambio, el supuesto denominado «fundación con empresa», caracterizado, como es bien sabido, porque entre ambas magnitudes se interpone otro sujeto (por lo común una sociedad mercantil de capital) participado de manera mayoritaria por la fundación.

Al margen de la delimitación de ambos supuestos, tarea llevada a cabo en otros apartados de la presente obra<sup>207</sup>, interesa ahora destacar que la aproximación entre la realidad de la fundación y la del grupo se ha consolidado como consecuencia, precisamente, de la circunstancia que ahora examinamos. Y sin privilegiar ninguna forma concreta a través de la cual pueda la fundación participar activamente en el mercado como auténtica empresaria, parece evidente que será la fundación con empresa el vehículo idóneo para conseguir, de la mejor manera posible, la conexión con la estructura organizativa de los grupos.

Ello se debe a que, como acabamos de mencionar, el supuesto mismo de dicha modalidad constata el desdoblamiento entre las dos magnitudes que nos ocupan y, de manera decisiva, el hecho relevante de que la fundación participe tanto en la estructura organizativa, como en el capital, de la sociedad que de manera inmediata interviene en el tráfico empresarial. Se esboza, con este simple esquema, un supuesto muy cercano a la modalidad más elemental de grupo existente en el ámbito societario, y se trata, por tanto, de avanzar desde esta premisa, de licitud indiscutible entre nosotros, hacia la resolución de los diversos problemas que su misma existencia es susceptible de plantear.

### III. PRINCIPALES PROBLEMAS QUE SUSCITA LA INTEGRACIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA FUNDACIONAL EN UN GRUPO DE SOCIEDADES

Las anteriores reflexiones han permitido explicar, a grandes rasgos, los motivos que hacen posible la presencia de fundaciones en el seno de los grupos de sociedades. En numerosas ocasiones, como se ha advertido, corresponde a la propia fundación el papel de entidad directora del grupo, sobre la base, en particular, de su posición de dominio en una o varias sociedades mercantiles. Este grupo, de naturaleza jerárquica, no es, con todo, la única posibilidad que se abre a las fundaciones a la hora de formar parte de esas singulares formas

---

<sup>207</sup> Véase *supra* capítulo segundo y el primer apartado (I) del presente capítulo.

de empresas que son los grupos, y que revisten, como es bien sabido, una amplia variedad morfológica y estructural.

En cualquier caso, por razón de esa diversidad característica de los grupos y, sobre todo, por el hecho de su funcionamiento unitario (aunque no siempre uniforme) en el mercado, surgen una serie de complejos problemas que, de modo meramente sintético, intentaremos mostrar en el presente apartado<sup>208</sup>. Para evitar una exposición prolija, nos limitaremos a considerar las dos cuestiones que, a nuestro juicio, constituyen los aspectos esenciales de la temática en estudio. De un lado, la forma en que se puede insertar la fundación en el seno de un grupo, es decir si, además de encabezar y dirigir dicha organización empresarial, como se observa, con cierta frecuencia, en la práctica, puede asumir una posición subordinada respecto de la entidad o sociedad a la que, en su caso, pudiera corresponder el ejercicio de la dirección unitaria en el grupo; dicho de otra manera, si junto a su ubicación en la «cima» del grupo puede la fundación estar situada en su base, sin que ello altere, claro está, su particular naturaleza.

Pero, junto a esta perspectiva estática, cabría decir, resulta necesario considerar, de otro lado, un planteamiento de carácter dinámico, debido a que el grupo, como se sabe, es una realidad empresarial presente en el mercado mediante la actividad individual de todas las entidades o personas jurídicas que lo componen, sometidas, eso sí, a las directrices impartidas por quien ejerza la dirección unitaria en el grupo. En el marco de su funcionamiento, cada entidad del grupo, además de atenerse a su propio interés, ha de tener en cuenta, como magnitud de referencia conjunta, según es bien sabido, el llamado «interés del grupo», que expresa el alcance y la medida de la integración empresarial realizada<sup>209</sup>.

La posibilidad de que surja un conflicto entre el interés individual de la entidad que forma parte del grupo y el interés conjunto de este último como estructura empresarial unitaria es, ciertamente, frecuente y su resolución a favor del segundo, más que probable en la mayoría de los supuestos. Se puede entender,

---

<sup>208</sup> La bibliografía sobre el Derecho de grupos resulta hoy de extraordinaria amplitud, por lo que carece de sentido esbozar aquí una síntesis apresurada. Aunque restringida al Derecho alemán, pionero en esta materia, como es bien sabido, mediante la regulación contenida en su ley de sociedades por acciones (*Aktiengesetz*), son de gran interés las obras de conjunto de EMMERICH, V./HABERSACK, M., *Aktien- und GmbH Konzernrecht. Kommentar*, 9.ª ed., München, Beck, 2019, y *Konzernrecht*, cit., *passim*, donde se analizan con detalle los principales problemas jurídicos planteados por los grupos de sociedades, desde la perspectiva del comentario legislativo, la primera, y con orientación sistemática, la segunda, prestando detenida atención, en ambos casos, a la importante contribución de la Jurisprudencia.

<sup>209</sup> La idea del interés del grupo constituye desde las primeras reflexiones sobre la ordenación jurídica de la figura un asunto de la mayor trascendencia. En los últimos años, por otra parte, se le ha dado un relieve si se quiere todavía mayor desde la perspectiva, hoy en boga, de la visión del grupo como una estructura organizada de empresa, cuyo funcionamiento eficiente se debe propiciar. De entre la muy amplia bibliografía relativa a esta orientación, puede verse, por muchos, el trabajo de TEICHMANN, Ch., «Europäisches Konzernrecht: vom Schutzrecht zum Enabling Law», *AG*, 6 (2013), pp. 184-197.

así, que para los escasos ordenamientos que han regulado la figura de los grupos sea este conflicto el punto central del tratamiento legislativo, estableciendo al efecto, además de la legitimidad del interés del grupo, algunas medidas compensatorias para quienes se vean perjudicados por su predominio en la organización empresarial conjunta<sup>210</sup>. De este somero enunciado, y sin perjuicio de las indicadas compensaciones<sup>211</sup>, cabe entender ahora las dificultades que tal conflicto puede suponer para la fundación integrada en un grupo, si se tiene en cuenta que la razón de ser de dicha persona jurídica se encuentra, esencialmente, en la realización del fin (de interés general) que dio lugar a su constitución.

#### IV. FORMAS DE INSERCIÓN DE LA FUNDACIÓN EN LA ESTRUCTURA DE UN GRUPO DE SOCIEDADES

##### 1. **Notas introductorias sobre tipología y régimen jurídico de los grupos desde el punto de vista de la organización y alcance efectivo de la dirección unitaria**

A fin de perfilar, con la mayor claridad posible, las características propias de la integración de una fundación en el seno de un grupo, resulta nece-

---

<sup>210</sup> La bibliografía sobre el Derecho de grupos ha aumentado considerablemente en la doctrina española desde finales del pasado siglo. Hay ya un buen número de monografías, sin perjuicio de que haya crecido, del mismo modo, el conjunto de aportaciones de diverso alcance sobre la materia. Para evitar una exposición enojosa de esa amplia literatura, bastará con remitir al lector a las principales obras publicadas entre nosotros, algunas de las cuales, a pesar del tiempo transcurrido desde que vieran la luz, conservan todavía interés, como consecuencia, sobre todo, de la ausencia de un régimen adecuado para los grupos no paliado, evidentemente, por las diversas normas que a ellos se refieren dentro del Derecho de sociedades; en tal sentido, véase EMBID IRUJO, J. M., *Grupos de sociedades y accionistas minoritarios. La tutela de la minoría en situaciones de dependencia societaria y grupo*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1987, GIRGADO PERANDONES, P., *La empresa de grupo y el Derecho de sociedades*, Granada, Comares, 2001, EMBID IRUJO, J. M., *Introducción al Derecho de los grupos de sociedades*, Granada, Comares, 2003, MARTÍNEZ MACHUCA, P., *La protección de los socios externos en los grupos de sociedades*, Bolonia, Real Colegio de España, 1999, FERNÁNDEZ MARKAIDA, I., *Los grupos de sociedades como forma de organización empresarial*, Madrid, Edersa, 2001, FUENTES NAHARRO, M., *Grupos de sociedades y protección de acreedores (una perspectiva societaria)*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2007, ARRIBA FERNÁNDEZ, M. L. de, *Derecho de grupos de sociedades*, 2.ª ed., Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2009. Últimamente, PAZ ARES, C., *¿Derecho común o derecho especial de grupos? Esa es la cuestión*, Cizur Menor, Aranzadi, 2019.

<sup>211</sup> Al margen del planteamiento protector, característico del Derecho alemán, es conveniente aludir a la paulatina elaboración de otras orientaciones, o matizaciones, en su caso, como la dominante en Italia sobre las llamadas «ventajas compensatorias», que han recibido entre nosotros especial atención doctrinal y también de los tribunales, como se deduce, entre otros extremos, de la muy interesante STS 11 de diciembre de 2015. Con gran detalle sobre este asunto, últimamente, FUENTES NAHARRO, M., «La teoría de las ventajas compensatorias y los grupos de sociedades», en Emparanza Sobejano, A. (dir.), *El Derecho de sociedades y de cooperativas: nuevos retos en su configuración y en la gestión d los administradores*, Madrid, Marcial Pons, 2019, pp. 243-293.

sario tener en cuenta los rasgos distintivos de este último, como forma de organización de la actividad de empresa, a través de la unión de varias personas jurídicas (normalmente sociedades, aunque no sólo) sometidas todas ellas al ejercicio de una dirección unitaria<sup>212</sup>. Y dentro de dichos rasgos distintivos, conviene reparar, de manera inevitable, en el modo concreto (jerárquico o paritario) de articular la dirección económica unificada (o dirección unitaria) en el grupo, lo que se puede producir, esencialmente, a través de dos modelos diferentes: mediante el control de una entidad o sociedad sobre otra u otras (grupo jerárquico), de un lado, o mediante el acuerdo libre y voluntario de diversas entidades (grupo paritario), de otro.

No se trata, como es lógico, de llevar a cabo una exposición minuciosa de las características de ambas modalidades (verdadera *summa divisio* del Derecho de grupos), sino meramente poner de manifiesto sus rasgos básicos desde la perspectiva particular de este trabajo, por ser una cuestión esencial para el problema que ahora nos ocupa. Es cierto, con todo, que para un sector significativo de la doctrina y para algunos de los ordenamientos jurídicos que se ocupan de los grupos, la auténtica modalidad de esta singular forma de empresa se encuentra en los de naturaleza jerárquica, por ser en su ámbito donde se plantean los problemas más relevantes necesitados de regulación jurídica especial, por cuanto el Derecho común de sociedades no permite su resolución satisfactoria.

No obstante, parece, a nuestro juicio, mejor fundada la opción de considerar también auténticos grupos a los de carácter paritario<sup>213</sup>. Este planteamiento, cabría decir, amplio, ya se reflejó, si bien con pocas consecuencias, en la ley alemana de sociedades por acciones (*Aktiengesetz*), primer texto que reguló desde un punto de vista sustancial, como es sabido, los grupos de sociedades. Sobre su base, es posible integrar en el Derecho de grupos modalidades de verdadera concentración empresarial que no requieran el dominio o control<sup>214</sup> de una entidad o sociedad por otra como fundamento seguro para el

---

<sup>212</sup> Las breves reflexiones que se exponen en el texto seguidamente reproducen de manera sintética lo que en nuestros días constituye casi un lugar común dentro de la doctrina relativa a los grupos de sociedades. No parecía pertinente en esta sede extenderse con particular detalle en lo que bien podría denominarse «parte general» del Derecho de los grupos de sociedades. Pero prescindir de toda referencia a tales extremos tampoco resultaba ser una opción razonable, teniendo en cuenta que el fenómeno de los grupos de sociedades, bien vivo en la realidad empresarial, no ha sido todavía captado con la seguridad deseable desde el punto de vista de la delimitación de su régimen jurídico. Además, el complejo carácter del grupo de sociedades fundacional exige redoblar el esfuerzo de comprensión dogmática del supuesto de hecho, a fin de encontrar el mejor tratamiento jurídico al respecto.

<sup>213</sup> No abundan, como es bien sabido, los estudios dedicados al tratamiento jurídico de los grupos paritarios; véase, no obstante, SANTAGATA, R., *Il gruppo paritetico*, Torino, Giappichelli, 2001.

<sup>214</sup> Véase, sobre este asunto, la excelente monografía de COMPARATO, F. K., *O poder de controle na sociedade anônima*, 3.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1983.

ejercicio de la dirección unitaria. Así sucede en la llamada «integración cooperativa», que no es sino una específica fórmula lingüística para referirse a la formación de grupos (paritarios) integrados exclusivamente por sociedades de esta naturaleza en los que la dirección unitaria es el resultado del acuerdo libre de las mismas<sup>215</sup>. Algo similar podría afirmarse en el caso de las fundaciones, sujetos idóneos para integrar, por sí solos o en unión de personas jurídicas de distinto carácter, un grupo paritario.

Con todo, la distinción entre grupos jerárquicos y paritarios no agota la tipología de los grupos relevantes para el tema ahora estudiado. Si se tiene en cuenta, no tanto la forma de articular la dirección unitaria sino su alcance efectivo dentro del grupo, nos encontramos ante la distinción entre grupos centralizados y grupos descentralizados, de especial interés a la hora de comprender el modo de llevar a cabo la integración empresarial que el grupo representa. En el primer caso, la entidad que ejerce la dirección unitaria asume todas las facultades relevantes en punto al funcionamiento empresarial del grupo, de manera que las restantes entidades que lo forman se convierten, de hecho, en una extensión particular de aquélla sin autonomía real, no obstante el hecho de disfrutar de personalidad jurídica.

Por lo que se refiere a los grupos descentralizados, en cambio, las entidades sometidas a la dirección unitaria conservan la posibilidad de desarrollar un cierto comportamiento empresarial autónomo, atribuyéndose a la entidad que dirige el grupo las competencias mínimas necesarias para mantener la unidad económica sustancial del mismo. Aunque esta distinción es susceptible de aplicarse, en teoría, tanto a los grupos jerárquicos como a los paritarios, parece indudable que sólo en los primeros adquiere pleno sentido la realidad de los grupos centralizados; los grupos descentralizados, en cambio, son susceptibles de manifestarse, desde luego, en estructuras de grupo basadas en el control, así como en las que provienen del acuerdo libre de sus entidades integrantes. Cabría decir, incluso, que el grupo paritario, por definición, habrá de ser, por su propia naturaleza, descentralizado, en tanto que dentro del jerárquico cabrá distinguir muy distintos supuestos en función de la mayor o menor concentración de competencias decisorias en materia empresarial en el ámbito de la entidad directora del grupo.

Siendo éstas las características básicas de las modalidades de grupo hasta ahora descritas, parece oportuno concluir el presente apartado refiriéndonos bre-

---

<sup>215</sup> Desde el Derecho español, ALFONSO SÁNCHEZ, R., *La integración cooperativa y sus técnicas de realización: la cooperativa de segundo grado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000. Más recientemente, EMBID IRUJO, J. M./ALFONSO SÁNCHEZ, R., «Formas no personificadas de integración: grupos cooperativos», en Peinado Gracia, J. I.(dir.), *Tratado de Derecho de sociedades cooperativas*, II, cit., pp. 1229-1262.

vemente a la consistencia de la integración empresarial alcanzada en cada caso, así como a las expectativas que cabe legítimamente presumir respecto de las posibilidades de duración de ambas. En principio, resulta indudable que la figura del grupo jerárquico muestra una estabilidad superior, derivada del control que, de manera directa o indirecta, ejerce la entidad dominante del grupo sobre las entidades dominadas y que hace posible sin demasiados trastornos el ejercicio regular de la dirección unitaria. Dicha estabilidad se acentuará, incluso, conforme el mencionado grupo se encamine hacia una estructura de mayor centralización, dado que, en tal caso, al control que ejerza la entidad directora sobre el resto de sus miembros se añadirá la absorción por aquélla de todas las competencias decisorias relevantes respecto del funcionamiento empresarial del grupo.

Por su parte, el grupo paritario, por su propia naturaleza, estará afectado de una mayor inestabilidad por el hecho de que el fundamento para el ejercicio de la dirección unitaria se encuentra en el acuerdo voluntario de sus entidades integrantes y no en el dominio o control de una de ellas sobre las restantes. Como resulta fácil de imaginar, tal circunstancia obligará a continuos ajustes y negociaciones entre las entidades miembros del grupo a fin de hacer posible su funcionamiento cotidiano, lo que sólo parece compatible con una amplia descentralización organizativa y con la conservación por aquéllas de relevantes facultades decisorias en el ámbito empresarial<sup>216</sup>.

## 2. Posición de la persona jurídica fundacional en el grupo

Cuando se trata de determinar qué modalidad de grupo, de las que sumariamente acabamos de examinar, es más adecuada para hacer posible la integración, en su seno, de una fundación, es preciso inexorablemente vincular el tratamiento de dicho asunto con la posición concreta que corresponda en él a aquella persona jurídica. Y es que la singular naturaleza de la fundación, al menos por lo que al Derecho español se refiere, le impone, como ya se ha advertido en varias ocasiones, el deber de llevar a cabo su concreta actividad al servicio de un fin de interés general (art. 2 LF).

Al mismo tiempo, por el hecho de carecer de miembros o socios<sup>217</sup>, no resulta posible participar en la persona jurídica fundacional poseyendo cuotas

---

<sup>216</sup> Para el análisis de ambas figuras, dentro de la dogmática general del Derecho de grupos en España, véase, entre otros, GIRGADO PERANDONES, P., *La empresa de grupo y el Derecho de sociedades*, cit., pp. 139 y ss., y EMBID IRUJO, J. M., *Introducción al Derecho de los grupos de sociedades*, cit., pp. 36 y ss.

<sup>217</sup> Esta circunstancia, consustancial a la fundación, plantea algunas dificultades a la hora de determinar la estructura de su propiedad, en particular, cuando sea titular de una empresa; sobre este asunto,

o partes de un inexistente capital. La fundación no es, por lo tanto, una entidad cuya posición en el seno de una estructura de grupo sea indiferente o, si se prefiere, fungible, y tal extremo –verdadera circunstancia caracterizadora del grupo de sociedades fundacional– se debe, como no podía ser menos, a la necesidad de promover un fin de interés general.

A tenor de los argumentos que venimos exponiendo, no parece posible que la fundación pueda integrarse en un grupo jerárquico como entidad dominada o controlada y menos, todavía, cuando ese grupo organice la dirección unitaria de manera centralizada<sup>218</sup>; por el contrario, nada se opone a que la misma persona jurídica pueda asumir el papel de cabecera o vértice de un grupo de idéntica naturaleza, siempre que esa función no altere, sino que, al contrario, sirva a la realización del fin de interés general, lo que, a priori, parece compatible tanto con una estructura centralizada como con otra de carácter descentralizado.

Si nos encontramos, en cambio, ante un grupo paritario, el juicio sobre la idoneidad de la persona jurídica fundacional para integrarse en el mismo, desde el punto de vista de su constitución, puede situarse, a priori, en el ámbito de lo permitido; salvo casos extremos, los caracteres de esta singular modalidad de grupo harán compatible, a nuestro juicio, la pertenencia a una estructura económica como la reseñada con la realización del fin de interés general, propio de la fundación. Al mismo tiempo, las interferencias que, como consecuencia de su inserción en el grupo, puedan afectar al Patronato de la fundación, dado su carácter de órgano de gobierno y representación de la entidad, serán, quizá, las cargas mínimas que, como contrapartida, deba asumir la fundación con el objetivo de realizar más plenamente el fin de interés general que le incumbe; ello será así, con particular relieve, si se tiene en cuenta que el grupo paritario, como sabemos, será por definición un grupo descentralizado.

De este modo, sin sufrir el sometimiento permanente a un interés ajeno, lo que sucedería si la fundación se integrara como entidad controlada en un grupo jerárquico, su participación en una estructura empresarial más laxa, como la del grupo paritario, le proporcionará, sin duda, estímulo suficiente y apoyo organizativo para la realización del interés general en un contexto de mayor complejidad.

---

desde la perspectiva del análisis económico del Derecho, véase HANSMANN, H., *La proprietà dell'impresa* (trad. italiana), Bologna, Il Mulino, 2005, pp. 227 y ss.

<sup>218</sup> Véanse, no obstante, los argumentos que, en sentido contrario, aporta KÜNNEMANN, U., *Die Stiftung im System des Unterordnungs-Konzern*, cit., pp. 183 y ss., así como la monografía de HOPPE, K., *Die abhängige Stiftung. Grenzen der Stiftungsautonomie*, cit., *passim*, y las breves consideraciones de EMMERICH, V./HABERSACK, M., *Konzernrecht*, cit., pp. 608, 610 y 611, para quienes, no obstante, la idea de que una fundación puede ser una entidad dependiente dentro de un grupo constituye en Alemania doctrina claramente minoritaria.

Una vez aclaradas, en sus términos básicos, la forma de integración viable de la persona jurídica fundacional en la estructura de grupo, de acuerdo con la tipología esbozada, queda por considerar, en este plano, si dicho grupo habrá de tener una base subjetiva homogénea o si, en cambio, cabe la posibilidad de que al lado de la fundación formen parte del grupo personas jurídicas de distinta naturaleza. En principio, nada hay en los caracteres específicos de la fundación que imponga consecuencias concretas en el tema ahora en estudio.

Al margen de que, por definición, no se puede participar (en el sentido que acabe atribuir a este término dentro del Derecho de sociedades) en una persona jurídica de naturaleza fundacional<sup>219</sup>, y de que, al mismo tiempo, no es posible someterla por la vía del control al ejercicio de una dirección unitaria, su pertenencia a un grupo puede ser plenamente válida con independencia de la condición, asociativa o patrimonial, de las restantes entidades que lo compongan.

En este sentido, el grupo paritario es la estructura empresarial que, a priori, muestra mayor «apertura» desde el punto de vista del problema ahora analizado. Si nos planteamos la conformación de una estructura plenamente homogénea, es decir, compuesta exclusivamente por fundaciones, podrán darse las combinaciones más diversas que quepa imaginar, con inclusión en ellas de todas las sociedades imaginables (mercantiles, cooperativas y civiles), así como de asociaciones, en el grado o medida que requiera el tipo de integración empresarial que se pretenda realizar.

---

<sup>219</sup> Conviene tener en cuenta, no obstante, las posibilidades que para la inserción de «estructuras corporativas» en la fundación permite la autonomía de la voluntad, materia objeto de consideración en fechas no lejanas por algún sector significativo de la doctrina alemana (cfr. por muchos, BURGARD, U., *Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht. Zur Einführung korporativer Strukturen bei der Stiftung*, Köln, Dr. Otto Schmidt, 2006, *in totum*). Los criterios de este autor parecen sintonizar bien con ciertas tendencias observadas en nuestros días en torno a las vertientes esenciales de la constitución y funcionamiento de una fundación, sobre la base, entre otras cosas, de la progresiva pérdida de protagonismo del fundador, entendido como una persona individual que destina parte de su patrimonio a dotar a la futura fundación con un patrimonio suficiente para el cumplimiento de sus fines. No es raro, en este sentido, que, en informaciones de prensa y en foros más especializados, se hable de «participantes» o «miembros» de una fundación. Y la cuestión va más allá, desde luego, de la composición de su Patronato. Con todo, quizá resulte un tanto desmesurado el planteamiento de Burgard al terminar proponiendo, incluso, la aplicación casi plena de las instituciones características del Derecho de sociedades (sobre todo en lo que se refiere al régimen básico de organización de la sociedad anónima) a toda fundación, mediante un ejercicio intensivo de la libertad contractual. Critica este planteamiento, también en el marco del Derecho alemán, REUTER, D. «Stiftungsform, Stiftungsstruktur und Stiftungszweck. Zu neueren Thesen über die Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht», *AcP*, 207 (2007), pp. 1 y ss. La cuestión ahora planteada, ciertamente relevante, parece por el momento ajena a las preocupaciones de la doctrina española en materia de Derecho de fundaciones, aunque pueda tener cierta presencia en la concreta realidad práctica de distintas fundaciones en nuestro país.

## V. FUNCIONAMIENTO DEL GRUPO FUNDACIONAL: EL POSIBLE CONFLICTO ENTRE EL FIN DE INTERÉS GENERAL PERSEGUIDO POR LA FUNDACIÓN Y EL INTERÉS DEL GRUPO COMO UNIDAD EMPRESARIAL

### 1. Consideraciones previas: el alcance efectivo del conflicto entre el interés del grupo y el fin de interés general de la fundación

El hecho de que la fundación forme parte de un grupo, de acuerdo con los postulados que acabamos de señalar, plantea, además de la temática propia del llamado Derecho de grupos, el asunto de la posible contraposición entre el interés de esta modalidad de integración empresarial, así como del que corresponde a las sociedades que lo forman, y el fin de interés general (al menos en el Derecho español<sup>220</sup>) que la fundación ha de promover. Se trata, como se acaba de advertir, de un conflicto específico del grupo de sociedades fundacional, de mayor alcance o, cuando menos, de trascendencia no equiparable respecto del conflicto típico que el grupo «ordinario» de sociedades plantea al ordenamiento jurídico.

Y es que, en este último ámbito, cuando el grupo está integrado por sociedades mercantiles de capital, cualquiera sea la situación que a cada una corresponda, la contraposición entre interés del grupo e intereses de dichas sociedades nos sitúa ante magnitudes del mismo orden, desde un punto de vista cualitativo, si bien diferentes, como es natural, en cuanto a la dimensión de la entidad titular del respectivo interés.

En el caso que ahora nos ocupa, en cambio, el conflicto saca a la superficie la contraposición entre a magnitudes de distinto orden, ya que frente al carácter particular, si se quiere, del interés del grupo, aparece un interés de orden general como elemento distintivo de la fundación integrada en el grupo. Con este contraste no se quiere sugerir, en modo alguno, que el interés limitado a una dimensión meramente económica (esto es, el interés del grupo, al que hemos califica-

---

<sup>220</sup> No conviene olvidar que en otros ordenamientos, como sucede, en concreto, en el Derecho alemán, la fundación, para conseguir la personalidad jurídica, no ha de realizar un fin de interés general. Sobre el Derecho de fundaciones en Alemania, entre otros muchos, SCHLÜTER, A., *Stiftungsrecht zwischen Privatautonomie und Gemeinwohlbindung. Ein Rechtsvergleich Deutschland, Frankreich, Italien, England und USA*, cit., *passim*, BURGARD, U., *Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht. Zur Einführung korporativer Strukturen bei der Stiftung*, cit., *passim* y, más recientemente, a propósito de la reforma del Derecho alemán de fundaciones, WEITEMEYER, B., «Impulse der Stiftungsrechtsreform zur Governance und Transparenz von Stiftungen», *ZGR*, 2019, pp. 238-270, con la amplia bibliografía allí citada. Sobre el significado del fin de interés general para el Derecho español de fundaciones, es obligada, nuevamente, la cita de CAFFARENA LAPORTA, J., «Las fundaciones: fines de interés general, beneficiarios y cláusulas de reversión», *ADF*, 2009, pp. 30 y ss

do de «particular») haya de ceder por sistema ante el mayor alcance social del interés de la fundación, en cuanto interés general. Se entiende, con todo, la especialidad del conflicto y la necesidad de afrontarlo desde una comprensión cabal y simultánea de los intereses potencialmente contrapuestos.

Y es que, en realidad, una vez producido el indicado conflicto, lo que no ha de entenderse, desde luego, como un resultado inexorable, las posibilidades de eficaz resolución del mismo, en términos absolutos, se limitan a dos: dar prioridad al Derecho de fundaciones o, a la inversa, situar en primer plano al Derecho de grupos. Es verdad, sin embargo, que este planteamiento un tanto extremo se aviene mal con la necesidad de «concordancia», tan relevante en la realidad jurídica de nuestros días, sobre todo desde una perspectiva constitucional, entre los diferentes intereses en presencia; por ello, no será insólito, ni mucho menos desdeñable, el hecho de que se busquen soluciones intermedias<sup>221</sup>.

Hemos de tener en cuenta, en todo caso, que si el grupo, en cuanto tal, altera sustancialmente los esquemas consuetudinarios del Derecho de sociedades, con mayor razón surgirán problemas al insertar en dicha estructura una persona jurídica tan singular como la fundación, cuyas características básicas, al menos en su sentido tradicional, no parecen pensadas desde la óptica que ahora nos ocupa<sup>222</sup>. Estas peculiaridades derivan, como es bien sabido, de circunstancias heterogéneas y son, en última instancia, las razones básicas que favorecerán la búsqueda de las mencionadas soluciones intermedias.

Conviene, por lo demás, poner de manifiesto que la potencial conflictividad entre la estructura de grupo y la integración en el mismo de una fundación, o, quizá más propiamente, entre los intereses a los que ambas organizaciones han de servir, no ha de entenderse, a priori, como un argumento que haga imposible de todo punto su compatibilidad. Ya se ha advertido que en nuestro ordenamiento jurídico la participación de una entidad fundacional en el capital de una sociedad mercantil de esta naturaleza es un fenómeno ente-

---

<sup>221</sup> Al respecto, las reflexiones de SCHWINTOWSKI, H., «Die Stiftung als Konzernspitze?», cit., pp. 2739 y ss.

<sup>222</sup> Conviene indicar ahora que un problema parecido, aunque quizá de menor intensidad, se plantea al contemplar la posibilidad de que una sociedad cooperativa pueda integrarse en un grupo de empresas. La singularidad de este agente económico, como entidad democrática y autónoma, con arreglo a los principios cooperativos, dificulta considerablemente su inserción en el grupo como entidad dominada. Nada impide que pueda ser sociedad dominante, siempre que las entidades dominadas no sean sociedades cooperativas; de ahí que la doctrina mayoritaria entre nosotros entienda que es el grupo paritario el mejor instrumento para hacer viable la formación de un grupo de sociedades cooperativas, lo que parece reflejarse en el artículo 78 Lcoop, sobre dicha forma social. Al respecto, véase el completo análisis de ALFONSO SÁNCHEZ, R., *La integración cooperativa y sus técnicas de realización: la cooperativa de segundo grado*, cit., *passim.*, así como, más recientemente, EMBID IRUJO, J. M./ALFONSO SÁNCHEZ, R., «Formas no personalizadas de integración: grupos cooperativos», cit., pp. 1229-1262.

ramente lícito, por presumirse que sirve, en esencia, al mejor destino inversor del patrimonio fundacional. Quizá el legislador español haya pensado que el servicio al interés general puede cumplirse, quizá con mayor plenitud, orientando la inversión del patrimonio fundacional hacia destinos más dinámicos, siempre que, claro está, no se ponga en peligro la solidez y solvencia económicas de la fundación.

Es cierto, con todo, que la licitud de la participación en sociedades de capital no va acompañada de toma de postura alguna, en la LF, alrededor del fenómeno del grupo. Pero que la integración de una entidad fundacional en semejante estructura económica resulta congruente con las previsiones del Derecho español lo prueba el expreso reconocimiento de la contabilidad consolidada de los grupos encabezados por una fundación<sup>223</sup>. Podrá argüirse que el legislador ha comenzado, en este punto, la casa por el tejado, olvidando cuestiones más esenciales de la realidad jurídica propia del grupo. Idéntico reproche podría dirigirse, no obstante, a otras vertientes del tratamiento jurídico del grupo en el ámbito de las sociedades de capital, fenómeno económicamente más relevante que el ahora analizado, y del que, ciertamente, no poseemos muchas referencias en el vigente Derecho positivo español<sup>224</sup>.

Assumiendo, por ello, todos los matices que venimos formulando, cuando se trata de buscar una pista para resolver el conflicto que nos ocupa —en el supuesto de que quepa encontrar una solución plenamente satisfactoria<sup>225</sup>—, ha de excluirse, a nuestro juicio, el criterio absoluto o extremo de dar prioridad a una de las magnitudes o intereses en conflicto; es decir, ni el fin de interés general, servido necesariamente por la fundación, ni el interés del grupo, como patrón al que se ha de ajustar la actividad de quien lo dirija, pueden contemplarse de manera exclusiva y excluyente.

---

<sup>223</sup> Quizá el precepto más relevante, en tal 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». Como es obvio, la norma se refiere al artículo 42, 1.º, del Código de comercio. Para el estudio de la situación anterior a la LF, véase PEDREIRA MENÉNDEZ, J., *Las actividades empresariales de las fundaciones y su tributación*, cit., pp. 290-291.

<sup>224</sup> Sobre el posible contenido de una futura regulación española de los grupos, desde la perspectiva del Derecho de sociedades, véase EMBID IRUJO, J. M., «Una propuesta de regulación legal de los grupos de sociedades en el ordenamiento jurídico español», en Alonso Ledesma, C./Alonso Ureba, A./Esteban Velasco, G. (dirs.), *La modernización del Derecho de sociedades de capital. Cuestiones pendientes de reforma*, II, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, pp. 413-445.

<sup>225</sup> Convendrá recordar, con ORTEGA Y GASSET («Discurso sobre el Estatuto de Cataluña», en *Rectificación de la República. Escritos políticos, III*, Madrid, Revista de Occidente, 1973, pp. 215 y 221), que los problemas realmente importantes no pueden resolverse, sino meramente conllevarse, por lo que, con tal tipo de asuntos, lo mejor que puede hacerse es darles en cada instante «la mejor solución relativa posible».

En las diversas aportaciones doctrinales vertidas sobre la materia, cabe encontrar, no obstante, opiniones favorables a una u otro, quizá más numerosas cuando se opta por la prioridad del interés del grupo. Bien mirado, este criterio mayoritario no deja de tener su sentido, pues, al fin y al cabo, el grupo encabezado por una fundación se convierte en un agente económico en el mercado cuyo régimen jurídico ha de observar como patrón de conducta<sup>226</sup>; al mismo tiempo, no parece posible soslayar, de entrada, las reglas generales características del Derecho de grupos, que habrán de ser tenidas en cuenta si se quiere dar a esta modalidad de empresa el mejor tratamiento posible.

Si se optara, en cambio, por subordinar de manera permanente la vigencia y la efectividad del Derecho de grupos a la promoción del fin de interés general, impuesta a la entidad fundacional, los intereses protegidos por las normas sobre grupos (socios externos, acreedores, trabajadores, etc.) podrían verse en una situación precaria; se pondría en peligro, de este modo, la estructura empresarial del grupo, con las graves consecuencias de diverso orden que de tal hecho pudieran derivarse<sup>227</sup>. Con todo, y para lograr soluciones justas y adecuadas, parece conveniente partir de un criterio de neutralidad respecto de los intereses en conflicto, examinando el problema en las modalidades básicas de organización del grupo (jerárquica o paritaria), y teniendo en cuenta, del mismo modo, el alcance efectivo de la dirección unitaria en su seno (grupos centralizados y descentralizados).

## 2. Vías de tratamiento del conflicto entre el interés general y el interés del grupo

### 2.1 EL CONFLICTO DE INTERESES EN EL ÁMBITO DEL GRUPO JERÁRQUICO: GRUPOS CENTRALIZADOS Y DESCENTRALIZADOS

Ya ha quedado advertido que la única posición viable de la persona jurídica fundacional en el grupo jerárquico se sitúa en la «cima» del grupo, desarrollando, entonces, las funciones típicas de la entidad directora del mismo. Parece conveniente reiterar que entendemos incompatible con su esencia –la

---

<sup>226</sup> Sobre la ordenación jurídica del mercado y el sometimiento a la misma que incumbe a todos los operadores que en él actúen, véase *supra* capítulo primero.

<sup>227</sup> En esta línea parece moverse, KRONKE, H., «Familien- und Unternehmensträgerstiftung», en Hopt, K./Reuter, D. (eds.), *Stiftungsrecht in Europa. Stiftungsrecht und Stiftungsrechtsreform in Deutschland, den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, der Schweiz, Liechtenstein und den USA*, Frankfurt, Carl Heymanns, 2001, pp. 165-167.

defensa y promoción de un fin de interés general— el pertenecer a un grupo como entidad dominada y sometida a las directrices de la entidad dominante, de obligado cumplimiento, como es sabido, si resultan congruentes con el interés de dicha estructura empresarial<sup>228</sup>.

Pues bien, caso de que el grupo esté encabezado por una fundación corresponderá a ésta la dirección unitaria sobre todas las entidades o sociedades que lo componen. Se abre aquí una interesante temática a la hora de plantearse el ejercicio del concreto poder de dirección respecto de las entidades o sociedades dominadas, ya sea directa o indirectamente, por la fundación, que constituye, a nuestro juicio, el punto clave de la temática que venimos examinando.

Como es de suponer, las concretas instrucciones que imparta el órgano competente —el Patronato de la fundación<sup>229</sup>, a nuestro juicio— han de dirigirse necesariamente al cumplimiento del fin fundacional. Pero, al mismo tiempo, hemos de considerar también los perfiles del interés del grupo encabezado por la fundación; si dicho grupo (*rectius*, las entidades o sociedades que lo componen) fuera meramente una prolongación de la persona jurídica fundacional, de su fin o fines específicos<sup>230</sup>, es decir, un grupo centralizado, cabría presumir la identidad entre estos últimos y el interés del grupo en su conjunto. Ello se debería, esencialmente, a que las sociedades dominadas, no obstante su personalidad jurídica propia, carecerían de la autonomía básica para definir un interés social objetivado, que mereciera la debida consideración dentro del grupo. Su funcionamiento, en tal caso, se acercaría mucho más al de un departamento o sección de la entidad dominante (la fundación) que al de una sociedad con personalidad jurídica propia.

En el supuesto que venimos describiendo, la realización del fin de interés general, exigida por el Derecho positivo español como rasgo distintivo de la

---

<sup>228</sup> No es el momento de entrar ahora en el análisis de los límites del poder de dirección en los grupos de sociedades y, especialmente, en los de carácter jerárquico, materia que constituye, como es sabido, el principal banco de pruebas del Derecho de grupos, al menos desde un punto de vista clásico. Esa importancia se aprecia, incluso, en países, como España, donde se carece de una regulación legislativa al efecto, a la vista de lo afirmado en la relevante STS de 11 de diciembre de 2015 en relación, precisamente, con la «supervivencia» de la sociedad dominada como un límite inmanente al poder de dirección en los grupos de sociedades. Sobre dicho fallo, cfr. EMBID IRUJO, J. M., «Interés del grupo y ventajas compensatorias. Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2015», *RDM*, 300 (2016), pp. 301-320.

<sup>229</sup> Sobre el régimen jurídico de dicho órgano, véase *supra* capítulo primero.

<sup>230</sup> Lo que sucedería en el caso de que la fundación constituyera sociedades mercantiles unipersonales, o participara en su capital en una proporción muy elevada, dejando a otro u otros socios una participación irrelevante. En ambos casos, la condición de socio único o de socio ampliamente mayoritario, aplicada a la entidad fundacional, serviría para trazar esa ecuación entre su propio fin —al servicio, no se olvide, del interés general— y el interés del grupo.

fundación, puede encontrarse con algunas dificultades, derivadas, precisamente, del carácter centralizado del grupo que encabeza la fundación. Así, la falta de sustantividad de las entidades dominadas, que se traduce en la ausencia efectiva de un interés propio, implicará, por ejemplo, la tendencia a referir los problemas de responsabilidad de estas últimas frente a sus acreedores e, incluso, frente a sus socios minoritarios o externos, a la «cima» del grupo, es decir, a la entidad que lo encabeza, sometiendo, en su caso, a la fundación a demandas que podrán perturbar, de manera relevante, la consecución del fin de interés general. El fundamento jurídico de tal imputación podrá encontrarse, en un ordenamiento como el español, que carece de un régimen adecuado para los grupos, en la reiterada tendencia de la práctica forense a «levantar el velo» de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles<sup>231</sup>.

Como es sabido, el planteamiento reseñado no conduce inexorablemente a declarar la responsabilidad de la entidad dominante por las deudas de la dominada, cuando ésta resulte incapaz para atender el pago corriente de sus obligaciones; así lo demuestra, más concretamente, la Jurisprudencia española, para la cual la admisión del levantamiento del velo, como *ratio decidendi*, no implica *per se* atribuir a la entidad dominante responsabilidad por las deudas propias de la dominada<sup>232</sup>. No obstante, la respuesta judicial suele variar cuando la demanda proviene de un singular grupo de acreedores, como los trabajadores, respecto de los cuales la Jurisprudencia laboral suele establecer la responsabilidad solidaria de todas las sociedades del grupo por las deudas de una de ellas con sus propios trabajadores<sup>233</sup>. Sin entrar ahora en la pertinencia de tal criterio, sí ha de observarse el peligro que puede suponer su aceptación indiscriminada para la fundación y para la promoción del fin de interés general que le es característico.

Sin embargo, cuando las entidades o sociedades dominadas dispongan de un margen de comportamiento empresarial autónomo, porque, por ejemplo, la fundación, aun siendo entidad controlante, posea una participación minoritaria, o haya limitado su dirección unitaria a aspectos básicos de la organización

---

<sup>231</sup> Con carácter general, ANTUNES, J. A., *Liability of Corporate Groups. Autonomy and control in parent-subsidiary relationships in US, German and EU Law. An international and comparative perspective*, Deventer/Boston, Kluwer, 1994. Entre nosotros, véase la exposición de GIRGADO PERANDONES, P., *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*, Madrid, Marcial Pons, 2002.

<sup>232</sup> Con gran detalle sobre este importante asunto, BOLDÓ RODA, C., *Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho privado español*, 4.ª ed., Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2006. Véase también la STS de 29 de septiembre de 2016.

<sup>233</sup> Con perspectiva crítica, en el marco del Derecho español, aunque el asunto puede considerarse habitual en todos los ordenamientos, ESTEVE SEGARRA, A., *Grupo de sociedades y contrato de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

empresarial, no cabrá hablar, en buena lógica, de identidad entre fin de la fundación e interés del grupo. Si bien el grupo (jerárquico) es, en sus fundamentos, una estructura seriamente influida por la entidad dominante, no cabe desconocer que en los de carácter descentralizado, como los que ahora examinamos, la situación de las sociedades dominadas no puede equipararse a la de meros departamentos empresariales de la entidad dominante carentes de autonomía. Por todo ello, el interés del grupo no puede ser, en tales casos, una mera proyección del fin de interés general perseguido por la fundación. Sin llegar a la oposición y mucho menos al antagonismo entre ambos, sí habrá de señalarse su no plena similitud; cabrá observar, a tal efecto, zonas de coincidencia, zonas de confluencia y zonas, quizá, de conflicto.

Dado que la coincidencia o confluencia de intereses no parecen problemáticas, el tratamiento de las zonas de conflicto servirá para poner a prueba, de entrada, la compatibilidad, aquí defendida, de la fundación con la estructura de grupo. Por lo demás, dicho tratamiento habrá de orientarse, a nuestro juicio, hacia la defensa del fin de interés general, propio de la fundación, sin que ello suponga desconocimiento del interés del grupo y, en la medida de lo posible, del correspondiente a las entidades que lo componen<sup>234</sup>. Caso, no obstante, de que no hubiera concierto posible de los intereses, corresponderá a la fundación resolver el conflicto surgido impartiendo las oportunas instrucciones a la sociedad o sociedades dominadas. Como parece lógico, y según acabamos de decir, la fundación habrá de orientar su comportamiento conforme al fin de interés general que la inspira; pero el respeto, también obligado, al interés del grupo en cuya «cima» se sitúa determinará que las órdenes impartidas por la fundación a las sociedades dominadas no estén legitimadas, a priori, por dicha magnitud.

De este modo, los posibles perjuicios causados a las entidades dominadas por su ejecución serán, *per se*, ilícitos, al ser extravagantes respecto del interés del grupo, por lo que la fundación habrá de compensarlos necesariamente. Esa compensación podrá realizarse, obviamente, de muy diferentes modos<sup>235</sup>:

---

<sup>234</sup> Una propuesta similar parece formular SCHWINTOWSKI, H., «Die Stiftung als Konzernspitze?» cit., p. 2741.

<sup>235</sup> Como permite, de manera destacada, el artículo 2497 del *Codice civile* italiano, introducido en la reforma de 2003 y que constituye una pieza básica del Derecho italiano de grupos, sobre la base de la conocida teoría de las «ventajas compensatorias». La bibliografía sobre esta cuestión es inabarcable en el país transalpino, en muchas ocasiones derivada de concretos supuestos prácticos, donde el debate sobre las circunstancias, caracteres, requisitos y operatividad misma de dichas ventajas, tanto en el terreno sustantivo como procesal, ha adquirido una notable dimensión polémica. Para la comprensión del sistema sigue siendo útil la consulta del relevante trabajo de DENOZZA, F., «Rules vs. Standards nella disciplina dei gruppi: l'inefficienza delle compensazioni «virtuali»», *Giur. Comm.*, 2000 (I), pp. 327 y ss., y se encontrará, entre nosotros, una información adecuada sobre la materia en el reciente estudio de FUENTES NAHA-

asignando una suma monetaria que equivalga al daño sufrido, o a través de la concesión de otras ventajas no inmediatamente monetarias; de manera individualizada, tras cada perjuicio sufrido, o a tanto alzado, de manera global, dentro de un período de tiempo determinado (por ejemplo, al final del ejercicio económico). Y, en todo caso, será pertinente la consideración de la doctrina, de origen italiano, de las «ventajas compensatorias», conforme a la cual el perjuicio a la sociedad dominada puede compensarse por medio de su integración en el grupo y de su acceso a ciertas prestaciones, de diverso signo, que, de otro modo, le serían ajenas. Se trata de evitar, en todo caso, que la entidad o sociedad dominada entre en una situación de insolvencia que le impida hacer frente al pago corriente de sus obligaciones<sup>236</sup>.

Pero, al mismo tiempo, y desde un punto de vista interno de dicha entidad, sus socios minoritarios –verdaderos socios externos del grupo– han de verse compensados por la posible disminución del beneficio social consecuencia de la instrucción (perjudicial) impartida por la entidad dominante del grupo. Todos estos extremos, al menos en sus aspectos básicos, podrían ser objeto de consideración, a falta de normas vigentes al respecto, en el contenido del contrato de grupo que la fundación podría concluir con la o las sociedades dominadas, integrantes del grupo.

En dicho negocio jurídico, de naturaleza organizativa y cuya licitud nos parece cierta en el Derecho español, encuentra expresión la autonomía de la voluntad, indudablemente posible en el Derecho de grupos, como vehículo idóneo para suplir la ausencia de una regulación legislativa de la materia. En este sentido, el contrato de grupo no sólo servirá para disciplinar las relaciones jurídicas surgidas en el grupo, sino también para dar publicidad y «respectabilidad», si cabe hablar en estos términos, a la estructura empresarial encabezada por la fundación, haciendo posible la adecuada resolución de los conflictos entre el interés del grupo y el fin de interés general perseguido necesariamente por aquélla.

---

RRO, M., «La teoría de las ventajas compensatorias y los grupos de sociedades», cit., *passim*, donde se aboga, también en el ámbito del Derecho español de grupos, por una compensación adecuada y cierta, al hilo, entre otras circunstancias, de la conocida STS de 11 de diciembre de 2015.

<sup>236</sup> Como elemento de garantía frente a los acreedores (sobre todo entidades de crédito) de la entidad o sociedad dominada por la fundación, podrá ésta emitir una carta de patrocinio, cuya seguridad para aquellos será tanto mayor cuanto más intenso sea el compromiso asumido en la carta. Sobre este relevante instrumento de garantía en el seno de los grupos, véase SUÁREZ GONZÁLEZ, C., *Las declaraciones de patrocinio. Contribución al estudio de las cartas de comfort*, Madrid, La Ley, 1994. Tiene interés al respecto la STS de 27 de junio de 2016.

## 2.2 EL CONFLICTO DE INTERESES EN EL ÁMBITO DEL GRUPO PARITARIO

Mucho menos problemática resulta la pertenencia de la fundación a un grupo paritario. Por definición, en el seno de dicho grupo no cabe el control de una entidad sobre otra, por lo que la dirección unitaria que se pueda ejercer será, como ya sabemos, el resultado del acuerdo voluntario de las entidades integradas en él. El acuerdo de constitución de un grupo de tal naturaleza reflejará los compromisos a que hayan llegado sus componentes y su cumplimiento podrá ser exigido por quien asuma el ejercicio de la dirección unitaria. Es importante advertir que frente a la dirección «vertical», típica del grupo jerárquico, el grupo paritario da lugar al ejercicio de una dirección unitaria por el consentimiento libre de las entidades que, a través del mismo, se vinculan; se trata, por ello, de una orientación inversa, «de abajo hacia arriba», cabría decir, expresándose, de tal modo, que las propias entidades agrupadas se dotan de un mecanismo de integración empresarial, cuya extensión e intensidad dependerá de su propia voluntad, y no del criterio unilateral de una de ellas, como sucedería en un grupo jerárquico.

Como consecuencia de lo expuesto, no parece especialmente peligrosa para el cumplimiento del fin fundacional la integración de una entidad de esta naturaleza en un grupo paritario<sup>237</sup>. Y ello, tanto si la fundación asume el papel de organizar y coordinar la dirección del grupo, es decir, si se sitúa en la «cima» del grupo, como si carece de esta función. En el primer caso, el ejercicio de las indicadas tareas no suele implicar, según el parecer más extendido en la doctrina, la atribución de responsabilidades subsidiarias o, mucho menos, solidarias, por las deudas de alguna entidad del grupo.

Con mayor razón, habrá de mantenerse este criterio si la fundación se limita a ser un miembro más del grupo, sin especiales atribuciones en punto a su coordinación. Al encontrarnos dentro de una estructura empresarial mucho más flexible y abierta que la del grupo jerárquico, cabe imaginar que será más fácil la convivencia del fin de interés general, propio de la fundación, y del interés del grupo; al fin y al cabo, este último vendrá a ser el resultado de la puesta en común de determinados aspectos de la actuación de las entidades agrupadas y, por ello mismo, su contenido estará seguramente muy cerca de la propia finalidad de estas últimas.

Es verdad, no obstante, que una figura como la del grupo paritario es, como también sabemos, de una relativa inestabilidad en lo que atañe a su es-

---

<sup>237</sup> Así también, a nuestro juicio, SCHWINTOWSKI, H., «Die Stiftung als Konzernspitze?» cit., p. 2741.

estructura y su funcionamiento; por ello, el propósito de ahondar en la integración empresarial pretendida puede conducir, de hecho, a transformarlo en un supuesto de grupo jerárquico. Si tal cosa sucediera, han de traerse a colación las reflexiones más arriba expuestas y excluir, de entrada, la posibilidad de que la fundación deviniera sociedad dependiente; para el caso de que ejerciera la dirección unitaria, nos remitimos a lo que antes se indicó.

## 2.3 LA UTILIDAD DEL CONTRATO DE GRUPO

### 2.3.1 *Consideraciones generales*

El contrato de grupo, al que se ha hecho somera referencia previamente, puede ser un instrumento idóneo de articulación de la empresa de grupo en el marco de los ordenamientos jurídicos, como el español, que se encuentran desprovistos de regulación suficiente de la materia. Se trata, como ya se ha advertido, de un negocio jurídico lícito<sup>238</sup> para organizar con seguridad la compleja realidad de los grupos, con independencia de su organización interna y de las circunstancias subjetivas propias de sus componentes; por tal razón, también servirá para, en nuestro caso, dar un fundamento seguro al supuesto en que sea una fundación la entidad directora de dicha estructura empresarial.

Por su misma razón de ser, corresponde al contrato de grupo ordenar, con carácter abierto, las relaciones entre el fin de interés general, característico de la fundación, y el interés del grupo, como conjunto empresarial por ella encabezado. Podrían contemplarse en el contrato, así, los instrumentos o técnicas adecuados para hacer dialogar ambas magnitudes o para compensar, en su caso, los posibles perjuicios causados como consecuencia de su oposición. Y ello tanto en relación con los grupos jerárquicos como respecto de los paritarios, sin que quepa desconocer que será en los primeros donde ese conflicto de intereses (susceptible de ampliarse, incluso, por la inclusión de los intereses de las sociedades dominadas) alcanzará mayor intensidad y virulencia, con especial repercusión en los grupos altamente centralizados. Quizá de este modo pueda declararse públicamente la seriedad de la estructura del grupo constitui-

---

<sup>238</sup> Sobre la licitud y régimen del contrato de grupo en el Derecho español, véase EMBID IRUJO, J. M., *Introducción al Derecho de grupos de sociedades*, cit., pp. 54 y ss. En realidad, la licitud del contrato de grupo debería darse por sobrentendida si se parte, como así creemos que debe hacerse, de la licitud del grupo, en sí mismo considerado dentro de nuestro ordenamiento y, por lo tanto, de su interés. Al respecto, últimamente, FUENTES NAHARRO, M., «La teoría de las ventajas compensatorias y los grupos de sociedades», cit., pp. 258 y ss.

do y el propósito, esencial en el tema que nos ocupa, de no afectar al cumplimiento del fin de interés general, impuesto por nuestro Derecho a las fundaciones, afirmando que será precisamente a través del grupo como quepa lograr dicho cumplimiento de la mejor manera posible.

Mediante el contrato de grupo, podrá preconstituirse, entonces, la prueba necesaria para evitar o, cuando menos, suavizar, la aplicación indiscriminada e inmediata de técnicas «radicales», como el «levantamiento del velo», con repercusión última en el patrimonio de la fundación y con la puesta en peligro, en definitiva, del cumplimiento por ella del fin de interés general. Por otra parte, también cabrá contemplar en el contrato mecanismos de conciliación y solución de conflictos (como el arbitraje) especialmente relevantes a la hora de considerar el modo de establecer la relación entre el cumplimiento del fin de interés general y la satisfacción del interés del grupo, confirmando, de nuevo, el propósito de establecer una relación equilibrada y compensada entre ambos.

### 2.3.2 *El sistema institucional de protección (SIP) como ejemplo superado de contrato de grupo en el ámbito de las fundaciones*

Con carácter de reminiscencia histórica, a pesar de su cercanía temporal al momento presente, merece la pena aludir, siquiera con brevedad, a un ejemplo concreto grupo de sociedades fundacional, de carácter paritario, y situado en el ámbito específico del sistema financiero español. Nos referimos al llamado «sistema institucional de protección» (SIP), arbitrado entre nosotros, en el marco de la reciente crisis económica, como un arbitrio técnico para favorecer la integración empresarial de las antiguas Cajas de ahorros, cuya naturaleza fundacional, como las de sus equivalentes reguladas en la vigente Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias, resultaba evidente<sup>239</sup>.

Evitando entrar en cuestiones de mayor detalle, sin especial utilidad en nuestros días, conviene recordar que, de acuerdo con lo dispuesto en el Real Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio, el SIP era, en esencia, «un acuerdo contractual» por el que varias entidades de crédito establecían una «entidad central», a

---

<sup>239</sup> Fue en 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, donde se establecía una esquemática regulación del SIP, figura por otra parte contemplada ya en la Ley 13/1985, de 25 de mayo; sobre dicho régimen, MÍNGUEZ HERNÁNDEZ, F. «Estructuras de integración contractuales entre entidades de crédito: los denominados sistemas institucionales de protección. Situación tras los Reales Decretos 6/2010, de 9 de abril, y 11/2010», de 9 de julio, *RMV*, 7 (2010), pp. 101 y ss.

la que correspondía determinar con carácter vinculante políticas y estrategias de negocio, así como los niveles y medidas de control interno y de gestión de negocios. El acuerdo, que se pretendía duradero, implicaba un compromiso mutuo de solvencia y liquidez, dando lugar a la puesta en común de una parte significativa de los resultados de las entidades suscriptoras del SIP. En todo caso, cuando el SIP quedara integrado por Cajas de ahorros, «la entidad central tendrá naturaleza de sociedad anónima y habrá de estar participada por las Cajas integrantes en al menos un 50% de su accionariado».

Con visión retrospectiva, puede decirse que el SIP hacía posible la formación de un grupo fundacional de carácter paritario. Y ello, tanto por razón de su origen, según se acaba de ver, como por causa de la propia naturaleza fundacional de las antiguas Cajas de ahorros, circunstancia que, como se ha intentado mostrar en el presente capítulo, impedía la conversión de tales entidades en sujetos dominados dentro de un grupo.

Pero también puede afirmarse, igualmente de manera retrospectiva, que el funcionamiento de los SIP que llegaron a suscribirse en aquellos difíciles momentos permitió acreditar ese carácter paritario, al ser la sociedad anónima constituida como «entidad central» del SIP una figura al servicio de la integración empresarial pretendida por las Cajas de ahorros suscriptoras y no al revés. Por lo que, en conclusión, la entidad central no dirigía a las Cajas, sino, que éstas, que ocupaban sus órganos en la proporción pactada en el SIP, «se dirigían a sí mismas», si vale la expresión, a través de dicha figura (una auténtica sociedad conjunta o *joint venture*<sup>240</sup>).

## VI. CONSIDERACIONES FINALES

Como se ha intentado mostrar en el presente capítulo, la fundación con empresa ejerce la actividad empresarial de manera indirecta mediante su participación en sociedades mercantiles, por lo común de naturaleza capitalista. No se trata de una exigencia inexorable, si bien el tratamiento que de la participación hace nuestro Derecho promueve este resultado y sirve para legitimar la posición de dominio de la fundación sobre la sociedad participada.

Alrededor de esa participación mayoritaria se concentra, entonces, el régimen jurídico que de la fundación con empresa establece el Derecho español, sin limitar, por otra parte, su alcance. Cabe, por ello, que la fundación se convierta

---

<sup>240</sup> A respecto, entre nosotros, MIQUEL, J., *La sociedad conjunta (joint venture corporation)*, Madrid, Civitas, 1998.

en socio único de la entidad participada y es posible, del mismo modo, que la propia dinámica de ese vínculo real traiga consigo la formación de muy distintos supuestos. En todo caso, la fundación con empresa representa el instrumento privilegiado de acceso a una modalidad de organización empresarial, como es el grupo de sociedades, de progresiva importancia en el terreno que nos ocupa, a pesar de que su articulación jurídica resulta especialmente compleja.

Frente a una opinión, cada vez más minoritaria, que veía inconveniente la inserción de las fundaciones en la estructura empresarial de los grupos, en el presente capítulo se ha defendido la plena legitimidad del supuesto, no sólo por la tutela constitucional de la libertad de empresa, sino por la evolución misma de la realidad social y del Derecho de fundaciones, a partir, entre otros extremos, de la legitimidad para el ejercicio de la actividad empresarial por parte de estas personas jurídicas. El problema principal reside, como se ha intentado mostrar, en la manera de articular los diversos intereses concurrentes en el grupo de sociedades fundacional, desde el interés conjunto de esta modalidad de empresa, hasta el interés general que toda fundación ha de promover, pasando, en último lugar, por los intereses singulares de las sociedades integradas en el grupo.

De lo que se trata, entonces, es de delimitar con precisión las situaciones de grupo en que puede verse envuelta la fundación y de matizar, cuando la misma se sitúe –como sucederá en la mayoría de los casos– en la cima de esta modalidad de empresa, la manera más adecuada de ejercer el poder de dirección en su seno, haciendo viable, sobre todo, la integración de su fin de interés general con el interés colectivo del grupo. Cuando nos encontremos en una situación de grupo centralizado, cabrá pensar que este último sea una mera proyección o extensión del fin fundacional, lo que dará pie, quizá, a referir a la cabeza del grupo –es decir, a la fundación– la causa del comportamiento y de la situación patrimonial de las entidades dominadas, con su posible corolario de imposición de responsabilidades.

Cuando se trate, en cambio, de grupos descentralizados, el margen de autonomía del que dispongan las sociedades dominadas permitirá a la fundación exonerarse de la exigencia de posibles responsabilidades, por lo que, en numerosos casos, no habrá conflicto entre el interés del grupo y el fin de interés general de la fundación. Sólo cuando ese conflicto se dé, la fundación habrá de optar, a nuestro juicio, por el cumplimiento de su propio fin, compensando a la entidad dominada, así como a sus socios y acreedores, de los perjuicios que, en tal caso, pueda producirle su predominio. Se intenta garantizar, de este modo, la coexistencia del Derecho de fundaciones con el Derecho de grupos, mediante el equi-

librio y la satisfacción de los intereses protegidos en ambos sectores, sin dar prioridad, injustificada, en nuestro criterio, a uno frente al otro.

Y porque el tratamiento del grupo de sociedades fundacional muestra carencias reguladoras relevantes por ambos sectores, parece altamente aconsejable para reducir la complejidad del supuesto en estudio el recurso, una vez más, a la autonomía de la voluntad mediante la conclusión del llamado contrato de grupo. Este singular negocio jurídico, de naturaleza organizativa, como es bien sabido, permite hacer posible la conjunción equilibrada de los distintos intereses presentes en el caso, con independencia, incluso, del carácter del grupo (jerárquico o paritario).

## CAPÍTULO IV

### LA FUNDACIÓN BANCARIA

#### I. INTRODUCCIÓN: LA FUNDACIÓN BANCARIA Y LA CRISIS ECONÓMICA

La fundación bancaria, a cuyo estudio se dedica el presente capítulo, representa el último eslabón, por el momento, del todavía muy limitado proceso evolutivo del Derecho español de fundaciones. Creada mediante la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias, bien puede decirse que su surgimiento responde al propósito de paliar, en lo posible, los graves problemas que, en el marco de la Gran Recesión, afectaron al sistema financiero español, con especial incidencia en las antiguas Cajas de ahorros. Cabe afirmar, incluso, que la mencionada ley constituyó un señalado ejemplo de «Derecho de la crisis», categoría no bien delimitada, pero de extraordinario relieve en el intento de luchar, desde el Derecho, contra las consecuencias más negativas de la crisis económica<sup>241</sup>.

Es bien sabido que la fundación, como institución jurídica, ha tenido considerable importancia en la realidad concreta del sistema financiero español y bien podría decirse por ello que los primeros y relevantes ejemplos del ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones se dieron en dicho sector. Naturaleza fundacional tenían, en efecto, las antiguas Cajas de ahorros, a pesar

---

<sup>241</sup> Sobre el Derecho de la crisis económica, véase EMBID IRUJO, A., *El Derecho de la crisis económica*, Zaragoza, Universidad de Zaragoza, 2009, y, del mismo autor, *La constitucionalización de la crisis económica*, Madrid, Iustel, 2012; desde la perspectiva societaria, EMBID IRUJO, J. M., *Sobre el Derecho de sociedades de nuestro tiempo. Crisis económica y ordenamiento societario*, Granada, Comares, 2013.

de que así no se reconociera en numerosas ocasiones y sin perjuicio de que el legislador no extrajera, por desgracia, las consecuencias que de semejante extremo podían deducirse. La misma naturaleza mantienen las Cajas reguladas en la Ley 26/2013, a pesar de su escasa, por no decir nula, importancia en la realidad actual de las entidades de crédito españolas.

Por su parte, la fundación bancaria, también regulada en la Ley 26/2013, con naturaleza y función similar a la institución homónima del Derecho italiano<sup>242</sup>, es el resultado de la conversión de algunas de las antiguas Cajas de ahorros (las que, como es sabido, no sucumbieron a la crisis), por precisa imposición de la Unión europea en el marco de su amplia y complejo tratamiento de la resolución de las entidades de crédito<sup>243</sup>. Por la terminología empleada, así como, sobre todo, por la regulación establecida, no parece dudoso que nos encontremos ante una entidad de naturaleza fundacional.

Con todo, y a pesar de lo azaroso de su surgimiento, dotado, a la vez, de una cierta provisionalidad, es lo cierto que, transcurridos algunos años, la fundación bancaria mantiene un significativo relieve en nuestro sistema financiero gracias a su relevante participación en el capital de algunos destacados bancos españoles. Obsérvese que, de este modo, la figura en estudio no llega a ser, propiamente, una entidad de crédito, ya que el ejercicio efectivo de las actividades propias de dicho ámbito empresarial corresponde a la entidad (por regla general, una sociedad anónima bancaria) participada mayoritariamente por la fundación<sup>244</sup>.

---

<sup>242</sup> La bibliografía sobre las fundaciones bancarias en Italia es inabarcable, por lo que se remite al lector a algunos trabajos introductorios, como los de CALANDRA BUONAURA, V., «Le fondazioni bancarie come investitori di lungo periodo», *Banca, Impresa, Società*, 3 (2010), pp. 375-402, y COSTI, R., «L'ambiguo ruolo delle fondazioni bancarie», *Diritto della Banca e del Mercato Finanziario*, 4 (2012), pp. 597 y ss.

<sup>243</sup> Entre las numerosas aportaciones al estudio de este complejo proceso, cfr. MARDOMINGO COZAS, J./SÁNCHEZ MONJO, M., «La transformación de las Cajas de ahorros en fundaciones de carácter especial. Análisis práctico y normativo», *RMV*, 12 (2013), pp. 169-184. Conviene señalar que una idea semejante, cuando no igual, a la plasmada finalmente en la Ley 26/2013, se había expresado por algunos autores en épocas ya relativamente ajenas y, por tanto, también anteriores a la regulación de las fundaciones bancarias en Italia. Esa idea surgió y vino a ganar consistencia teórica cuando se discutía, con cierta abstracción, del futuro jurídico y no sólo económico o empresarial, de las Cajas de ahorros [cfr., por muchos, SÁNCHEZ CALERO, F., «La identidad de las Cajas de ahorros: pasado, presente y futuro», *RDBB*, 43 (1991), pp. 557-583]. Calificar de abstracta dicha reflexión quiere decir que las propuestas expresadas en su momento no venían motivadas por una situación de crisis o de dificultad que hiciera urgente la modificación de tradicional modelo jurídico; se trataba, más bien, de evitar, para un futuro indeterminado, algunos inconvenientes, reales o presuntos, directamente derivados de la naturaleza fundacional de las Cajas.

<sup>244</sup> A pesar de su común naturaleza fundacional, la circunstancia descrita en el texto constituye la diferencia más significativa entre las antiguas Cajas de ahorros (y, del mismo modo, las nuevas) y la fundación bancaria. No es del todo seguro que la desvinculación, desde el punto de vista jurídico, entre la misma y el ejercicio efectivo de la actividad propia del mercado del crédito (que se ejercerá directamente por la

## II. LA ESPECIALIDAD DE LA FUNDACIÓN BANCARIA

Al margen ahora de estas circunstancias, suficientemente conocidas y que, por ello, no serán tratadas aquí, interesa destacar respecto de la figura en estudio, de acuerdo con el planteamiento que inspira la presente obra, su evidente naturaleza fundacional, y no sólo por razón de su nombre, como ya se ha dicho; fundación, eso sí dotada de notables elementos singulares, en el marco de su específica regulación normativa, concretada, casi de manera plena, en la mencionada Ley 26/2013<sup>245</sup>. Buena parte de dicho régimen, con todo, trasciende el significado institucional que aquí se considerará, aunque parta de él, y debe situarse, no obstante la precisión antes efectuada sobre el auténtico papel de nuestra figura en el ámbito del crédito, en el sector del mercado financiero, con importante incidencia de diversas consideraciones más propias del Derecho público.

Antes, no obstante, de adentrarnos en el análisis del régimen jurídico de la fundación bancaria, tanto en lo que se refiere al conjunto normativo que le pueda resultar aplicable, como a la delimitación de sus caracteres y naturaleza, interesa dilucidar su efectiva posición en el ámbito del Derecho español de fundaciones. Se trata, en efecto, de ver si la fundación bancaria, no obstante su calificativo y su regulación, singularizada frente a la LF y el RF, es una figura del todo idéntica a la persona jurídica contemplada en estos textos o, en cambio, si goza de un estatuto especial, como consecuencia, entre otras cosas, de

---

entidad participada por la fundación) pueda considerarse absoluta, teniendo en cuenta, como se verá más adelante, el hecho de que la fundación bancaria ocupará, por regla general, una posición predominante en el seno de la sociedad que ejerza dicha actividad. Por esta circunstancia, así como por la práctica observada entre nosotros desde la entrada en vigor de la Ley 26/2013, no puede decirse seriamente que la actividad empresarial ejercida por la sociedad participada por la fundación resulte ajena a ésta.

<sup>245</sup> Para el análisis completo y minucioso de dicha ley, véase Empananza Sobejano, A. (dir.), *Comentarios a la ley de cajas de ahorros y fundaciones bancarias*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015. Son escasas, con todo, las normas posteriores relativas a nuestra figura. Alguna de ellas, como la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, la ha modificado, pero de manera no especialmente relevante. Han completado y desarrollado lo dispuesto en la Ley 26/2013, por su parte, el Real Decreto 877/2015, de 2 de octubre, por el que se regula el fondo de reserva que deben constituir determinadas fundaciones bancarias, y la Orden ECC/2575/2015, de 30 de noviembre, relativa al contenido, la estructura y los requisitos de publicación del informe anual de gobierno corporativo, así como a las obligaciones de contabilidad que incumben a las fundaciones bancarias. Por último, en nada parecía afectar el Anteproyecto de Ley de fundaciones, de 2014, a la Ley 26/2013, a pesar de que no era fácil de comprender el significado de su disposición adicional novena («fundaciones bancarias»), según la cual dichas entidades «se regirán por lo dispuesto en la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias». Aunque la cuestión carece por completo de trascendencia en el momento presente, conviene advertir que dicha disposición, queriendo mantener e, incluso, intensificar la especialidad de la fundación bancaria, terminaba por modificar su regulación, pues el artículo 33 de la Ley 26/2013, consideraba (y considera) a la legislación fundacional como Derecho supletorio en el tratamiento de nuestra figura.

que la Ley 26/2013 constituya, a la sazón, una *lex specialis*, frente a los textos generales que se acaba de mencionar.

Y es que, de acuerdo con esta apreciación, sería posible imaginar que con la creación de la fundación bancaria, sin perjuicio de su evidente naturaleza fundacional, se ha querido articular normativamente un agente estable dentro del sistema financiero español, a pesar de que, en sentido propio, no lleve a cabo de manera directa las actividades características de dicho ámbito, como es notorio.

Si se mira bien, no obstante, hay algunos extremos en el tema que nos ocupa susceptibles de alterar la expresada conclusión. Y es que, en realidad el surgimiento de nuestra figura no respondió a una orientación previa y determinada, sino que fue el resultado, si se quiere imprevisto, de un cúmulo de circunstancias diversas sobre cuya base se produjo la señalada conversión de algunas de las antiguas Cajas de ahorros en fundaciones bancarias. A la vista, entonces, de esta apreciación no sería imposible pensar, incluso, que la figura en estudio mereciera el calificativo de entidad excepcional, y no meramente especial, sólo explicable por el contexto de la crisis.

El debate entre la excepcionalidad y la especialidad de la fundación bancaria no es una mera cuestión teórica, sin trascendencia alguna para su análisis desde la perspectiva que ahora nos ocupa; se trata, al contrario, de un asunto relevante –por lo común, eludido en nuestra doctrina– para su adecuada comprensión como figura relevante en el mercado del crédito, pero también para su preciso tratamiento en el marco del Derecho de fundaciones<sup>246</sup>.

Si reiteramos la consideración de la Ley 26/2013 como ejemplo auténtico de «Derecho de la crisis», sería lógico atribuir a la mencionada Ley y, por tanto, a la fundación bancaria, carácter excepcional, del mismo modo que se ha aplicado ese calificativo a muchas de las normas promulgadas en el marco temporal atribuido convencionalmente a la propia crisis<sup>247</sup>. Esa calificación, por otra par-

---

<sup>246</sup> Si en un primer momento, por la novedad de la tipificación, no faltaron trabajos diversos sobre la fundación bancaria, debe reseñarse en los últimos tiempos un cierto desinterés doctrinal, quizá debido a su «normalización», si cabe el término, en el marco de la realidad del mercado financiero español; o, como se indica en el texto, su conversión en una figura especial, dentro del Derecho de fundaciones, frente a su, en apariencia, originario carácter excepcional. Pueden verse, con todo, los trabajos de RONCERO, A. «El régimen previsto para las fundaciones bancarias en la Ley de cajas de ahorros y fundaciones bancarias», *ADF*, 2013, pp. 57-134, ALONSO LEDESMA, C., «Las fundaciones bancarias», en Emparanza Sobejano, A. (dir.), *Nuevas orientaciones en la organización y estructuración jurídica de las fundaciones*, Madrid, Marcial Pons, 2014, pp. 133-174, ARIÑO ORTIZ, G., *Cajas de ahorros y fundaciones bancarias*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014.

<sup>247</sup> A propósito del Derecho concursal, sostiene este criterio, ciertamente fundado, OLIVENCIA, M. «Reforma concursal y crisis económica», en Fernández de la Gándara, L./Embuid Irujo, J. M./Recalde Castells, A./León Sanz, F. (dirs.), *Liber Amicorum Prof. José María Gondra Romero*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 526 y ss.

te, no se formula de manera abstracta o especulativa, sino con la específica finalidad de atraer sobre dicha norma y sobre nuestra figura los consolidados criterios existentes en el mundo jurídico sobre el tratamiento operativo de los supuestos excepcionales. Uno de ellos, quizá el más importante, postula, precisamente, su estricta interpretación, por lo que no cabrá, en modo alguno, la extensión o aplicación analógica de su contenido ordenador.

Sin perjuicio de lo que antecede, parece igualmente indudable que la vigencia de la Ley 26/2013, a pesar de su origen, no se ha circunscrito al período de tiempo que, de manera más o menos aproximada, ha correspondido a la crisis, en el caso de que pueda considerarse definitivamente superada. Del mismo modo, la fundación bancaria se mantiene en nuestros días como institución libre y plenamente operativa, dejando por completo al margen las circunstancias que dieron origen a su creación y configuración en la mencionada ley. Por tanto, no constituye especulación intelectual alguna el hecho de considerar verosímil su mantenimiento en el inmediato futuro, sin perjuicio de que, esa «longevidad» pueda dar lugar, en su caso, a tensiones y problemas ajenos a las previsiones iniciales del legislador.

La vigencia, entonces, de una figura jurídica como la fundación bancaria más allá del marco temporal delimitado por las circunstancias que justificaron su creación no representa, en verdad, algo nuevo y desconocido por el Derecho y los juristas. Se trata, más bien, de un ejemplo más de la nada infrecuente contraposición –o, si se prefiere, desvinculación– entre la *voluntas legis*, más objetiva y, a la vez, permeable a la evolución de las condiciones sociales y económicas, y la *voluntas legislatoris*, directamente vinculada con los motivos encaminados a la elaboración y aprobación de una determinada norma. De esa contraposición suelen surgir, como es notorio, diferentes resultados interpretativos, lo que en el caso de la Ley 26/2013, y, especialmente, respecto de la fundación bancaria, puede tener importantes repercusiones.

Por lo expuesto, la, sin duda, inicial excepcionalidad de nuestra figura puede transmutarse en mera especialidad, circunstancia a la que seguramente asistimos desde hace algún tiempo. Ello significa, desde luego, desvincular a la fundación bancaria de su origen, es decir, de los criterios de política jurídica y de las razones económicas que se encuentran en la base de su tipificación en la Ley 26/2013, lo que conduce, de hecho, a considerarla, en principio, un agente estable, a la vez que especial, dentro del sistema económico y financiero de nuestro país.

Pero esa especialidad puede ser contemplada, del mismo modo, desde la vertiente relativa a su naturaleza jurídica; nuestra figura viene a ser, entonces y como ya se ha anticipado, una fundación en sentido estricto, desde luego, do-

tada, a la vez, de una marcada singularidad, cuyo detalle aparece reflejado en la Ley 26/2013. La combinación de esta disciplina junto con la vigente legislación fundacional, de acuerdo con lo preceptuado por el art. 33 de la mencionada ley<sup>248</sup>, será el elemento clave para comprender el sentido y fin de la fundación bancaria, al tiempo que permitirá delimitar, de manera concreta, los perfiles de su régimen jurídico fundamental.

### III. LAS FUENTES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA FUNDACIÓN BANCARIA

#### 1. Las fuentes normativas

##### 1.1 EL PUNTO DE PARTIDA: LA CONCURRENCIA DE LA LEY 26/2013 Y LA LEGISLACIÓN FUNDACIONAL

Afirmada ya la especialidad de la fundación bancaria, se hace preciso iniciar su tratamiento con la delimitación del Derecho que le sea aplicable, cuestión que, como es sabido, se aborda en el artículo 33 de la Ley 26/2013, en el que se contemplan las fuentes normativas del régimen jurídico correspondiente a la fundación bancaria. Dicho precepto, en su breve enunciado muestra una claridad tan llamativa que parece hacer innecesaria toda labor hermenéutica al respecto<sup>249</sup>. En él, en efecto, se enumeran los bloques normativos básicos dentro del tema que nos ocupa: la propia Ley 26/2013 y como Derecho aparentemente supletorio la legislación fundacional, bien del Estado, bien de carácter autonómico, que resulte pertinente. Con todo, para que este sencillo enunciado resulte plenamente operativo deberá el jurista llevar a cabo un esfuerzo interpretativo considerable, circunstancia que, una vez más, sirve para confirmar la habitual inexactitud del conocido brocardo *in claris non fit interpretatio*.

En este sentido, de entrada, habrá que atender a lo dispuesto en la Ley 26/2013, por ser la creadora de la institución y por establecer las reglas fundamentales para su tratamiento, sobre todo en lo que se refiere a sus aspectos orgánicos, a las circunstancias y consecuencias de la participación en la enti-

---

<sup>248</sup> Cfr. EMBID IRUJO, J. M., «Artículo 33», en Emparanza Sobejano, A., (dir.), *Comentarios a la ley de cajas de ahorros y fundaciones bancarias*, cit., pp. 417-424.

<sup>249</sup> El precepto dice así: «Las fundaciones bancarias quedarán sujetas al régimen jurídico previsto en esta Ley y, con carácter supletorio, bien a la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, bien a la normativa autonómica que resulte de aplicación». En el presente capítulo, con todo, nos limitaremos a considerar algunos aspectos de la legislación fundacional del Estado, sin aludir a las normas sobre la materia dictadas por las comunidades autónomas, no obstante su variedad e interés.

dad de crédito, así como, finalmente, a su régimen de control y supervisión. Reforzando ahora lo antes establecido, puede afirmarse ahora, con certeza, que la mencionada Ley ha dado vida a una *fundación especial*<sup>250</sup>, lo que, sin menoscabar su indiscutible naturaleza fundacional, le otorga una posición singular dentro del Derecho de fundaciones.

Con todo, la disciplina contenida en la Ley 26/2013, sin perjuicio de su aplicación inmediata a la fundación bancaria, modula y filtra el segundo bloque normativo a ella aplicable, y que se integra, como ya sabemos, por la legislación de fundaciones aplicable, estatal o autonómica, según el caso. No parece acertado, sin embargo, sostener, como se hace en el artículo 33, que dicho bloque normativo tenga «carácter supletorio». Como es bien sabido, una regulación merece ese calificativo cuando, por expresa indicación del legislador, viene a cubrir las lagunas o los vacíos dejados por otra directamente conectada con el supuesto de hecho o figura institucional regulada. En el presente caso, la legislación fundacional desborda la función supletoria que le asigna expresamente el mencionado precepto y constituye, en numerosos supuestos, normativa de aplicación inmediata a la fundación bancaria.

Pero, como resulta evidente, dicha regulación no es la única aplicable a nuestra figura, sino que concurre junto con la que, de manera especial, se contiene en la Ley 26/2013. Ante ese fenómeno de concurrencia normativa sobre una misma institución, se hace preciso establecer el oportuno orden de prelación cuando los correspondientes preceptos pudieran contener un tratamiento diverso o, incluso, contradictorio; y ello sin perjuicio de señalar que, en ocasiones, las diferencias existentes entre el régimen especial y la común normativa fundacional pueden no impedir su aplicación conjunta, observando, claro está, el principio que se acaba de enunciar, así como la necesaria congruencia de la solución que llegue a adoptarse.

## 1.2 LA LEY 26/2013 COMO *LEX SPECIALIS* DE LA FUNDACIÓN BANCARIA: CARACTERÍSTICAS Y EFECTOS

Ante la advertida concurrencia normativa, no parece difícil sostener que la clave para su resolución, en caso de conflicto, es la que se deriva de la

---

<sup>250</sup> De ello se hacía eco, en forma, si se quiere, extrema, el Anteproyecto de Ley de Fundaciones, antes aludido, en cuyo artículo 23, al señalarse las reglas a las que habría de atenerse el ejercicio de actividades mercantiles por las fundaciones, excluía expresamente de su campo de aplicación a las fundaciones bancarias, regidas por la Ley 26/2013. No es seguro que ese planteamiento fuera acertado, por el carácter evidentemente incompleto de su regulación en la mencionada Ley.

especialidad que ha de atribuirse a la Ley 26/2013, lo que conduce a sostener en tales casos, como es bien sabido, su prioridad, en cuanto *lex specialis*, y la consiguiente exclusión del Derecho general de fundaciones, estatal o autonómico. En ocasiones, la regla de la especialidad puede llegar a manifestarse, cabría decir, de manera negativa, esto es, excluyendo la aplicación de una norma propia del Derecho de fundaciones respecto de un supuesto carente de disciplina particular en la *lex specialis*; es el caso, en concreto, de la disposición adicional tercera de la Ley 26/2013 cuando señala que las fundaciones bancarias «no estarán sujetas a los límites establecidos en el artículo 27 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones», relativos al destino de rentas e ingresos<sup>251</sup>. Sin entrar ahora en el detalle de tan importante asunto, resulta obligado advertir que dicha disposición adicional sólo será aplicable a las fundaciones bancarias sometidas a la LF, o sea, a las fundaciones bancarias «estatales».

Ahora bien, por no ser el artículo 27 LF una norma de aplicación general, según lo que se deduce de la disposición final primera de la propia LF, cabría la posibilidad de que en la legislación de fundaciones de las comunidades autónomas existiera un régimen distinto, de indudable aplicación a las fundaciones bancarias sometidas a la correspondiente normativa, sobre la base de lo dispuesto, precisamente, en el precepto que comentamos. Está por ver, entonces, el sentido que debería darse a la disposición adicional tercera de la Ley 26/2013 respecto de tales supuestos; a nuestro juicio, y por obvias razones de igualdad de trato, al tratarse de un operador del mercado, la fundación bancaria «autonómica» no debería estar sometida a los límites sobre el destino de rentas e ingresos establecidos, en su caso, dentro la normativa fundacional de su comunidad autónoma que le resultara aplicable<sup>252</sup>. Se trata de una interpre-

---

<sup>251</sup> Al respecto, BOLDÓ RODA, C., «Disposición adicional tercera», en Empananza Sobejano, A., (dir.), *Comentarios a la ley de cajas de ahorros y fundaciones bancarias*, cit., pp. 639-643.

<sup>252</sup> En realidad, la distinción que se traza en el texto entre fundaciones bancarias «estatales» y «autonómicas» tiene una finalidad aclaradora o, si se quiere, pedagógica, antes que técnico-jurídica. Porque, si se mira bien, la fundación bancaria es, desde el punto de vista del Derecho, una institución única, siendo también único el régimen que, como fundación especial, le corresponde y que, según venimos diciendo, se ubica en la Ley 26/2013. Con todo, las particularidades de la organización territorial española permiten que, en el marco de esa legislación específica, a la vez que básica, puedan encontrarse matices y regímenes singulares, que, en el caso de las fundaciones bancarias, han dado lugar como sabemos a la promulgación de distintas leyes en ciertas autonomías. Las posibles diferencias entre unas y otras fundaciones bancarias podrán derivarse, entonces, de esa pluralidad legislativa y también, según se ha indicado en varias ocasiones, de la diversa normativa fundacional que pueda serles de aplicación, en cuyo análisis detallado tampoco es posible entrar ahora. De ahí, por tanto, los matices expuestos en el texto, que quizá puedan llegar a tener alguna significación concreta si existieran diferencias relevantes entre las normas fundacionales aplicables en cada caso. Tal vez sea este el motivo principal, aunque seguramente no único, por el cual pretendió el Anteproyecto de Ley de Fundaciones deslizar a las fundaciones bancarias del Derecho general de fundaciones.

tación que a la idea de igualdad de trato de todas las fundaciones bancarias en nuestro país, suma el dato de la especialidad de la figura y, por ello, la consiguiente necesidad de proporcionar a dichas entidades un estatuto jurídico diferenciado frente a las restantes fundaciones<sup>253</sup>.

### 1.3 ALCANCE EFECTIVO DE LA REMISIÓN LEGISLATIVA AL DERECHO DE FUNDACIONES

Los términos con los que se contempla, dentro del precepto en estudio, la remisión a la normativa de fundaciones, no obstante su aparente claridad, obligan a formular algunos matices, como consecuencia del modo restrictivo y asimétrico con que se alude a dicho cuerpo normativo, según su ámbito. Así, debe destacarse la mención exclusiva de la «Ley 50/2002, de 26 de diciembre», en lo que atañe a la regulación estatal de las fundaciones, en abierto contraste con la remisión a la «normativa autonómica» en la materia. Resulta indudablemente más correcta esta segunda referencia, al comprender no sólo la ley que, en su caso, haya podido promulgarse en cada comunidad autónoma, sino también las normas de rango inferior elaboradas para su desarrollo o ejecución.

Parece evidente, al mismo tiempo, que habrá de mantenerse la misma interpretación cuando se trate de determinar el régimen jurídico de las fundaciones bancarias de ámbito estatal; habrá que incluir, por ello, en la remisión contenida en el artículo 33 de la Ley 26/2013, a textos tan relevantes como el RF y el Real Decreto 1611/2007, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Fundaciones de competencia estatal<sup>254</sup>. Y respecto de todas las fundaciones bancarias, cualquiera sea su ámbito territorial, resul-

---

<sup>253</sup> La tentación de llamar «ordinarias» a todas las fundaciones que no sean bancarias es demasiado grande como para silenciarla ahora. Incluso, la propia Ley 26/2013 utiliza esta terminología en varios de sus preceptos, como, por ejemplo, los artículos 35 y 36. En realidad, esta rotunda contraposición entre un bloque ampliamente mayoritario, que serían las fundaciones ordinarias, y uno con escaso número de integrantes (las fundaciones bancarias), puede encontrar su base en la propia legislación fundacional, donde todas las personas jurídicas de esta naturaleza se nos muestran sometidas, en apariencia, a un régimen común, sin aparentes resquicios para la diversidad institucional. No es seguro, sin embargo, que esta premisa sea del todo congruente con la situación efectiva de nuestro Derecho de fundaciones, donde algunas figuras, como la fundación empresaria, gozan, como ya sabemos (cfr. *supra* capítulo segundo) de algunas especialidades notables, aunque la legislación, eso sí, apenas se haya hecho eco de ellas. Sobre la dialéctica «general-especial» en el Derecho de fundaciones, EMBID IRUJO, J. M., «Fundación, Empresa, Patronato», en Empanza Sobejano, A. (dir.), *Nuevas orientaciones en la organización y estructuración jurídica de las fundaciones*, cit., pp. 17-48, especialmente pp. 26 y ss.

<sup>254</sup> Al respecto, LA CASA GARCÍA, R., «La publicidad registral de las fundaciones y el Registro Mercantil», *RDM*, 292, 2014, pp. 121 y ss. Téngase en cuenta, además, la Orden PRE/2537/2015, de 26 de noviembre, por la que se dispone la entrada en funcionamiento y la sede del Registro de Fundaciones de Competencia Estatal.

tarán aplicables numerosos preceptos de la LF, de aplicación común a todas las fundaciones, tal y como se advierte en su disposición final primera.

Está por concretar, finalmente, el relieve que podría tener, en punto a la delimitación del conjunto legislativo aplicable a las fundaciones bancarias, el hecho de que esta figura, con especial significación, merezca el calificativo de operador económico en el mercado y, seguramente, también el de fundación empresaria. Este último calificativo se deduce no sólo de la alteridad de la fundación bancaria respecto de la entidad de crédito participada (lo que la sitúa, a priori, en el ámbito de la fundación con empresa), sino, sobre todo, de que su actividad específica consiste en gestionar su participación en esta última; circunstancia ésta que, en bastantes casos, conducirá, según tendremos ocasión de ver, a que la fundación bancaria sea también gestor de la entidad participada en cuanto tal.

Como hemos sostenido en otros apartados de la presente obra, la consecuencia principal de que una fundación pueda ser calificada, además, como empresaria, trae consigo el sometimiento ineludible de la misma al Derecho del mercado y, en igual forma, a amplios sectores del Derecho mercantil, sin entrar ahora en las posibles interconexiones de dichos ámbitos normativos. Y todo ello, sin perjuicio de que algunas de las ramas integrantes de esta última disciplina, como el Derecho de sociedades, puedan ser traídas a colación no tanto o no sólo por su naturaleza mercantil, sino por su influencia determinante en la configuración de determinados aspectos del régimen jurídico de las fundaciones.<sup>255</sup>

## 2. El relieve de la autonomía de la voluntad en el régimen jurídico de la fundación bancaria

No quedaría completa la alusión al régimen jurídico de la fundación bancaria o, más propiamente, a sus fuentes específicas, si al lado de las fuentes normativas, de extraordinaria importancia, como se ha acaba de advertir,

---

<sup>255</sup> Véase para todos estos extremos lo indicado *supra* capítulo primero. Conviene señalar, por otra parte, que la disposición final décima de la Ley 26/2013 invoca el título competencial exclusivo del Estado en materia de legislación mercantil (art. 149.1.6.ª CE) para dar cobertura a su articulado, pero sólo en lo relativo a «obligaciones de gobierno corporativo y régimen especial y supletorio de la normativa societaria». También constituye un título parcial el relativo a Hacienda General y Deuda del Estado (art. 149.1.14.ª CE), en lo concerniente al capítulo VII del título II y las disposiciones finales primera, segunda, tercera y quinta. Alcance genérico tienen, en cambio, los títulos a los que se refiere el artículo 149.1, reglas 11.ª y 13.ª CE, que atribuyen al Estado las competencias sobre bases de la ordenación del crédito, banca y seguros y bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, respectivamente. Sobre todo ello, véase MESTRE DELGADO, J. F., «Disposición final décima», en Emparanza Sobejano, A. (dir.), *Comentarios a la ley de cajas de ahorros y fundaciones bancarias*, cit., pp. 764-766.

no se contemplara el posible papel que, en su caso, podría desempeñar la autonomía de la voluntad. Y es que, dado el carácter de persona jurídica de Derecho privado que ha de atribuirse a nuestra figura, sin perjuicio del indudable relieve que en su conformación y tratamiento tienen consideraciones diversas de ámbito general<sup>256</sup>, resulta del todo pertinente la pregunta que ahora nos planteamos.

A favor del alcance limitado de la autonomía de la voluntad en la configuración específica de la fundación bancaria juega de manera indiscutible la preeminencia de las fuentes legislativas a las que se ha hecho ya alusión, gracias, entre otros extremos, a la señalada imperatividad de muchas de sus normas. Esta circunstancia, que resulta evidente en el caso de la Ley 26/2013, tiene también hondo significado en el Derecho de fundaciones (la otra vertiente, como sabemos, del régimen normativo de la fundación bancaria), como consecuencia, sin duda, del carácter de institución heterónoma que ha de reconocerse a toda fundación.

En este sentido, parece evidente que el fundador, soslayando ahora la temática específica de la fundación bancaria, goza de una amplia libertad negocial, puesta de manifiesto precisamente en el momento constitutivo de la entidad por él concebida y creada; y resulta también notorio que la propia fundación, una vez constituida, ha de situarse en un terreno circunscrito, de un lado, por la voluntad del fundador, y de otro, por la necesidad inexorable de cumplir, a lo largo de su existencia como persona jurídica, un fin de interés general.

Se entiende, de este modo, que no haya merecido especial atención por parte de los estudiosos el juego efectivo de la autonomía de la voluntad en el marco del Derecho de fundaciones. Pero parece evidente que la singular evolución de estas personas jurídicas, sobre todo en el caso de las de naturaleza privada, es susceptible de impulsar nuevas reflexiones en la materia, a tenor, por otra parte, de las posibilidades de obrar que la propia legislación, en ocasiones, abre y que gravitarán en su ejercicio, esencialmente, sobre el Patronato, como entidad responsable de la dirección y representación de la entidad<sup>257</sup>.

---

<sup>256</sup> Como se deduce, por ejemplo, de las amplias facultades de supervisión que sobre su actividad y funcionamiento se atribuyen al Banco de España en la Ley 26/2013.

<sup>257</sup> Véase, por ejemplo, la posibilidad de crear órganos distintos del Patronato consagrada en el artículo 16, 2.º LF. Es verdad que para el funcionamiento autónomo del propio Patronato puede suponer un serio inconveniente el ejercicio efectivo por el fundador de su libertad negocial, como se deduce, por ejemplo, de lo dispuesto en el artículo 29, 1.º LF, en materia de modificación de los estatutos de la fundación; no obstante, dicho precepto, en consonancia con la realidad actual de nuestra figura, reconoce un cierto margen de maniobra al Patronato, susceptible, por otra parte, de consolidarse en el concreto funcionamiento práctico de la fundación. Pero no sólo en la vertiente interna de la persona jurídica fundacional habrá que apreciar el juego posible de la autonomía de la voluntad; precisamente por el significado contemporáneo de dicha entidad, como auténtico «operador económico en el mercado», será posible

Por lo que se refiere, ya directamente, a las fundaciones bancarias, la propia Ley 26/2013 constituye, como es sabido, el ámbito normativo donde ha de debatirse, de manera principal, el papel que, en su caso, podría corresponder a la autonomía de la voluntad. Como cuestión previa, cabe observar que será la propia fundación bancaria, a través de la actuación de sus órganos, el marco de su posible desarrollo, dado que, en el pensamiento del legislador, dicha figura no parece necesitar de un fundador que la constituya; otra cosa sucedería si se admitiera que la fundación bancaria fuera un modelo jurídico disponible por los particulares<sup>258</sup>, en cuyo caso el o los fundadores disfrutarían de un margen no desdeñable para la articulación interna de la figura.

Con independencia de este extremo, es cierto que la propia Ley 26/2013, de acuerdo con lo que dispone su artículo 37, reconoce a dichas entidades una cierta libertad de configuración interna, al admitir la creación de órganos ajenos a los previstos en ella, si bien en clara dependencia del Patronato. Y es en este ámbito organizativo, como se deduce, sobre todo, de lo expuesto en el capítulo III de la Ley 26/2013<sup>259</sup>, donde se advierte, de manera más destacada, el posible campo de juego de la autonomía de la voluntad en la fundación bancaria, merced a la admisión en diferentes preceptos de un amplio elenco de posibilidades en punto a la determinación del contenido de sus estatutos.

Pero, si se mira bien, la referencia básica para discutir la temática que ahora nos ocupa viene constituida por la «actividad principal» de la fundación bancaria, o sea, la gestión de su participación en una entidad de crédito, en el marco, claro está, de la finalidad social que les caracteriza, de acuerdo con lo señalado en el artículo 32 de la Ley 26/2013. No es fácil trazar aquí, sin em-

---

plantear el relieve de tal magnitud en su vertiente externa. Podría objetarse que en dicho ámbito no cabe hablar, propiamente, de autonomía de la voluntad, a la vista de que los comportamientos desarrollados por la fundación se inscriben lisa y llanamente en el cumplimiento del fin de interés general que le caracteriza. No obstante, y sin perjuicio de este matiz, resulta evidente que las actividades desarrolladas hoy en día por las fundaciones sobordan el estrecho marco del planteamiento tradicional y les obligan a situarse en el mercado para la prestación de sus servicios o la realización de sus funciones. La vertiente externa de dichas personas jurídicas constituye hoy, por tanto, el ámbito idóneo para apreciar su «libertad de movimientos», en abierto contraste con su pasado, en el que, sin ser, por supuesto, entidades meramente instrumentales o sometidas, bien podría decirse que tenían preestablecido el marco genérico y, en buena medida, también los detalles, de su actuación

<sup>258</sup> No parece dudoso que la *voluntas legislatoris* vio en la fundación bancaria una figura resultante de la transformación de una caja de ahorros, creada, precisamente, para dar cauce a las finalidades de política jurídica inherentes a la Ley 26/2013 y concebida, a la vez, para luchar contra los efectos de la crisis en este sector de las entidades de crédito. Frente a esta naturaleza, secundaria y derivada, de nuestra figura, no faltan elementos en la mencionada Ley para entender que se trata de un modelo jurídico disponible por los particulares; con más detalles, véase *infra* VII.

<sup>259</sup> Sobre este importante temario, véase EMPARANZA SOBEJANO, A., «Artículos 37-42», en Emparanza Sobejano, A. (dir.), *Comentarios a la ley de cajas de ahorros y fundaciones bancarias*, cit., págs. 493-547.

bargo, las líneas básicas de lo que podría suponer el ejercicio de la autonomía de la voluntad respecto de dicha materia. Y ello, entre otras cosas, porque la cuestión, en el caso de que pueda llevarse a la práctica, dependerá de los caracteres que tenga, en su caso, la participación de la fundación bancaria en la entidad de crédito<sup>260</sup>. Resulta obvio que la fundación titular del umbral mínimo de participación, aun siendo socio relevante de la entidad de crédito, tendrá un margen de maniobra sensiblemente más limitado que el correspondiente a quien disfrute de una posición de control en su seno.

A esta última fundación bancaria podrá aplicarse con plenitud la idea, antes esbozada, de que la gestión de la participación puede llegar a suponer, en ciertos casos, la gestión de la entidad de crédito participada. Obsérvese, entonces, que la autonomía de la voluntad de aquélla terminará proyectándose sobre ésta, desde luego sobre su funcionamiento, pero, presumiblemente, también sobre su organización. Al lado de este control unilateral, no debe olvidarse, por último, que una fundación bancaria con una participación inferior en la entidad de crédito podría intervenir en una fórmula de control conjunto, merced al pacto con otros socios de referencia o significativos de la entidad de crédito participada.

#### IV. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LA FUNDACIÓN BANCARIA

##### 1. Premisa

Advertidos ya los hechos explicativos de la creación de la figura que nos ocupa, así como las fuentes de su régimen jurídico, conviene ya ocuparse de su concepto, de acuerdo con lo indicado en el artículo 32 de la Ley 26/2013<sup>261</sup>. Antes de entrar directamente en su interpretación<sup>262</sup>, resulta necesario reiterar

<sup>260</sup> Sobre los caracteres de la participación, véase *infra* IV, 2, 2.2.3.

<sup>261</sup> A su tenor «1. Se entenderá por fundación bancaria aquella que mantenga una participación en una entidad de crédito que alcance, de forma directa o indirecta, al menos, un 10 por ciento del capital o de los derechos de voto de la entidad, o que le permita nombrar o destituir algún miembro de su órgano de administración. 2. La fundación bancaria tendrá finalidad social y orientará su actividad principal a la atención y desarrollo de la obra social y a la adecuada gestión de su participación en una entidad de crédito. 3. En la denominación de las fundaciones bancarias deberá hacerse constar la propia expresión «fundación bancaria». En su caso, las fundaciones bancarias podrán utilizar en su denominación social y en su actividad las denominaciones propias de las cajas de ahorros de las que procedan».

<sup>262</sup> Las páginas que siguen son el resultado de una estricta labor de interpretación del indicado precepto en sí mismo considerado, por su posición central a la hora de determinar cuál sea el concepto de la fundación bancaria, pero también en el contexto de la propia Ley 26/2013, algunas de cuyas normas permiten matizar o modular, en ocasiones de manera significativa, lo que se haya podido deducir, con los elementos característicos de toda hermenéutica jurídica, del análisis del artículo 32. Por tales

que en dicho precepto, quizá con más notoriedad que en otras normas de la Ley 26/2013 relativas a la fundación bancaria, se pone de manifiesto la tensión entre la excepcionalidad de su origen, de un lado, y, de otro, la pretensión de estabilidad que a nuestra figura convenía y que ha terminado por convertirla en una figura especial dentro del Derecho de fundaciones. Esa tensión actualiza en el tema que nos ocupa, como también sabemos, el habitual contraste entre la *voluntas legislatoris* y la *voluntas legis*, y resulta determinante para que la labor hermenéutica conduzca a resultados no sólo seguros sino también pertinentes.

## 2. La participación en una entidad de crédito, como presupuesto del concepto de fundación bancaria

### 2.1 CONSIDERACIONES GENERALES

Sentada esta cautela, resulta obligado señalar que el concepto que de fundación bancaria se da en el primer párrafo del precepto comentado no es sustantivo sino *relacional*; no se centra, propiamente, en la figura que se pretende definir, cuyos caracteres intrínsecos, en apariencia, no interesan al legislador, sino en su conexión con una entidad de crédito a través de un vínculo participativo, a cuyas particularidades se hará referencia en seguida. Su núcleo básico se centra, por ello, en el hecho de que la fundación bancaria «mantenga», de forma directa o indirecta, una participación en una entidad de crédito que alcance, «al menos, un diez por ciento del capital de una entidad de crédito o de los derechos de voto de la entidad, o que le permita nombrar o destituir algún miembro de su órgano de administración».

Sin perjuicio del análisis ulterior de los términos antecedentes, conviene decir que la fundación bancaria nada tiene de esencialmente diverso frente a una fundación ordinaria, desde el punto de vista de su naturaleza y configuración jurídica. Miradas las cosas, precisamente, desde la vertiente consuetudinaria del Derecho de fundaciones, bien podría afirmarse que la participación en la entidad de crédito sería la dotación de la que, de manera imprescindible, ha de disponer toda fundación para el cumplimiento de sus fines<sup>263</sup>.

---

razones, y frente a otros apartados de este libro, de carácter más genérico, constructivo o de amplia factura institucional, según se prefiera, el que ahora se inicia se mueve en un terreno menos ambicioso intelectualmente, si bien de importancia indudable a la hora de precisar el concepto y los caracteres efectivos de la institución jurídica en examen.

<sup>263</sup> Al respecto, FERRANDO VILLALBA, M.<sup>a</sup> L., «Artículo 12», en Olavarría Iglesia, J. (coord.), *Comentarios a la Ley de fundaciones*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 296 y ss.

Procede, por tanto, reconocer la continuidad sustancial entre la figura ahora en estudio, las llamadas fundaciones especiales, a las que se refería el Real Decreto-ley 11/2010), y las restantes fundaciones, llamadas «ordinarias» por la Ley 26/2013, aunque, como es evidente, no respondan todas ellas a supuestos de hecho idénticos. Es cierto, además, que en el régimen de la fundación bancaria, tal y como se deduce de esta última norma, hay especialidades relevantes, sobre todo, en lo que atañe a su estructura orgánica y supervisión, condicionadas, en particular la última, por el hecho de disponer de una participación significativa en una entidad de crédito. Carece de aptitud diferenciadora, en cambio, la «finalidad social» que asigna a la figura en estudio el artículo 32, en su párrafo segundo, y que será analizada con más detalle posteriormente, ya que, bajo dicha fórmula, no debe entenderse algo sustancialmente distinto del «fin de interés general» propio de las fundaciones en nuestro Derecho.

## 2.2 LAS CIRCUNSTANCIAS DE LA PARTICIPACIÓN

### 2.2.1 *Premisa*

A la luz de lo que se acaba de exponer, la razón esencial de la tipificación de la fundación bancaria, y de su consiguiente singularidad dentro del Derecho de fundaciones, reside, entonces, en el vínculo que se establece entre ella y una entidad de crédito, vínculo que el precepto en estudio inserta o subsume, no obstante sus distintas manifestaciones posibles, en el amplio término de *participación*. Sin entrar ahora en análisis estrictamente dogmáticos, parece evidente que con dicha palabra se quiere decir que la fundación bancaria es miembro integrante de la estructura personal de la entidad de crédito participada, circunstancia ésta que reduce, como es evidente, su campo funcional de aplicación.

No todas las entidades de crédito reconocidas por el Derecho español serían, si se admite el vocablo, «participables»; no lo serán, en principio, las Cajas de ahorros, de acuerdo con la naturaleza fundacional que la Ley 26/2013 les atribuye, como tampoco lo eran bajo su anterior régimen. Sí cabrá participar, en cambio, en un Banco, por ser, como es notorio, una sociedad anónima y también, con matices, en una Cooperativa de crédito, aunque no es difícil presumir que la *voluntas legislatoris* contemplaba sólo la primera posibilidad, sin que el precepto comentado lo confirme, al menos de acuerdo con la literalidad de sus términos.

### 2.2.2 *La forma de la participación*

Como suele ser habitual en el ordenamiento jurídico a propósito de temas semejantes, también aquí se contempla la posibilidad de que la participación de la fundación bancaria en la entidad de crédito sea directa o indirecta. Si aquélla no plantea, en principio, mayores problemas de delimitación, la segunda obliga a formular algunos matices derivados, como presupuesto previo, de la necesaria *interposición* entre la fundación y la entidad de crédito de, al menos, otro sujeto de Derecho, que habrá de ser, en principio, persona jurídica también «participable».

No es el momento de enumerar todos los posibles entes susceptibles de cumplir con dicho requisito; no obstante, cabe presumir razonablemente que se tratará, en la mayor parte de los casos, de sociedades mercantiles de capital, por su indudable idoneidad a la hora de formar parte de estructuras empresariales, como la que aquí nos ocupa, en las que aparecen vinculados varios sujetos de Derecho unidos por la circunstancia común de ser personas jurídicas.

Al lado del supuesto más sencillo de participación indirecta, que sería el integrado por tres sujetos (fundación, entidad interpuesta y entidad de crédito), en relación inmediata y sucesiva entre sí, cabe imaginar distintas posibilidades, derivadas, desde luego, de la interposición de varios sujetos entre la fundación y la entidad de crédito, pero también de la articulación de auténticos conglomerados, con intereses económicos amplios y heterogéneos. Tales supuestos parecen, en principio, lícitos, sin perjuicio de las circunstancias específicas, en cada caso, de la fundación bancaria y de las necesidades propias de la supervisión, atribuida, como es sabido, al Banco de España (art. 46 Ley 26/2013).

Para que pueda hablarse, entonces, de fundación bancaria por vía de participación indirecta en una entidad de crédito hace falta, en el supuesto más sencillo, que la entidad interpuesta, normalmente, como hemos visto, una sociedad mercantil de capital, sea partícipe directo en esta última y que, a su vez, la fundación disponga de los mecanismos necesarios para influir de manera determinante en el proceso de formación de la voluntad de la propia entidad interpuesta. Dicha influencia será máxima, sin posibilidad de restricción alguna, cuando la fundación sea socio único de la entidad interpuesta, pero también será decisiva cuando, meramente, la controle, en los términos que, a tal efecto, señala el artículo 42 C. de c.

Por otra parte, puede suceder, en determinados supuestos, que la fundación sea la entidad directora de un auténtico grupo de sociedades, del que formen parte la o las personas interpuestas, y en el que, acaso, también pue-

da integrarse la entidad de crédito participada indirectamente, siempre que lo permita el alcance de la propia participación. Esto plantea, como es natural, problemas de diverso orden, que van desde la rendición de cuentas consolidada del grupo, hasta la supervisión del mismo, con el protagonismo, desde luego, del Banco de España, pero también del Protectorado correspondiente (art. 45, Ley 26/2013).

Aunque aquí hemos partido de contemplar, aislada y singularmente, tanto la participación directa de la fundación en la entidad de crédito, como su participación indirecta, es bien posible imaginar *supuestos mixtos* de participación, cuya viabilidad debe examinarse. Un ejemplo prototípico sería aquel conforme al cual la fundación participara directamente en la entidad de crédito, sin alcanzar el nivel establecido por el artículo 32, participando, a la vez, indirectamente en ella mediante una entidad interpuesta, de modo que la suma de ambas participaciones diera lugar al supuesto de hecho contemplado en la indicada norma. Nada hay de discutible en tal escenario, y el único interrogante al que ha de responderse es el de si tal fundación merecerá el calificativo de bancaria. A nuestro juicio, la respuesta ha de ser afirmativa, por el claro propósito de evitar fáciles elusiones a la regulación de la Ley 26/2013.

### 2.2.3 *Los caracteres de la participación*

Vistos ya los principales aspectos de la forma de la participación, resulta necesario perfilar ahora sus caracteres, teniendo en cuenta que la norma en estudio, así como el conjunto de la Ley 26/2013, ofrecen escasas pistas para su precisa determinación. A tal efecto, parece conveniente contemplar dos diversas perspectivas, las cuales, de manera simplificada, denominaremos *cuantitativa* y *cualitativa*.

Con arreglo a la primera, y siendo claro que varias fundaciones bancarias pueden participar simultáneamente en una misma entidad de crédito, se trata de concretar si una concreta fundación bancaria sólo podrá participar en una única entidad de crédito o si, al contrario, será posible que mantenga participaciones en distintas entidades de crédito, con independencia de que, además, fuera la fundación titular de participaciones, no relevantes a los efectos que nos ocupan, en otra u otras entidades de crédito. Con arreglo a la perspectiva cualitativa, hace falta precisar los rasgos estructurales de la participación, como pueden ser, entre otros, su duración o su carácter significativo.

Por lo que se refiere al aspecto *cuantitativo*, no es fácil extraer argumentos concluyentes de la disciplina establecida por la Ley 26/2013. No parece dudo-

so, de entrada, el hecho de que dicha fundación pueda tener participaciones de menor relieve en otras entidades de crédito. A favor de este criterio cabe alegar algunas de las proposiciones contenidas en el art. 44 de la Ley 26/2013, cuando aluden a «los criterios básicos de su estrategia [de la fundación bancaria] de inversión en entidades financieras» (art. 44, 1.º) o cuando, con la finalidad de garantizar la gestión sana y prudente de la entidad participada, permiten que el Banco de España determine «el nivel de concentración en el sector financiero de las inversiones de la fundación bancaria» (art. 44, 3, b, 4.º).

Más discutible será la posibilidad de que una misma fundación bancaria mantenga participaciones del nivel requerido por el artículo 32 en más de una entidad de crédito. Aquí, tal vez de manera diversa al supuesto que se acaba de analizar, se contraponen, de nuevo, el propósito que ha desembocado en la aprobación de la Ley 26/2013 (*voluntas legislatoris*) con la formulación prescriptiva de sus preceptos, dotados, como no puede ser de otro modo, de un amplio grado de abstracción y de generalidad, y cuyo preciso contenido se irá articulando con arreglo a las circunstancias de su vigencia y eficacia (*voluntas legis*).

Si con arreglo al primer punto de vista, nos inclinamos por dar una respuesta negativa a la cuestión, sobre la base del segundo no resulta fácil sostener el mismo criterio, de acuerdo con el tenor literal y el contenido del precepto que comentamos. Para resolver este dilema, que bien podría manifestarse, al menos en teoría, en el inmediato futuro, han de traerse a colación dos distintos argumentos, si bien relacionados entre sí: en primer lugar, la *estabilidad del sistema financiero*, a la que se apela, en diferentes ocasiones, a lo largo de la Ley 26/2013, sobre todo en su preámbulo, y, en segundo lugar, la necesidad de *evitar una concentración excesiva* entre los sujetos activos en el mercado financiero.

Por lo que respecta al primer argumento, corresponderá al Banco de España la supervisión continua del sistema, de acuerdo con las amplias facultades que le atribuye la mencionada Ley; en lo que atañe a los riesgos para la competencia, serán las diversas autoridades y comisiones responsables<sup>264</sup> las encargadas de vigilar la estructura y el funcionamiento del mercado financiero. Resulta altamente recomendable, en todo caso, la comunicación constante entre todas estas instituciones, de la cual se obtendrán cuantiosos beneficios para la estabilidad y competitividad del sistema financiero en España.

Por lo que se refiere a las *cualidades* de la participación en la entidad de crédito, entendemos, en primer lugar, que ha de tratarse de una participación

---

<sup>264</sup> Sobre una de las más relevantes comisiones, GÓRRIZ, C., «La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia», *RDM*, 291 (2014), pp. 359-399.

*duradera*; así parece deducirse del empleo por el artículo 32, 1.º, del verbo «mantener» [y no, meramente, «poseer», como se hace, por ejemplo, en el art. 42, 1.º, b) C. de c.] Aceptado, entonces, el carácter duradero de la participación, se hace preciso determinar si estamos ante una vinculación temporalmente limitada, susceptible de cancelarse mediante, por ejemplo, la enajenación, total o parcial, de la participación, o si, con más intensidad, debería calificarse de permanente, mantenida, con las vicisitudes que puedan darse, a lo largo de la existencia de la fundación bancaria misma.

Sin embargo, este último criterio no parece conducir a la mejor interpretación de la norma, la cual, de admitirse, convertiría a nuestra figura en una especie actual de «mano muerta». Para reforzar este criterio, si se quiere intuitivo, puede acudir al artículo 2 LF, que, como es sabido, destaca el carácter «duradero» de la afectación del patrimonio fundacional al cumplimiento de fines de interés general; según el criterio dominante entre nosotros<sup>265</sup>, dicha palabra alude a una vinculación prolongada en el tiempo pero no, ni mucho menos, permanente.

En segundo lugar, para merecer el calificativo de fundación bancaria, con sometimiento al régimen establecido en la Ley 26/2013, no basta con mantener un vínculo duradero con una entidad de crédito, en los términos que se acaba de señalar. En este sentido, numerosas fundaciones habrían de calificarse como bancarias, distorsionándose las finalidades que el legislador ha pretendido con la vigente regulación. Hace falta, por ello, que la participación, directa o indirecta, sea *significativa*, utilizando un término conocido en el Derecho de sociedades y también en el régimen del Mercado de valores aunque no aparezca contemplado en la norma. Con todo, el enunciado establecido en el artículo 32, 1.º, invita a pensar de este modo, al cifrar en un porcentaje destacado (diez por ciento) el alcance de la participación que permite a la fundación titular merecer el calificativo de bancaria.

#### 2.2.4 *Los supuestos de la participación*

El tenor literal del artículo 32, 1.º no resulta del todo claro a la hora de definir cada uno de los supuestos que permiten comprobar la existencia de una fundación bancaria, sobre la base de su participación en una entidad de crédito. Y no es clara su dicción porque hay alguna diferencia sustantiva

---

<sup>265</sup> Por muchos, VERDERA SERVER R., «Artículo 2», en Olavarría Iglesia, J. (coord.), *Comentarios a la Ley de fundaciones*, cit., p. 103.

entre el tenor literal del artículo 32, 1.º, reproducido, por lo demás, en el artículo 36, 1.º, y algunas referencias contenidas, al respecto, en el preámbulo de la Ley 26/2013.

Leído el primer precepto en sentido puramente gramatical serían *tres* los supuestos de participación que califican a una fundación como bancaria. Los dos primeros son de carácter cuantitativo y se cumplen por la tenencia de un diez por ciento del capital o de los derechos de voto de la entidad; el tercero, por su parte, se produce cuando la participación, sin alcance preciso, permite nombrar o destituir «algún miembro de su órgano de administración». No es esta, sin embargo, la conclusión que cabe deducir del preámbulo de la Ley (en su apartado III), cuando señala escuetamente que «la regulación comienza definiendo las fundaciones bancarias como aquellas que tienen un porcentaje mínimo del 10 por ciento de participación en un banco».

Siendo varias las diferencias con el tenor literal del precepto que venimos analizando, nos limitaremos a destacar ahora el modo de delimitar la figura de la fundación bancaria, circunscrito en el preámbulo a la tenencia, como se acaba de ver, de un «porcentaje mínimo de participación», cifrado en un diez por ciento. Nada se dice de si tal porcentaje se refiere al capital, a los derechos de voto o a la posibilidad de designar miembros del órgano de administración, las tres variables contempladas en el artículo 32.

Sin entrar ahora en un minucioso análisis hermenéutico del asunto, que traería consigo, según la opinión que tenemos por más correcta, la prioridad de este último precepto frente al preámbulo, parece evidente el *dato común* a ambos del diez por ciento de participación, por sí solo insuficiente para delimitar con nitidez la figura de la fundación bancaria. Hay que buscar fuera de los dos textos mencionados argumentos específicos que permitan resolver satisfactoriamente este asunto. A tal fin, puede ser útil considerar otros preceptos de la Ley 26/2013, como los artículos 43, 1.º y 44, 3.º, donde se contemplan distintos umbrales, más elevados, de participación de la fundación bancaria en la correspondiente entidad de crédito, a fin de que aquélla satisfaga ciertas exigencias, más intensas y variadas conforme sea más elevada la participación.

En los preceptos que se acaba de mencionar no le preocupa al legislador, lógicamente, la delimitación de lo que sea «fundación bancaria», pues dicha tarea ha sido realizada, con independencia de su acierto, en el artículo 32 de la Ley 26/2013. Supuesta, entonces, la existencia de tal fundación, en ellos se intenta, no obstante, algo similar, desde el punto de vista lógico y sintáctico, a lo observado en el artículo 32, 1.º En tal sentido, las fundaciones bancarias que posean una participación igual o superior al 30 por ciento (art. 43, 1.º) o al 50 por

ciento (art. 44, 3.º) del capital en una entidad de crédito o que les permita el control de la misma por aplicar cualquiera de los criterios del artículo 42 C. de c. quedarán sometidas a las exigencias que en cada uno de los dos preceptos mencionados se establecen.

Nótese que en la redacción de tales normas se trata, con toda claridad, de dos posibilidades (un determinado umbral de participación o la tenencia del control) independientes una de otra, pero unidas, eso sí, por la identidad de efectos que producen. Al menos en teoría, la fundación bancaria puede alcanzar el respectivo porcentaje de participación y no tener el control, lo que será, seguramente, más difícil, en el supuesto del artículo 44, 3.º, a pesar de lo cual se ve sometida a los requerimientos establecidos en las correspondientes normas; y, viceversa, la fundación bancaria habrá de observar tales requerimientos cuando posea el control de la entidad de crédito, aunque no alcance el porcentaje de participación establecido en cada precepto.

Esta última interpretación se refuerza por la expresa invocación en dichas normas del artículo 42 C. de c. y de los criterios en él contenidos para la constatación de la existencia del control; como es bien sabido, la participación en el capital o la posesión de la mayoría de los derechos de voto constituyen presunciones suficientes a tal fin, pero no son las únicas.

De esta ya larga exposición, puede deducirse, entonces, que el concepto de la fundación bancaria ha de buscarse, esencialmente, en el artículo 32 de la Ley 26/2013; que, en segundo lugar, dicho concepto se basa, como «condición de posibilidad» en la participación de dicha fundación en una entidad de crédito; y que, en tercer y último lugar, son tres los supuestos cuya constatación permite afirmar la existencia de una fundación bancaria. Dos de ellos se identifican con una participación cuantitativa y expresamente formulada en el artículo 32, 1.º, y que, como sabemos, se cifra, al menos, en un 10 por ciento del capital o de los derechos de voto de la entidad de crédito; el tercer supuesto se basa, asimismo, en la participación en esta última de la fundación bancaria, sin que se precise su cuantía o porcentaje, bastando, a los fines de la norma en cuestión, el hecho de que «permita nombrar o destituir algún miembro de su órgano de administración».

A la luz de lo expuesto, ha de entenderse, por tanto, que, al lado de los dos primeros supuestos, también habrá fundación bancaria cuando se pueda nombrar o destituir uno, al menos, de los miembros del órgano de administración de la entidad de crédito por ella participada, con independencia de que la participación sea inferior al 10 por ciento de su capital o de sus derechos de voto. No es seguro que esta conclusión se corresponda con la

*voluntas legislatoris*, pero parece obligado extraerla a la luz de los razonamientos precedentes.

### 2.2.5 *La condición de entidad de crédito del sujeto participado por la fundación, como último requisito de su concepto*

Otro elemento de discrepancia, igualmente importante, entre el texto del artículo 32, 1.º y el preámbulo de la Ley 26/2013 se refiere a la denominación aplicada al sujeto participado por la fundación bancaria. Si en el precepto se habla de «entidad de crédito», en el segundo texto se alude, simplemente, a un «banco». No hace falta detenerse en explicar que la primera fórmula es más amplia que la segunda, al menos si se toman ambas, como parece que debe hacerse, en estricto sentido jurídico. Quizá sea ésta cuestión, por otra parte, una de las que refleje con mayor intensidad la contraposición, reiteradamente advertida, entre la voluntad del legislador histórico y los fines que ha de cumplir la Ley 26/2013, como norma vigente del ordenamiento jurídico español.

Y, en tal sentido, no parece dudoso que para aquél la *entidad de crédito* a que alude el precepto en estudio sea, lisa y llanamente, un *banco*, como consecuencia de la realidad económica, impregnada por la crisis, que ha dado lugar a la creación de la figura de la fundación bancaria. Si esto es así, y resulta perentorio afirmarlo, no se entiende el porqué de referirse a la participación en una «entidad de crédito», sintagma éste, por otro lado, de uso continuado a lo largo del entero texto legislativo.

A favor de la *voluntas legislatoris*, podrá traerse a colación el último inciso del artículo 32, 3.º, cuando, a propósito de la denominación social de las fundaciones bancarias, permite a éstas utilizar en su actividad «las denominaciones propias de las cajas de ahorros de las que procedan». Y es que, como resulta notorio, las Cajas de ahorros que se transformaron en fundaciones bancarias, participan ahora, y, verosímilmente, lo harán en el inmediato futuro, en el capital de un banco, es decir, en una específica entidad de crédito con naturaleza de sociedad anónima, como es bien sabido.

Por otra parte, y siguiendo en la misma línea, cabría señalar que la participación en una entidad de crédito adquiere todo su sentido respecto de aquéllas que sean fácil y nítidamente «participables», como lo son, sin duda, los bancos. No lo sería en absoluto una *Caja de ahorros*, tanto en su anterior regulación como en la contenida en la Ley 26/2013, dada su común naturaleza fundacional. Sí sería participable, en cambio, una *cooperativa de crédito*, gracias a la

posibilidad de introducir en el régimen de su Asamblea General el voto proporcional a la aportación efectuada, como se deduce de su normativa reguladora contenida, esencialmente, en la Ley 13/1989, de 26 de mayo<sup>266</sup>.

Este planteamiento cuenta a su favor con criterios atendibles, si bien la insistencia del legislador en utilizar la expresión «entidad de crédito», sin ningún matiz, a lo largo y ancho del texto de la Ley 26/2013, obliga a pensar en su interpretación y aplicación futura, dentro de un escenario, ojalá, alejado de las urgencias y problemas derivados de la crisis económica. Por otro lado, si, como hemos señalado anteriormente, puede hablarse de fundación bancaria cuando la participación en la entidad de crédito «le permita [a la fundación] nombrar o destituir algún miembro de su órgano de administración», sin señalamiento alguno de porcentaje, forzoso será concluir que no sólo las cooperativas de crédito, sino también una Caja de ahorros, constituida, en su caso, tras la entrada en vigor de la mencionada Ley por una fundación bancaria, habrán de comprenderse necesariamente bajo la fórmula «entidad de crédito», utilizada por el artículo 32, 1.º Este resultado puede parecer paradójico, dado que, como se ha señalado, una Caja de ahorros, tanto antes como después de la Ley 26/2013, no sería «participable», en sentido estricto; sin embargo, la delimitación de la fundación bancaria en el precepto en estudio no parece impedir, según se acaba de advertir, dicho resultado.

## V. LA FINALIDAD DE LA FUNDACIÓN BANCARIA

### 1. La llamada «actividad principal» de la fundación bancaria

El artículo 32, 2.º de la Ley 26/2013 se refiere a la finalidad de la fundación bancaria, calificándola de *social*. Este calificativo, por sí solo, no ilustra significativamente el sentido específico de dicha figura, teniendo en cuenta que las Cajas de ahorros reguladas en la Ley 26/2013 tienen también la misma finalidad (art. 2, 1.º). Al margen de esta llamativa coincidencia, que se explica por la continuidad entre una y otra figura, dada su idéntica naturaleza fundacional, la finalidad social no parece ser, en sentido estricto, más que una forma de especificar el fin de interés general que,

---

<sup>266</sup> Por muchos, VICENT CHULIÁ, F., «El nuevo estatuto jurídico de la cooperativa de crédito», en *Estudios de Derecho bancario y bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, III, Madrid, La Ley, 1994, pp. 2745 y ss.

como es sabido, caracteriza a estas personas jurídicas dentro del Derecho español de fundaciones (art. 2 LF).

Más interesante resulta, en cambio, la referencia a la llamada «actividad principal» de la fundación bancaria, denominación que parece presumir la existencia de otras actividades que, por ser secundarias o accesorias, no interesarían al legislador, sin perjuicio de su necesaria congruencia con la naturaleza fundacional de la figura. Dentro de la actividad principal se sitúan, en aparente pie de igualdad, «la atención y desarrollo de la obra social», de un lado, y «la adecuada gestión de su participación en una entidad de crédito», de otro. Si la primera, con la mención específica a la *obra social*, manifiesta la estricta continuidad entre la fundación bancaria y las Cajas de ahorros, la segunda muestra el elemento que singulariza a la figura en examen, relacionado directamente, como sabemos, con su participación en una entidad de crédito.

Que ambos cometidos integren la «actividad principal» de la fundación bancaria puede resultar llamativo si interpretamos la mencionada expresión desde la perspectiva del Derecho de fundaciones, como parece que ha de hacerse a tenor de su naturaleza jurídica y de lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 26/2013. Como es bien sabido<sup>267</sup>, el artículo 23 RF distingue dos tipos de actividades de las fundaciones, a las que califica, respectivamente, de «propias» y de «mercantiles»; las primeras son las desarrolladas para el cumplimiento de los fines fundacionales y las segundas las derivadas del ejercicio, directo o indirecto, de actividades empresariales por la fundación.

En tanto que las actividades propias son necesarias y suficientes para la identificación de una persona jurídica de naturaleza fundacional, las mercantiles no son, por lo común, necesarias y, desde luego, resultan insuficientes a tal fin. En el caso específico de la fundación bancaria, como se acaba de señalar, se ha elevado a categoría de actividad propia, llamada ahora principal, la gestión de su participación en la entidad de crédito, la cual, como sabemos, representa en dicha figura el papel de la dotación, de imprescindible presencia en toda persona jurídica fundacional.

No parece, sin embargo, que la mencionada gestión pueda considerarse, en sentido estricto, una concreta forma de cumplir el fin «social» de la fundación. Resulta indudable que la satisfacción de dicho fin se hará posible gracias, sobre todo, a los rendimientos económicos que la participación en la entidad de crédito proporcione. A pesar de ellos, la actividad de gestión –que es, no se olvide, gestión de la dotación fundacional– no puede considerarse un cometido plenamente subordinado a la finalidad social típica de nuestra figura, pues-

---

<sup>267</sup> Véase *supra* capítulo segundo.

to que, como se acaba de señalar, el legislador ha ubicado esta función en el ámbito de su «actividad principal».

Quizá ello explique lo dispuesto en la disposición adicional tercera de la Ley 26/2013, ya mencionada con anterioridad, en la que se advierte que las fundaciones bancarias «no estarán sujetas a los límites establecidos en el artículo 27 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre de Fundaciones». En dicho precepto, como es bien sabido, se establece el destino de rentas e ingresos de toda fundación, desde el punto de vista de la realización de sus fines, cifrándose en el 70 por 100, al menos, el porcentaje «de los resultados de las explotaciones económicas que se desarrollen y de los ingresos que se obtengan por cualquier otro concepto, deducidos los gastos realizados, para la obtención de tales resultados o ingresos» que ha de aplicarse a tal efecto.

Queda claro, entonces, que la fundación bancaria dispone de un amplísimo margen de maniobra en una materia verdaderamente sensible desde el punto de vista de una entidad fundacional. Hubiera sido no sólo conveniente, sino también necesario, que el legislador precisara con mayor detalle el alcance de la norma, ya que, de lo contrario, podría llegar a entenderse que la fundación bancaria es del todo libre para decidir el destino de sus rentas e ingresos, lo que no resulta congruente con su naturaleza ni con el contenido de su actividad principal. Quizá se pueda corregir esta omisión usando de la habilitación normativa otorgada al Gobierno en la disposición final duodécima de la Ley 26/2013.

## **2. La gestión de la participación y la naturaleza específica de la fundación bancaria**

Las diversas cuestiones analizadas en el apartado anterior permiten perfilar el elemento auténticamente distintivo de la fundación bancaria, centrado, sin perjuicio de la finalidad social, en torno a la gestión de su participación en una entidad de crédito. Y es que, analizado el asunto con perspectiva dinámica, esta última no es sino el resultado de un complejo proceso económico jurídico que, partiendo de una entidad de crédito como eran las Cajas de ahorros, ha desembocado, con alguna estación intermedia, en la propia fundación bancaria.

Aunque, como es bien sabido, no nos encontramos ante una entidad de crédito, resulta evidente la continuidad jurídica entre la entidad originaria (Caja de ahorros) y la fundación bancaria, como entidad resultante del mecanismo de transformación contemplado en la Ley 26/2013. Ambas son fundaciones, si

bien la primera lo era de un modo particular, pues, por ejercitar directamente la actividad propia de una entidad de crédito, constituía el ejemplo más característico de fundación-empresa existente en el Derecho español, sin perjuicio del sometimiento a la amplia y variada normativa propia de las entidades de crédito. En el caso de la fundación bancaria, sin embargo, no se advierte dicho ejercicio, si bien la tenencia de una participación significativa (que puede ser de control, incluso en términos absolutos) en una entidad de crédito, la convierte en una singular especie de *holding*, idea reforzada en el precepto que comentamos por el hecho de incluir en el ámbito de su actividad principal, «la gestión de su participación en una entidad de crédito».

Con todo, la desvinculación entre fundación bancaria y actividad crediticia, propiciada por la Ley 26/2013, no debe entenderse de manera absoluta. Entre una y otra se interpone, desde luego, la propia entidad de crédito, sin que ello convierta a la fundación, como ya se ha señalado, en un sujeto desinteresado de la mencionada actividad. Al contrario, la fundación bancaria va a ser un agente relevante dentro del sistema financiero español, y de ahí las numerosas cautelas contenidas en la Ley respecto de su funcionamiento, así como el intenso relieve que sobre el mismo se atribuye a la supervisión del Banco de España.

Ese relevante protagonismo podrá acentuarse, incluso, en los supuestos de más elevada participación o, de otro modo, cuando la fundación controle de hecho a la entidad de crédito; en tales casos, se planteará, de manera inevitable, a nuestro juicio, la compleja temática de los grupos de sociedades, singularizada en este caso por la naturaleza fundacional del sujeto ejerciente del poder de decisión<sup>268</sup>. Y es que, sobre todo en las situaciones de amplio dominio, el hecho de gestionar la participación de la fundación bancaria en la entidad de crédito, que es, como ya sabemos, elemento integrante de la actividad principal de dicha figura, se convertirá, más propiamente, en *gestión de la entidad de crédito*, a ser posible, «sana y prudente» [(art. 44, 3.º, c), Ley 26/2013], sometida directamente a la supervisión del Banco de España.

Por lo expuesto, parece razonable sostener que la fundación bancaria es un ejemplo prototípico de fundación con empresa, es decir, una persona jurídica de esta naturaleza que interviene en la actividad empresarial de manera indirecta, mediante su participación en una sociedad. Es cierto, no obstante, que ese calificativo no podrá predicarse con la misma intensidad de todas las fundaciones bancarias, a la vista de que, algunas de ellas, sobre todo las que dispongan de una participación más elevada en la entidad de crédito, estarán en

---

<sup>268</sup> Véase *supra* capítulo tercero y la breve alusión a dicho asunto *infra* VIII.

condiciones, según se ha advertido, de influir de manera decisiva en la actividad de la entidad de crédito; otras, en cambio, habrán de asumir un papel más modesto, sin perjuicio de que el umbral mínimo de participación requerido por la norma en estudio garantizará, por regla general, un relieve significativo en el funcionamiento de la entidad de crédito.

Pero, con independencia de esta distinta estimación, de acuerdo con la concreta estructura participativa que en cada caso pueda darse, parece evidente que la fundación bancaria, sin dejar de ser un ejemplo de fundación con empresa, muestra alguna singularidad tipológica dentro de esta categoría. Ello es consecuencia de que en el supuesto común de fundación con empresa la actividad ejercitada indirectamente no se integra en el fin fundacional, lo que no sucede, como sabemos, en la fundación bancaria. Tal circunstancia puede, entre otros extremos, matizar la aplicación de la legislación fundacional a nuestra figura, de acuerdo con lo que dispone el artículo 33 de la Ley 26/2013.

## VI. LA IDENTIFICACIÓN DE LA FUNDACIÓN BANCARIA

Dos palabras, nada más, para referirnos al tratamiento de la denominación de la fundación bancaria, materia contemplada en el artículo 32, 3.º, de la Ley 26/2013. Y la brevedad se justifica porque, al margen de las dos cuestiones consideradas por el legislador, las particularidades relativas a dicho asunto habrán de abordarse de acuerdo con la regulación de las fundaciones que resulte aplicable: bien la LF (art. 5), bien la normativa autonómica correspondiente<sup>269</sup>.

Establece la norma en estudio que a la denominación de la figura acompañará necesariamente la expresión «fundación bancaria», sin posibilidad, por lo que se deduce de su enunciado literal, de abreviaturas o siglas. Más interés revisite el segundo inciso del párrafo comentado, cuando permite que las fundaciones bancarias puedan utilizar «en su denominación social y en su actividad las denominaciones propias de las cajas de ahorros de las que procedan», circunstancia que también se permite a las fundaciones ordinarias procedentes de Cajas de ahorros en la disposición adicional sexta de la Ley 26/2013.

Al margen, ahora, de la inexactitud que supone utilizar, en el presente caso, la fórmula «denominación social», resulta significativo el nuevo ejemplo

---

<sup>269</sup> Cfr. sobre este asunto EMBID IRUJO, J. M., «La denominación de la fundación», en Muñoz Machado, S./Cruz Amorós, M./De Lorenzo García, R. (dirs.), *Comentarios a las leyes de fundaciones y mecenazgo*, Madrid, Fundación ONCE-Iustel, 2005, pp. 151-167.

de conexión entre la figura que nos ocupa y las Cajas de ahorros anteriores a dicha Ley. Parece indudable que este inciso, acertado a nuestro juicio, permite a las fundaciones bancarias asumir el prestigio asociado a las Cajas de ahorros de las que procedan. Y ese prestigio puede vincularse a la denominación, propiamente dicha, pero también a los posibles signos distintivos de las que las Cajas fueran titulares, por lo que conviene interpretar en sentido amplio la fórmula «denominación social» empleada por la Ley.

Por último, conviene reparar en la expresión «en su caso», con la que se inicia el inciso ahora en estudio. En un primer análisis, podría considerarse superflua, teniendo en cuenta que de no mencionarse en la norma también la fundación bancaria podría usar dichas denominaciones, por la continuidad de la personalidad jurídica inherente a la transformación. Cabría entender, sin embargo, que «en su caso» se refiere al hecho de que las Cajas de ahorros de las que proceden las fundaciones bancarias carecieran de denominaciones sociales, conclusión verdaderamente absurda y que, por ello mismo, debe desecharse.

Más interesante, en cambio, se revela la hipótesis de que con semejante locución se haya manifestado implícitamente el criterio de que puede haber fundaciones bancarias que no procedan de Cajas de ahorros y que sean resultado de un proceso puramente voluntario de constitución *ex nihilo*. Quizá este criterio llegue a verse como un exceso interpretativo, a pesar de que gracias a él, entre otras posibilidades, se pone de manifiesto el problema –general– del acceso a la fundación bancaria, no expresamente contemplado en la Ley 26/2013, que bien merece, en el siguiente epígrafe, una breve consideración.

## VII. EL ACCESO A LA FUNDACIÓN BANCARIA

Al hablar de la fundación bancaria, de su concepto, naturaleza, finalidad y denominación, materias reguladas en el art. 32, nada se dice del modo o modos mediante los cuales surge dicha persona jurídica. En otros apartados de la Ley 26/2013 (como, por ejemplo, el capítulo II o la disposición transitoria primera) se contempla este asunto, si bien de manera no genérica, a través del proceso de transformación de las antiguas Cajas de ahorros en fundaciones bancarias, así como de las fundaciones ordinarias que adquieran en una entidad de crédito la participación a la que se refiere el precepto que comentamos.

Podríamos decir, entonces, que la fundación bancaria no sólo necesita de otro sujeto (la entidad de crédito) para delimitar su perfil, sino que proviene de otro sujeto (Caja de ahorros o fundación ordinaria, en su caso), a través de cuya

transformación nace a la vida jurídica. Ese carácter, a la vez secundario y derivado, de la figura se explica, desde luego, por las circunstancias propias de la crisis y por la interpretación que el legislador dio a tales hechos merced a la Ley 26/2013, auténtico «Derecho de la crisis», según es sabido. Ahora bien, la reiterada contraposición entre la notoria *voluntas legislatoris* y la potencial *voluntas legis*, a la hora de interpretar preceptos como el presente artículo, permite plantear el dilema de si la fundación bancaria sólo puede surgir mediante el mencionado proceso de transformación, o si cabe considerarla de libre constitución por los particulares, en el marco de lo dispuesto en la Ley 26/2013 y la legislación fundacional aplicable, de acuerdo con lo que establece su artículo 33.

De admitirse la primera hipótesis, la fundación bancaria se alinearía con ciertas figuras, como, por ejemplo, la sociedad anónima europea, en las que, con ciertos matices, se aprecia también ese carácter secundario y derivado que hemos atribuido a la primera. Al modo de esta sociedad de Derecho europeo, pero con mayor intensidad, en la fundación bancaria se prescindiría, entonces, del principio de libertad de acceso a la constitución de las personas jurídicas, característico de nuestro ordenamiento, con el contrapeso del llamado sistema de las disposiciones normativas, tan relevantes en el Derecho de sociedades y ahora también en el Derecho de fundaciones. De admitirse, en cambio, la segunda posibilidad, la fundación bancaria sería un modelo jurídico disponible, sin perjuicio de su carácter impuesto, mediante el oportuno proceso de transformación, en los casos antes mencionados.

El dilema planteado resulta no sólo pertinente sino de necesaria resolución, teniendo en cuenta el importante papel que la fundación bancaria desempeña en el sistema financiero español. Siendo clara, en apariencia, la voluntad del legislador de comprender a la fundación bancaria como una entidad secundaria o derivada, entendemos posible, al menos en teoría, su constitución directa, mediante la aportación por el fundador o fundadores de una participación que alcance el nivel descrito en el artículo 32 de la Ley 26/2013.

A favor de este criterio, además de su razonabilidad abstracta, puede alegarse lo que se indica, como de soslayo, en el artículo 45, 1.º, de la Ley 26/2013. En ese precepto, dedicado al Protectorado se dice que corresponderá a éste «velar por la legalidad de la constitución y funcionamiento de las fundaciones bancarias, sin perjuicio de las funciones que le corresponden al Banco de España», debiéndose entender, a nuestro juicio, la mención de este último en relación exclusiva con el funcionamiento de las mismas.

Esta última referencia, aparentemente marginal, permite, asimismo, exteriorizar otro tema relevante respecto de la fundación bancaria, que, de igual modo, fue obviado por el legislador en la Ley 26/2013 y que también se relacio-

na con el acceso a la misma; se trata de la publicidad registral que, en su caso, haya de darse a la fundación bancaria. Tano si se constituyera *ex nihilo*, de admitirse esta posibilidad, como si surgiera por transformación de una fundación ordinaria, resulta indudable la necesidad de inscribirla, bien originariamente, bien de modo derivado, en el correspondiente Registro de fundaciones.

No es tan sencillo en cambio, responder a la pregunta de si la fundación bancaria derivada de la transformación de una Caja de ahorros debería seguir inscrita en el Registro Mercantil, dado que esta última, como es bien sabido, ha de inscribirse en el mismo [art. 81, g) RRM]. A favor de la respuesta negativa concurren varios argumentos, derivados, en lo esencial, de que la Ley 26/2013 no ha convertido a la fundación bancaria en sujeto inscribible en dicho Registro, quizá por no ser una entidad de crédito. Frente a ello, podría sostenerse la posibilidad de su inscripción potestativa, de acuerdo con lo propuesto en su día para la fundación ordinaria por una autorizada doctrina, sin perjuicio de las dificultades que trae consigo este planteamiento<sup>270</sup>.

## VIII. LA FUNDACIÓN BANCARIA INTEGRADA EN UN GRUPO

Que la fundación bancaria se encuadre, con algunos matices, en la categoría general de la fundación con empresa y que su participación en la entidad de crédito, a la vez, sea relevante, según acabamos de examinar, son circunstancias que nos acercan, de nuevo, al supuesto del grupo de sociedades, encabezado, como es notorio, por dicha figura. Esta temática, del mismo modo, no es de tratamiento sencillo y su dificultad se incrementa en el caso que nos ocupa porque a la necesidad constante de dar un cauce seguro a la organización de la empresa de grupo, solucionando numerosos conflictos de intereses, se añade ahora el hecho de que se integre en su seno una fundación, como la bancaria, dotada de una posición relevante en el sistema financiero español.

Y es que, como ya sabemos, por el hecho de perseguir un fin de interés general, que en el caso de nuestra figura se expresa bajo la fórmula «finalidad social», la fundación, a diferencia de otras personas jurídicas, habrá de situarse en la «cima» del grupo, sobre todo cuando éste es de naturaleza jerárquica, y el ejercicio por ella del poder de decisión vendrá condicionado,

---

<sup>270</sup> Así inicialmente VALERO AGÚNDEZ, U., *La fundación como forma de empresa*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1969, pp. 348-350; con matices, LA CASA GARCÍA, R. «La fundación-empresa», en Olivencia Ruiz, M./Fernández Novoa, C./Jiménez de Parga, R. (dirs.), *Tratado de Derecho Mercantil*, vol. 17, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 164-165.

precisamente, por dicho fin. No es difícil de imaginar, entonces, el surgimiento de posibles tensiones entre las exigencias de este último y la necesidad, por otra parte, de atender y promover el interés del grupo en su conjunto, como unidad empresarial articulada.

La fundación bancaria puede llegar a ser la entidad directora de un grupo de sociedades, y no sólo como consecuencia de su participación de control en la entidad de crédito respectiva. Bien podría suceder que el cumplimiento de su actividad principal exigiera participar en otras entidades o sociedades, lo que traería consigo la necesidad de extender a todas ellas el correspondiente poder de decisión. A tal efecto, la autonomía de la voluntad podría ser un instrumento útil para la mejor articulación del grupo, así como para la tutela de los intereses concurrentes en él.

Pensamos, a tal efecto, en la conclusión de un contrato de grupo, institución que, si bien carece de referencias en el vigente Derecho español, puede considerarse admisible en él, y con mayor razón, quizá, en el supuesto ahora contemplado<sup>271</sup>. No puede ignorarse que, por la naturaleza fundacional de nuestra figura, tanto la conclusión de este negocio jurídico-organizativo del grupo, como sus numerosas y diversas vicisitudes, habrían de contar con la aquiescencia del Protectorado<sup>272</sup>, sin perjuicio de la continua intervención del Banco de España, como entidad supervisora de la fundación bancaria<sup>273</sup>.

No faltará quien crea que las posibilidades aquí contempladas son meramente hipótesis de difícil cumplimiento. Con todo, parece plausible que en un futuro no lejano las fundaciones bancarias sigan manteniendo su carácter de entidades relevantes para el sistema financiero español y que, a la vez, se conviertan en destacados operadores del mercado por su integración en grupos empresariales. Ello obligará, entre otras cosas, a contar con una disciplina suficiente de estas importantes estructuras económicas, para lo que no se dispone en el Derecho español, según es sabido, de una disciplina suficiente y adecuada, sobre todo tras el fracaso del Anteproyecto de Código Mercantil<sup>274</sup>.

La propia Ley 26/2013 no ha sido del todo ajena esta perspectiva, ya que su disposición final segunda introduce una (nueva) disposición adicional

<sup>271</sup> Véase *supra* capítulo tercero.

<sup>272</sup> Cfr. MESTRE DELGADO, J. F., «Artículo 45», en Empananza Sobejano, A. (dir.), *Comentarios a la ley de cajas de ahorros y fundaciones bancarias*, cit., pp. 577-587.

<sup>273</sup> Con las modificaciones introducidas por la Ley 10/2014; sobre todo ello, véase MESTRE DELGADO, J. F., «Artículo 46», en Empananza Sobejano, A. (dir.), *Comentarios a la ley de cajas de ahorros y fundaciones bancarias*, cit., pp. 589-591.

<sup>274</sup> Sirven las consideraciones vertidas en EMBID IRUJO, J. M., «Los grupos de sociedades en la Propuesta de Código Mercantil», *RDM*, 290 (2013) pp. 53-67, dada la estricta continuidad entre la Propuesta originaria y el definitivo Anteproyecto.

séptima en la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, en la línea de lo aquí esbozado<sup>275</sup>. Al margen ahora de su enunciado, no del todo claro a nuestro juicio, contempla el legislador a la fundación bancaria –en particular a la de más elevada participación en una entidad de crédito– dentro de la perspectiva propia del grupo y, más en particular, dentro del, así llamado, «grupo de entidades», al que se refiere el capítulo IX del título IX de la citada Ley.

## IX. CONSIDERACIONES FINALES

Las reflexiones vertidas en el presente capítulo sobre la figura de la fundación bancaria y, muy especialmente, en torno a su regulación, han intentado destacar su singularidad institucional –inexplicable, por otra parte, sin la crisis económica–, así como la relativa nitidez de la disciplina contenida, a tal efecto, en la Ley 26/2013. Es evidente que el legislador ha querido acentuar su naturaleza fundacional, de manera que haya una sustancial continuidad jurídica entre las antiguas Cajas de ahorros y las actuales fundaciones bancarias. Ello se pone de manifiesto, desde luego, en la propia terminología, pero también en su caracterización, sucinta pero suficiente, en la mencionada Ley, así como en la descripción de las piezas normativas fundamentales que integran su régimen jurídico, tal y como se deduce del sistema de fuentes contenido en el artículo 33 de la Ley 26/2013, sin perjuicio del posible relieve que en su efectiva configuración pueda jugar la autonomía de la voluntad

Queda la mencionada Ley 26/2013, entonces, como principal fuente reguladora de la fundación bancaria, sin perjuicio de algunos textos posteriores, que la han modificado o completado, tanto en terreno de la normativa estatal como en el correspondiente a las comunidades autónomas. Por otra parte, la naturaleza jurídica de la figura ha determinado el importante añadido, a tal efecto, de la legislación fundacional, de nuevo en sus dos niveles competenciales, no sólo con el carácter de regulación supletoria, como se indica en ya citado artículo 33, sino con incidencia directa en su régimen jurídico. Se trata, desde luego, de una consecuencia inevitable por razón de la ya advertida naturaleza de la fundación bancaria. Pero la invocación del Derecho de fundaciones en el terreno que nos ocupa, cumple, además, la función de completar buena parte de los numerosos aspectos eludidos o, simplemente, no tratados por la Ley 26/2013, cuyo papel

---

<sup>275</sup> Al respecto, MATA, M.<sup>a</sup> T., «Disposición final segunda», en Emparanza Sobejano, A. (dir.), *Comentarios a la Ley de cajas de ahorros y fundaciones bancarias*, cit., pp. 729-731.

de *lex specialis* queda así confirmado, ratificando, a su vez, la especialidad de la fundación bancaria en nuestro ordenamiento.

La delimitación de la fundación bancaria que se lleva a cabo en el artículo 32 de la Ley 26/2013 es esencialmente relacional, pues se exige, como condición de posibilidad de dicha figura, su participación en una entidad de crédito, de acuerdo con los requisitos establecidos al efecto en dicha norma. Con todo, la interpretación del artículo 32 –elemento clave para el adecuado entendimiento de la fundación bancaria– ha de superar el estrecho marco de la inicial *voluntas legislatoris*, muy condicionada por la crisis económica, para situar a la figura en el contexto actual, como un agente especialmente relevante del mercado financiero en nuestro país.

Por la tipificación legislativa efectuada, puede decirse que la figura en estudio se inserta en el ámbito de la fundación empresaria y, dentro de ella, constituye una modalidad singular de fundación con empresa. Dicha singularidad se refleja en el hecho de que la actividad propia de la fundación bancaria viene integrada no sólo por la finalidad social que, conforme a su naturaleza, le impone la Ley 26/2013, sino también por la que tal norma considera «actividad principal», esto es, la gestión de su participación en la entidad de crédito.

Cuando esa participación alcance una dimensión relevante, como en determinados preceptos refleja la indicada ley, podrá decirse que también entrará en sus efectivas competencias la gestión de la entidad participada. Se abre así, de nuevo, la temática del grupo de sociedades fundacional, con matices y modulaciones particulares en el caso de la fundación bancaria, sin perjuicio de que también en su ámbito hayan de tomarse en consideración los principios formulados con carácter genérico para esta modalidad organizativa de la fundación empresaria.

Una cuestión abierta, que quizá pueda tener algún relieve en el inmediato futuro, es la relativa al acceso a la fundación bancaria, es decir, si se trata de una figura secundaria y derivada, como consecuencia exclusiva de la transformación de las antiguas Cajas de ahorros, con lo que su catálogo podría considerarse cerrado, o si, al contrario, representa un modelo jurídico disponible por los particulares, susceptible, por tanto, de ser constituido *ex nihilo*. La Ley 26/2013 no ofrece una solución concluyente al respecto y también aquí, en fin, se plantea de nuevo la advertida tensión entre la *voluntas legislatoris* y la *voluntas legis*. Con todo, la naturaleza de la fundación bancaria como entidad especial y no meramente excepcional abona la posibilidad, cuando menos teórica, del acceso libre a su formación, lo que, por supuesto, habrá de ser contrastado en el futuro, de acuerdo con lo que el mercado financiero y sus protagonistas puedan, en su caso, considerar.

## BIBLIOGRAFÍA

- AA. VV., *Estudios sobre los órganos de las sociedades de capital. Liber Amicorum Fernando Rodríguez Artigas y Gaudencio Esteban Velasco*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017.
- ALCALDE SILVA, J., y EMBID IRUJO, J. M., (eds.), *La modernización del Derecho Mercantil. Estudios con ocasión del sesquicentenario del Código de Comercio de la República de Chile (1865-2015)*, Madrid, Marcial Pons, 2018.
- ALFONSO SÁNCHEZ, R., *La integración cooperativa y sus técnicas de realización: la cooperativa de segundo grado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- ALONSO LEDESMA, C., «Las fundaciones bancarias», en Emparanza Sobejano, A. (dir.), *Nuevas orientaciones en la organización y estructuración jurídica de las fundaciones*, Madrid, Marcial Pons, 2014, pp. 133-174.
- ALLI TURRILLAS, J. C., *Fundaciones y Derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- *La fundación, ¿una casa sin dueño? (Gobierno, responsabilidad y control público de fundaciones en Inglaterra, EEUU, Alemania y Francia)*, Madrid, Iustel, 2013.
- ANTUNES, J. A., *Liability of Corporate Groups. Autonomy and control in parent-sub-sidiary relationships in US, German and EU Law. An international and comparative perspective*, Deventer/Boston, Kluwer, 1994.
- *Os grupos de sociedades. Estrutura e organização jurídica da empresa pluris-societária*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2002.
- ARAGÓN REYES, R., GARCÍA VILLAVERDE, R., y SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *El régimen jurídico de las Cajas de Ahorros*, Madrid, 1991.
- ARCELIN, L. «La conquête du droit du marché par la notion d'entreprise», *RTDCom.*, 3 (2018), pp. 575-603.
- ARIÑO ORTIZ, G., *Cajas de ahorros y fundaciones bancarias*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014.
- ARRIBA FERNÁNDEZ, M. L. de, *Derecho de grupos de sociedades*, 2.ª ed., Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2009.

- ASCARELLI, T., *Lezioni di Diritto commerciale. Introduzione*, 2.<sup>a</sup> ed., Milano, Giuffrè, 1956.
- BENEYTO, J. M.<sup>a</sup> (dir.), *Tratado de Fundaciones*, Barcelona, Bosch, 2007.
- BERCOVITZ, A., *Apuntes de Derecho Mercantil*, 9.<sup>a</sup> ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2009.
- «La revisión de la «Propuesta de Código Mercantil», *RDM*, 310 (2018), pp. 9-30
- BIANCA, M., «Trasformazione, fusione e scissione degli enti del terzo settore», *ODC*, 2 (2018).
- BLÁZQUEZ LIDOY, A., «Régimen jurídico de las fundaciones públicas en la Ley de Contratos del Sector Público (Ley 9/2015)», *ADF*, 2017, pp. 65-154.
- BOLDÓ RODA, C., «Disposición adicional tercera», en Empananza Sobejano, A., (dir.), *Comentarios a la ley de cajas de ahorros y fundaciones bancarias*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, pp. 639-643.
- BOQUERA MATARREDONA, J., «Artículo 13», en Olavarría Iglesia, J. (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 337-353
- BREEN, O., «Más espacio para la filantropía europea», *ADF*, 2017, pp. 365-457.
- BURGARD, U., *Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht. Zur Einführung korporativer Strukturen bei der Stiftung*, Köln, Dr. Otto Schmidt, 2006.
- CABRA DE LUNA, M. A., *El tercer sector y las fundaciones de España. Hacia el nuevo milenio (enfoque económico, sociológico y jurídico)*, Madrid, Escuela Libre Editorial, 1998.
- CAFFARENA LAPORTA, J., *El régimen jurídico de las fundaciones. Estudio para su reforma*, Madrid, Ministerio de Asuntos sociales, 1992.
- «Artículo 11», en AA. VV., *Comentarios a la ley de fundaciones y de incentivos fiscales*, I, Madrid, Escuela Libre Editorial, 1995, pp. 95-102.
- «La constitución de las fundaciones (artículos 4, 8, 9, 10, 11 y 13)», en Muñoz Machado, S., Cruz Amorós, M., y De Lorenzo García, R. (dirs.), *Comentarios a las Leyes de fundaciones y de mecenazgo*, Madrid, Fundación ONCE-Iustel, 2005, pp. 65-150.
- «La dotación», en Muñoz Machado, S., Cruz Amorós M., y De Lorenzo García, R., (dirs.), *Comentarios a las leyes de fundaciones y mecenazgo*, pp. 199-226.
- «La fusión de las fundaciones», en Muñoz Machado, S., Cruz Amorós, M., y De Lorenzo García, R., (dirs.), *Comentarios a las leyes de fundaciones y mecenazgo*, pp. 437-450.
- «La extinción de la fundación», en Muñoz Machado, S., Cruz Amorós, M., y De Lorenzo García, R. (dirs.), *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, pp. 451-490.
- «Las fundaciones: fines de interés general, beneficiarios y cláusulas de reversión», *ADF*, 2009, pp. 29-58.
- CALANDRA BUONAURA, V., «Le fondazioni bancarie come investitori di lungo periodo», *Banca, Impresa, Società*, 3 (2010), pp. 375-402.
- CASARES MARCOS, A., «La naturaleza fundacional de las Cajas de Ahorros y la emisión de cuotas participativas», *RAP*, 166 (2005), pp. 51-97.

- CETRA, A., *L'impresa collettiva non societaria*, Torino Giappichelli, 2003.
- CIDONCHA, A., *La libertad de empresa*, Cizur Menor, Aranzadi, 2006.
- COMPARATO, F. K., *O poder de controle na sociedade anônima*, 3.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, Forense, 1983.
- COSTI, R., «L'ambiguo ruolo delle fondazioni bancarie», *Diritto della Banca e del Mercato Finanziario*, 4 (2012), pp. 597 y ss.
- CRUZ AMORÓS, M., «El régimen español del IVA en las Fundaciones», *ADF*, 2009, pp. 15-28.
- CUENCA GARCÍA, M.<sup>a</sup> A., «Artículo 25», en Olavarría Iglesia, J. (coord.), *Comentarios a la Ley de fundaciones*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 666-699.
- DENOZZA, F., «Rules vs. Standards nella disciplina dei gruppi: l'inefficienza delle compensazioni "virtuali"», *Giur. Comm.*, 2000 (I), pp. 327 y ss.
- DE LORENZO, R., PEÑALOSA ESTEBAN, I., y PIÑAR MAÑAS, J. L. (dirs.), *Nuevo tratado de fundaciones*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016.
- DE PRADA GONZÁLEZ, J. M.<sup>a</sup>, «Actividades mercantiles de las fundaciones», en *Derecho de sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, I, Madrid, McGraw-Hill, 2002, pp. 53-99.
- DEL VAL TALENS, P., *El administrador persona jurídica en las sociedades de capital. Organización, estatuto y responsabilidad*, Madrid, Marcial Pons, 2017.
- «Licitud de la operativa societaria a título gratuito», en Empanza Sobejano, A. (dir.), *El Derecho de sociedades y de cooperativas: nuevos retos en su configuración y en la gestión de los administradores*, Madrid, Marcial Pons, 2019, pp. 41-63.
- DUQUE, J., «Constitución económica y Derecho mercantil», en *La reforma de la legislación mercantil*, Madrid, Civitas, 1979, pp. 79 y ss.
- EMBID IRUJO, A., *El Derecho de la crisis económica*, Zaragoza, Universidad de Zaragoza, 2009.
- *La constitucionalización de la crisis económica*, Madrid, Iustel, 2012
- EMBID IRUJO, J. M., «La denominación de la fundación», en Muñoz Machado, S., Cruz Amorós, M., y De Lorenzo García, R. (dirs.), *Comentarios a las leyes de fundaciones y mecenazgo*, Madrid, Fundación ONCE-Iustel, 2005, pp. 151-167.
- «Gobierno de la Fundación (artículos 14 a 18)», en Muñoz Machado, S., Cruz Amorós, M., y De Lorenzo García, R. (dirs.), *Comentarios a las Leyes de fundaciones y de mecenazgo*, Madrid, Fundación ONCE-Iustel, 2005, pp. 227-276.
- «Derecho, mercado y responsabilidad social corporativa», *PPE*, 108 (2006), pp. 63-72.
- «Hacia la configuración jurídica del mercado (apuntes sobre las relaciones entre mercado y derecho)», en *Derecho, Historia, Universidades. Estudios dedicados a Mariano Peset*, I, Valencia, Universitat de València, 2007, pp. 507-514.
- «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*, 91 (2007), pp. 29-73.

- «Un paso adelante y varios atrás: sobre las vicisitudes recientes del concepto legislativo del grupo en el ordenamiento español», *RdS*, 30 (2008), pp. 19-31.
  - «Artículo 87», en Arroyo, I., Embid, J. M., y Górriz, C. (dirs.), *Comentarios a la Ley de sociedades anónimas*, 2.<sup>a</sup> ed., I, Madrid, Tecnos, 2009, pp. 894-906.
  - «Obligaciones y responsabilidad de los patronos», *ADF*, 2009, pp. 131-149.
  - «Una propuesta de regulación legal de los grupos de sociedades en el ordenamiento jurídico español», en Alonso Ledesma, C., Alonso Ureba, A., y Esteban Velasco, G. (dirs.), *La modernización del Derecho de sociedades de capital. Cuestiones pendientes de reforma*, II, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, pp. 413-445.
  - *Sobre el Derecho de sociedades de nuestro tiempo. Crisis económica y ordenamiento societario*, Granada, Comares, 2013.
  - «Los grupos de sociedades en la Propuesta de Código Mercantil», *RDM*, 290 (2013), pp. 53-67.
  - «Fundación, Empresa, Patronato», en Emparanza Sobejano, A. (dir.), *Nuevas orientaciones en la organización y estructuración jurídica de las fundaciones*, Madrid, Marcial Pons, 2014, pp. 17-47.
  - «La responsabilidad civil de las fundaciones frente a terceros», en Martínez Garrido, S. (coord.), *Buen gobierno de las fundaciones*, Madrid, Fundación Iberdrola-La Ley, 2015, pp. 399-425.
  - «Artículo 33», en Emparanza Sobejano, A., (dir.), *Comentarios a la ley de cajas de ahorros y fundaciones bancarias*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, pp. 417-424.
  - «Interés del grupo y ventajas compensatorias. Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2015», *RDM*, 300 (2016), pp. 301-320.
  - «Aproximación al significado del Derecho Mercantil en Europa», *RJNot*, 100-101 (2017), pp. 397-437.
  - «La especialidad de la fundación bancaria», en Miquel González de Audicana, J. M.<sup>a</sup>, Morales Moreno, A., y Embid Irujo, J. M. (dirs.), *Estudios jurídicos en homenaje a Jorge Caffarena. Liber Amicorum*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2017, pp. 333-353.
  - «El gobierno corporativo como institución jurídica y su relieve en el Derecho de sociedades de capital», en Garrido de Palma, V. M. (dir.), *Instituciones de Derecho privado*, 2.<sup>a</sup> ed., t. VI (Mercantil), vol. 1.<sup>o</sup> (coord. por Fernández-Tresgüerras, A.), Cizur Menor, Aranzadi, 2018, pp. 57-111.
  - «Derecho de sociedades y economía social: nuevos retos», en Emparanza Sobejano, A. (dir.), *El Derecho de sociedades y de cooperativas: nuevos retos en su configuración y en la gestión de los administradores*, Madrid, Marcial Pons, 2019, pp. 15-39.
- EMPID IRUJO, J. M., y EMPARANZA SOBEJANO, A., «El gobierno corporativo en entidades no mercantiles», en Martínez Echevarría, A. (dir.) *Gobierno corporativo y responsabilidad de los administradores*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, pp. 1047-1079.

- EMBED IRUJO, J. M., y DEL VAL TALENS, *La responsabilidad social corporativa y el Derecho de sociedades de capital: entre la regulación legislativa y el soft law*, Madrid, Agencia Boletín Oficial del Estado, 2016.
- EMBED IRUJO, J. M., NAVARRO MATAMOROS, L., y OVIEDO ALBÁN, J. (dirs.), *La tipología de las sociedades mercantiles. Entre tradición y reforma*, Bogotá, Centro editorial Ibáñez, 2017.
- EMBED IRUJO, J. M., y ALFONSO SÁNCHEZ, R., «Formas no personificadas de integración: grupos cooperativos», en Peinado Gracia, J. I. (dir.), *Tratado de Derecho de sociedades cooperativas*, II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 1229-1262.
- EMMERICH V., y HABERSACK, M., *Konzernrecht*, 10.<sup>a</sup> ed., München, Beck, 2013.
- *Aktien- und GmbH Konzernrecht. Kommentar*, 9.<sup>a</sup> ed., München, Beck, 2019.
- EMPARANZA SOBEJANO, A. «La transparencia en la gestión del Patronato de las fundaciones con actividad empresarial», en Emparanza Sobejano, A. (dir.), *Nuevas orientaciones en la organización y estructuración jurídica de las fundaciones*, Madrid, Marcial Pons, 2014, pp. 49-71.
- «Artículos 37-42», en Emparanza Sobejano, A. (dir.), *Comentarios a la ley de cajas de ahorros y fundaciones bancarias*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, pp. 493-547.
- «La influencia del Derecho de sociedades en el gobierno corporativo de las fundaciones», en Fernández Torres, I., Arias Varona, F. J., y Martínez Rosado, J. (coord.), *Derecho de sociedades y de los mercados financieros. Libro homenaje a Carmen Alonso Ledesma*, Madrid, Iustel, 2018, pp. 215-237.
- (dir.), *Comentarios a la ley de cajas de ahorros y fundaciones bancarias*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015.
- ESTEVE SEGARRA, A., *Grupo de sociedades y contrato de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *La atipicidad en Derecho de sociedades*, Zaragoza, Pórtico, 1977.
- FERNÁNDEZ MARKAIDA, I., *Los grupos de sociedades como forma de organización empresarial*, Madrid, Edersa, 2001.
- FERRANDO VILLALBA, M.<sup>a</sup> L., «Artículo 12», en Olavarría Iglesia, J. (coord.), *Comentarios a la Ley de fundaciones*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 296-330.
- FERRARO, P. P., *L'impresa dipendente*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2004.
- FERRER I RIBA, J. «Les finalitats fundacionals: la seva naturalesa, compliment i modificació», en AA. VV., *Les persones jurídiques en Dret Civil de Catalunya: Associacions y Fundacions*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, pp. 129-177.
- FLEISCHER, H., «Walther Rathenau: Vom Aktienwesen-Eine geschäftliche Betrachtung (1917)», *JZ*, 72 (2017), pp. 991-994.
- FONT GALÁN, J. I., y PINO ABAD, M., «La relevante causa negocial de la sociedad», *RDM*, 239 (2001), pp. 7-96.
- FUENTES NAHARRO, M., *Grupos de sociedades y protección de acreedores (una perspectiva societaria)*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2007.

- «La teoría de las ventajas compensatorias y los grupos de sociedades», en Emparanza Sobejano, A. (dir.), *El Derecho de sociedades y de cooperativas: nuevos retos en su configuración y en la gestión d los administradores*, Madrid, Marcial Pons, 2019, pp. 243-293.
- FUERTES, M., «Agujas en el pajar de Castilla y León», *ADF*, 2017, pp. 295-309
- GARCÍA ÁLVAREZ, B., «Los códigos de buen gobierno corporativo en las fundaciones», en Embid Irujo, J. M., y Emparanza Sobejano, A. (dirs.), *El gobierno y la gestión de las entidades no lucrativas público-privadas*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 185-214.
- GARCÍA ANDRADE, J., «Objeto y alcance de la ley de fundaciones. Concepto de la fundación. Fines y beneficiarios. Aplicación de la ley y fundaciones especiales», en Muñoz Machado, S., Cruz Amorós, M., y De Lorenzo García, R., (dirs), *Comentarios a las leyes de fundaciones y mecenazgo*, Madrid, Fundación ONCE-Iustel, 2005, pp. 9-64.
- GARCÍA VILLAVERDE, R., voz «Caja de Ahorros (Derecho Mercantil)», *Enciclopedia Jurídica Básica*, I, Madrid, Civitas, 1995, p. 868-872.
- GIRGADO PERANDONES, P., *La empresa de grupo y el Derecho de sociedades*, Granada, Comares, 2001.
- *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*, Madrid, Marcial Pons, 2002.
- GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades. I. Teoría general. Sociedades colectivas y comanditarias*, Madrid, edición del autor, 1976.
- GONDRA, J. M.<sup>a</sup>, «La estructura jurídica de la empresa (el fenómeno de la empresa desde la perspectiva de la teoría general del Derecho)», *RDM*, 228 (1998), pp. 493-592.
- GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M.<sup>a</sup> B., y COHEN BENCHETRIT, A. (dirs.), *Derecho de sociedades. Cuestiones sobre órganos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.
- GÓRRIZ, C., «La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia», *RDM*, 291 (2014), pp. 359-399.
- GRIMALDOS GARCÍA, M.<sup>a</sup> I., «Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad. Solidaridad: artículos 236 y 237. Otras acciones por infracción del deber de lealtad: artículos 227.2 y 232», en Hernando Cebriá, L. (coord.), *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, Barcelona, Bosch, 2015, pp. 307-364.
- HANSMANN, H., «The Role of Nonprofit Enterprise», *Yale Law Journal*, 89 (1980), pp. 835-901.
- *La proprietà dell'impresa* (trad. italiana), Bologna, Il Mulino, 2005.
- HECKMANN, J., *Der einheitliche Jahresabschluss gemeinnütziger Organisationen. Entwicklung eines gemeinnützigkeitsspezifischen Regelungskonzepts*, Hamburg, Bucerius Law School Press, 2017.
- HEINZELMANN, J., *Die Stiftung im Konzern*, Baden-Baden, Nomos, 2003.
- HERNANDO CEBRIÁ, L., «Reflexiones en torno al concurso de la fundación-empresa mercantil», *RCP*, 13 (2010), pp. 201-232.

- «Beneficio compartido, Derecho de sociedades y Economía social: una perspectiva comparada», *CIRIEC*, 28 (2016), pp. 349-402.
- HEUEL, M., *Die Entwicklung der Unternehmensträgerstiftung in Deutschland*, Baden-Baden, Nomos, 2001.
- HOPPE, K., *Die abhängige Stiftung. Grenzen der Stiftungsautonomie*, Berlin, Pro Universitate Verlag, 2004.
- HOPT, K. J., «Die Europäische Stiftung-Gedanken zu einer europäischen Rechtsform und zur Corporate Governance von Nonprofit-Organisationen und Stiftungen», en Jung, P., *Stärkung des Stiftungswesens*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, pp. 67-105.
- IBBA, C., «Codice del terzo settore e diritto societario», *Riv. Soc.*, 64 (2019), pp. 62-78.
- «La pubblicità degli enti del terzo settore», *Riv. Dir. Civ.*, LXV-3, 2019, pp. 622-645.
- IMMENZA, U., *El Mercado y el Derecho. Estudios de Derecho de la competencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.
- IRTI, N., *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, Laterza, 1998.
- KELLER, S., *Die Möglichkeiten der Einflussnahme des Stifters im Privatstiftungsrecht*, Wien, Manz, 2006.
- KÜNNEMANN, U., *Die Stiftung im System des Unterordnungs-Konzerns*, Frankfurt, Peter Lang, 1996.
- JAKOB, D., y STUDEN, G., «Die European Foundation: Phantom oder Zukunft des europäischen Stiftungsrechts», *ZHR*, 174 (2010), pp. 61-107.
- KREBS, P., JUNG, S., y STIEGLER, S. (eds.), *Gesellschaftsrecht in Europa*, Baden-Baden, Nomos, 2018.
- KRONKE, H., *Stiftungstypus und Unternehmensträgerstiftung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988.
- «Familien- und Unternehmensträgerstiftung», en Hopt, K., y Reuter, D. (eds.), *Stiftungsrecht in Europa. Stiftungsrecht und Stiftungsrechtsreform in Deutschland, den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, der Schweiz, Liechtenstein und den USA*, Frankfurt, Carl Heymanns, 2001, pp. 145-176.
- LAUX, F., *Die Lehre vom Unternehmen an sich. Walther Rathenau und die aktienrechtliche Diskussion in der Weimarer Republik*, Berlin, Duncker und Humblot, 1998.
- LA CASA GARCÍA, R., «La fundación empresa», en Olivencia, M., Fernández Novoa, C., y Jiménez de Parga, R. (dirs.), *Tratado de Derecho Mercantil*, vol. XVII, Madrid, Marcial Pons, 2009.
- «La publicidad registral de las fundaciones y el Registro mercantil», en Emparanza Sobejano, A. (dir.), *Nuevas orientaciones en la organización y estructuración jurídica de las fundaciones*, Madrid, Marcial Pons, 2014, pp. 199-257.
- LINDNER, R., *Die Umwandlung einer Stiftung in einer Aktiengesellschaft am Fallbeispiel der Carl-Zeiss-Stiftung*, Berlin, Pro Universitate Verlag, 2004.
- LOFFREDO, E., «Attività economica e atti antieconomici nell'esercizio dell'impresa», *ODC*, 3 (2014).

- LÓPEZ RIBAS, S., «Una fiscalidad para las fundaciones y el mecenazgo en Europa», *ADF*, 2014, pp. 227-262.
- MARDOMINGO COZAS, J., y SÁNCHEZ MONJO, M., «La transformación de las Cajas de ahorros en fundaciones de carácter especial. Análisis práctico y normativo», *RMV*, 12 (2013), pp. 169-184.
- MARÍN LÓPEZ, J. J., «Fundación, sociedad mercantil y actividad empresarial (Algunas consideraciones al hilo de la RDGRN de 26 de noviembre de 1996)», *RdS*, 10 (1998), pp. 318-340.
- «El patrimonio de las asociaciones», en Garrido Melero, M., y Fugardo Estivill, J. M.<sup>a</sup> (coord.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, I, Barcelona, José María Bosch Editor, 2005, pp. 795-889.
- MARTÍNEZ BALMASEDA, A., «Transparencia en la gestión de las fundaciones: propuestas en torno a los códigos de buen gobierno corporativo en materia de retribución», *RDPat*, 38 (2015), pp. 217-236.
- MARTÍNEZ MACHUCA, P., *La protección de los socios externos en los grupos de sociedades*, Bolonia, Real Colegio de España, 1999.
- MASSAGUER, J., «El Derecho mercantil ante las transformaciones político-sociales. Una aproximación», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, I, Madrid, Civitas, 1996, pp. 400-430.
- MATA, M.<sup>a</sup> T., «Disposición final segunda», en Emparanza Sobejano, A. (dir.), *Comentarios a la Ley de cajas de ahorros y fundaciones bancarias*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, pp. 729-731.
- MENÉNDEZ, A., «Sociedad anónima y fin de lucro», en *Estudios jurídicos sobre la sociedad anónima*, Madrid, Civitas, 1995, pp. 39 y ss.
- MESTRE DELGADO, J. F., «Artículo 45», en Emparanza Sobejano, A. (dir.), *Comentarios a la ley de cajas de ahorros y fundaciones bancarias*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, pp. 577-587.
- «Artículo 46», en Emparanza Sobejano, A. (dir.), *Comentarios a la ley de cajas de ahorros y fundaciones bancarias*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, pp. 589-591.
- «Disposición final décima», en Emparanza Sobejano, A. (dir.), *Comentarios a la ley de cajas de ahorros y fundaciones bancarias*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, pp. 764-766.
- MÍNGUEZ HERNÁNDEZ, F. «Estructuras de integración contractuales entre entidades de crédito: los denominados sistemas institucionales de protección. Situación tras los Reales Decretos 6/2010, de 9 de abril, y 11/2010, de 9 de julio», *RMV*, 7 (2010), pp. 101 y ss.
- MIQUEL RODRÍGUEZ, J., *La sociedad conjunta (Joint Venture Corporation)*, Madrid, Civitas, 1998.
- MORILLO GONZÁLEZ, F., *El proceso de creación de una fundación*, Cizur Menor, Aranzadi, 2006.
- MUCCIARELLI, G., *Attività e impresa nelle fondazione bancarie*, Milano, Giuffrè, 2005.

- MUÑOZ MACHADO, S., CRUZ AMORÓS, M., y DE LORENZO, R., *Comentarios a las Leyes de fundaciones y mecenazgo*, Madrid, Fundación ONCE-Iustel, 2005.
- OLAVARRÍA IGLESIA, J. (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.
- OLAVARRÍA IGLESIA, J., y MARIMÓN DURÁ, R., «Artículo 14», en Olavarría Iglesia, J. (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, cit., pp. 355-383.
- «Artículo 15», en Olavarría Iglesia, J. (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, cit., pp. 385-412.
- «Artículo 17», en Olavarría Iglesia, J. (coord.), *Comentarios a la Ley de fundaciones*, cit., pp. 423-456.
- OLIVENCIA, M. «Reforma concursal y crisis económica», en Fernández de la Gándara, L., Embid Irujo, J. M., Recalde Castells, A., y León Sanz, F. (dirs.), *Liber Amicorum Prof. José María Gondra Romero*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 521-530.
- OREJA CASAS, J. A., «La organización y dirección de las fundaciones», *CIRIEC*, 32 (2018), pp. 305-371.
- ORTEGA Y GASSET, J., *Rectificación de la República. Escritos políticos*, III, Madrid, Revista de Occidente, 1973.
- ORTIZ MÁRQUEZ, M., «La asistencia financiera intragrupo. Comentario a la sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de septiembre de 2008», *RdS*, 34 (2010), pp. 399-420.
- PAPI, L., «Crisi del sistema “volontaristico” e nuove frontiere europee della responsabilità sociale d’impresa», *RDC*, 1, (2019), pp. 109-158.
- PAZ ARES, C., «Ánimo de lucro y concepto de sociedad (Breves consideraciones a propósito del artículo 2.2. LAIE)», en *Derecho mercantil de la Comunidad económica europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 729-753.
- «Capítulo 18», en Uría, R., y Menéndez, A. (dirs.), *Curso de Derecho Mercantil*, 2.ª ed., I, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2006, pp. 469-501.
- «El buen gobierno de las organizaciones no lucrativas (Reflexiones preliminares)», en Pérez Díaz, V. (dir.), *La filantropía, tendencia y perspectivas. Homenaje a Rodrigo Uría Meruéndano*, Madrid, 2008, pp. 147-158.
- *¿Derecho común o derecho especial de grupos? Esa es la cuestión*, Cizur Menor, Aranzadi, 2019.
- PEDREIRA MENÉNDEZ, J., *Las actividades empresariales de las fundaciones y su tributación*, Valladolid, Lex Nova, 1999.
- PEINADO, J. I. (dir.), *Tratado de Derecho de sociedades cooperativas*, 2.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.
- PERDICES, A., «Hacia unas reglas de gobierno corporativo del sector no lucrativo», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 17, 2008, pp. 141-176.
- PÉREZ ESCOLAR, M., *La actividad económica de las fundaciones. Tensiones legislativas e interés general*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2008.

- «El protectorado de las fundaciones: hacia una renovación de sus facultades de actuación», *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2140 (2012), pp. 1-28.
- «La necesaria renovación del Derecho de fundaciones, ¿reforma o derogación de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre», *ADC*, LXX-4 (2017), pp. 1423-1482.
- «Fundaciones vinculadas a ideologías políticas y fines de interés general», *In-Dret*, 3 (2019), pp. 1-26.
- PIÑAR MAÑAS, J. L., «Artículos 1 y 2», en *Comentarios a la ley de fundaciones y de incentivos fiscales*, I, Madrid, Escuela Libre Editorial-Marcial Pons, 1995, pp. 3-24.
- REAL PÉREZ, A., «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*, Alicante, 2005, pp. 281-288.
- REUTER, D., «Rechtsprobleme Unternehmensbezogener Stiftungen», *DWiR*, 1991, pp. 192-198.
- «Stiftungsform, Stiftungsstruktur und Stiftungszweck. Zu neueren Thesen über die Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht», *AcP*, 207 (2007), pp. 1-27.
- RICHTER, A., y GOLLAN, A. K., «Fundatio Europaea-Der Kommissionsvorschlag für eine Europäische Stiftung (FE)», *ZGR*, 2013, pp. 551-595.
- RIECHERS, A., *Das «Unternehmen an sich»*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1996.
- RONCERO, A. «El régimen previsto para las fundaciones bancarias en la Ley de cajas de ahorros y fundaciones bancarias», *ADF*, 2013, pp. 57-134.
- (coord.), *Junta General y Consejo de administración en las sociedades cotizadas*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016.
- RUIZ OLABUÉNAGA, J. I. (dir.), *El sector no lucrativo en España*, Madrid, Fundación BBV, 1992.
- SALDAÑA VILLOLDO, B., «Nuevos problemas de la responsabilidad de los administradores: la acción social y la responsabilidad por deudas tras la Ley 31/2014», en Embid Irujo, J. M., y Nieto Carol, U. (dirs.), *Estudios de Derecho de sociedades. Colegio Notarial de Valencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 125-166.
- SAELLES CLIMENT, J. R., y VERDERA SERVER, R., *El Patronato de la Fundación*, Cizur Menor, Aranzadi, 1997.
- SÁNCHEZ CALERO, F., «La identidad de las Cajas de ahorros: pasado, presente y futuro», *RDBB*, 43 (1991), pp. 557-583.
- SÁNCHEZ CALERO, F., y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, I, 32.<sup>a</sup> ed., Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2009.
- SÁNCHEZ GIMENO, S., *La prestación de servicios u obra de los administradores de sociedades de capital*, Madrid, Marcial Pons, 2004.
- SANTAGATA, R., *Il gruppo paritetico*, Torino, Giappichelli, 2001.
- SANTOS MORÓN, M.<sup>a</sup> J. «El patrimonio de la fundación. Régimen de gestión patrimonial (artículos 19 a 22, 28)», en Muñoz Machado, S., Cruz Amorós, M., y De Lorenzo García, R. (dirs.), *Comentarios a las leyes de fundaciones y de mecenazgo*, Madrid, Fundación ONCE-Iustel, 2005, pp. 277-356.

- SCHLINKERT, H. J., *Unternehmensstiftung und Konzerleitung*, Berlin, Duncker und Humblot, 1995.
- SCHLÜTER, A., *Stiftungsrecht zwischen Privatautonomie und Gemeinwohlbindung. Ein Rechtsvergleich Deutschland, Frankreich, Italien, England und USA*, München, Beck, 2004.
- SCHUMACHER, Ch., *Die konzernverbundene Stiftung. Eine rechtsvergleichende Untersuchung des niederländischen und deutschen Rechts*, Münster, Waxmann Verlag, 1999.
- SCHWINTOWSKI, H. P., «Die Stiftung als Konzernspitze», *NJW*, 1991, pp. 2739 y ss.
- SERRANO CHAMORRO, M.<sup>a</sup> E., *El ejercicio del cargo de patrono en las fundaciones*, Cizur Menor, Aranzadi, 2019.
- SOTILLO MARTÍ, A. «Artículo 24», en Olavarría Iglesia, J., (coord.), *Comentarios a la Ley de fundaciones*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 638-661.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, C., *Las declaraciones de patrocinio. Contribución al estudio de las cartas de comfort*, Madrid, La Ley, 1994.
- TEICHMANN, Ch., «Europäisches Konzernrecht: vom Schutzrecht zum Enabling Law», *AG*, 6 (2013), pp. 184-197.
- TOMBARI, U., *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano Giuffrè, 2010.
- URÍA, R., «Derecho fiscal y Derecho mercantil», *AAMN*, 2 (1950), pp. 269-291.
- VALERO AGÚNDEZ, U., *La fundación como forma de empresa*, Valladolid, Servicio de publicaciones de la Universidad de Valladolid, 1969.
- VÁZQUEZ RUANO, T., *Principios de Corporate Governance. La personificación de la función supervisora de la administración societaria*, Madrid, Dykinson, 2018.
- VERDERA SERVER, R., «Artículo 2», en Olavarría Iglesia, J. (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 77-108,
- VÉRGEZ, M., «Capítulo 52» en Uría, R., y Menéndez, A., (dirs.), *Curso de Derecho Mercantil*, 2.<sup>a</sup> ed., I, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2006, pp. 1421-1446.
- VICENT CHULIÁ, F., «El nuevo estatuto jurídico de la cooperativa de crédito», en *Estudios de Derecho bancario y bursátil. Homenaje a Evelio Verdera y Tuells*, III, Madrid, La Ley, 1994, pp. 2745-2809.
- VIÑUELAS, M., «Gobierno corporativo en Asociaciones y Fundaciones», en Hierro Anibarro, S. (dir.), *Gobierno corporativo en sociedades no cotizadas*, Madrid, Marcial Pons, 2014, pp. 145-224.
- VIÑUELAS SANZ, M., *Gobierno corporativo de personas jurídicas no mercantiles*, Madrid, Marcial Pons, 2015.
- VON HIPPEL, T., HABERSACK, M., y HANSEN, F., «Art. 6, 2», en Hopt, K., Walz, R., Von Hippel, T., y Then, V., (eds.), *The European Foundation*, Gütersloh, Verlag Bertelsmann Stiftung, 2006, pp. 219-236.
- WEITEMEYER, B., «Gemeisame Wurzeln und Wiederannäherung des Stiftungsrechts. Rechtsvergleichende Generalbericht der Stiftungsrechtsordnungen Deutschlands, der Schweiz, der USA, Frankreichs und China», en Jung, P. (ed.), *Stärkung des Stiftungswesens*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, pp. 107-186.

■ ACTIVIDAD ECONÓMICA EN EL MERCADO E INTERÉS GENERAL. SOBRE EL...

— «Impulse der Stiftungsrechtsreform zur Governance und Transparenz von Stiftungen», *ZGR*, 2019, pp. 238-270.

ZOPPINI, A., *Le fondazioni. Dalla tipicità a le tipologie*, Napoli, Jovene, 1995.

— «Un raffronto tra società benefit ed enti non profit: Implicazioni sistematiche e profili critici», *ORD*, 2 (2017), pp. 7-9.

ZOPPINI, A., y MALTONI, M. (coord.), *La nuova disciplina delle associazioni e delle fondazioni. Riforma del Diritto societario ed enti non profit*, Padova, Cedam, 2007.

La fundación, como figura jurídica singular, viene experimentando desde hace tiempo una considerable evolución que la ha llevado de ser un ente limitado a gestionar el patrimonio conferido por el fundador a jugar un relevante papel al servicio de fines de interés general. En ese contexto, la temática, ciertamente antigua, de si la fundación podía realizar actividades económicas en el mercado como titular de una empresa adquiere particular relieve y plantea problemas de diverso alcance a los que el Derecho, por regla general, no ha prestado la debida atención. Es este el caso del Derecho español, donde, sin embargo, la legislación fundacional, además de considerar legítima esta posibilidad, ofrece unas pautas básicas para su tratamiento que, por su alcance limitado, habrán de completarse con la perspectiva de otros sectores jurídicos, como el Derecho mercantil y, de manera más particular, la normativa societaria. En esta línea, el presente libro intenta precisar el significado jurídico actual de la fundación, partiendo de su consideración genérica como “operador económico en el mercado”, al tiempo que delimita la naturaleza y los caracteres de la fundación empresarial, en cuanto titular directa o indirecta, de una actividad empresarial. Destaca, en tal sentido, el análisis del “grupo de sociedades fundacional”, como expresión de una destacada realidad en el panorama económico de nuestros días, a la vez que se analiza la figura de la fundación bancaria, cuyo protagonismo en el mercado financiero tras la crisis económica resulta notorio.

ISBN 978-84-340-2603-2



9 788434 026032