

# La actividad económica de las fundaciones (1)

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCION.—2. EVOLUCION LEGAL.—3. LA ACTIVIDAD ECONOMICA DE LA FUNDACION: a) LA INSTRUMENTALIDAD DE LA ACTIVIDAD MERCANTIL DE LA FUNDACIÓN; b) LA FUNDACIÓN COMO OPERADOR ECONÓMICO DEL MERCADO: INCIDENCIA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA; c) LA RESPONSABILIDAD DE LA FUNDACIÓN POR LOS RESULTADOS DE SU ACTIVIDAD ECONÓMICA; d) LA OBTENCIÓN DE INGRESOS POR LA ACTIVIDAD FUNDACIONAL: EL ARTÍCULO 24 DE LA LEY DE FUNDACIONES.—4. LA PARTICIPACION DE LAS FUNDACIONES EN SOCIEDADES MERCANTILES, EL ARTICULO 22 DE LA LEY DE FUNDACIONES: a) LA PROHIBICIÓN DE PARTICIPACIÓN DE LAS FUNDACIONES EN SOCIEDADES PERSONALISTAS; b) LA PARTICIPACIÓN DE LAS FUNDACIONES EN SOCIEDADES PERSONALISTAS POR DOTACIÓN: LA OBLIGACIÓN DE QUE PROMUEVAN LA TRANSFORMACIÓN DE LA SOCIEDAD; c) LA PARTICIPACIÓN DE LAS FUNDACIONES EN SOCIEDADES NO PERSONALISTAS; d) EL PELIGRO DE LA VULNERACIÓN DE LAS NORMAS SOBRE AUTOCARTERA MEDIANTE LAS FUNDACIONES DE EMPRESA; e) LA FUNDACIÓN «CABECERA» O EMPRESA DOMINANTE DE UN GRUPO; f) LA FUNDACIÓN-EMPRESA.

## 1. INTRODUCCION

El artículo 1 de la Ley 30/94, de 24 de noviembre, de Fundaciones, las define como organizaciones constituidas sin ánimo de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general.

El artículo 22 de la misma norma se ocupa de regular las actividades mercantiles e industriales de esta persona jurídica sin ánimo de lucro. Este dato revela la nueva concepción de la capacidad de obrar de las fundaciones. El legislador es consciente de que en la actualidad pocas fundaciones podrían vivir sólo de las rentas obtenidas de su patrimonio, y ha adoptado un concepto diná-

---

(1) Proyecto de investigación científica y despliegue tecnológico de la Generalitat Valenciana sobre «contratos bancarios y persona moral», GV-B-ES-16-088-96.

mico-empresarial de fundación. Esta ha dejado de ser una masa de bienes inmovilizada y estática en la que los patronos sólo se preocupan de recoger rendimientos y ponerlos en situación de producir frutos económicos sin desempeñar una actividad constante y profesionalizada, y se ha convertido en un patrimonio en movimiento, capaz de amoldarse a los vaivenes económicos (2).

La Ley ha atendido, por fin, las observaciones doctrinales sobre este punto. Así, LÓPEZ JACOISTE (3) señaló que si las fundaciones se encierran en una existencia desconectada de la vida a cuyo interés incesante deben acomodar sus beneficios, se arruinarán inevitablemente, y PIÑAR MAÑAS afirma que es conveniente que utilicen técnicas o medios hasta ahora casi siempre rechazados para conseguir fines altruistas, y que la fundación con empresas, o la fundación que obtiene beneficios para reinvertirlos en la consecución de los fines que la justifican, deben ser, cada vez más, moneda corriente (4). GARRIGUES piensa que «la no concepción de la fundación como una empresa, la contemplación de la fundación como un hecho y no como un hacer, que es lo que tiene que ser una fundación, un hacer, una realización, es la causa de la invalidez de tantas y tantas fundaciones». También DE LORENZO GARCÍA Y CABRA DE LUNA (5), siguiendo a MORELL OCAÑA (6) consideran que es necesario que la fundación, para potenciar su eficacia, adopte una actitud empresarial, un aspecto menos burocrático, tanto en la gestión de su patrimonio como en la realización de sus prestaciones. Se trataría de una concepción legal en la que la masa patrimonial sigue siendo destinada a un fin de interés público, pero pasando, antes de llegar a su destino, por un estado intermedio en el que sea aplicable un proceso económico con sus indiscutibles riesgos pero con sus innumerables ventajas.

Hoy, la fundación puede cobrar por sus actividades de interés general, siempre que ello no suponga una limitación injustificada del ámbito de sus beneficiarios. Además, puede ejercer actividades mercantiles e industriales directamente o participar en sociedades mercantiles, para obtener medios destinados a la realización del fin fundacional.

Con esta nueva concepción de la fundación, que tiene a su disposición los medios ofrecidos por el sistema económico para obtener rentas, se dejan de identificar los conceptos de beneficencia y fundación. No sólo remedia nece-

---

(2) Así opina también GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Constitución, fundaciones y Sociedad Civil», en *Revista Administración Pública*, 122. Mayo-agosto 1990, pág. 248.

(3) LÓPEZ JACOISTE, J. J., «La fundación y su estructura a la luz de sus nuevas funciones», en *Revista Derecho Privado*, 1965, págs. 567 a 609.

(4) PIÑAR MAÑAS, J. L., «Las fundaciones: jurisprudencia y pautas de futuro». *Las fundaciones y la sociedad civil*. Monografías Civitas, 1991, pág. 218.

(5) «Las fundaciones de empresa». *Derecho de los negocios*, año 4, núm. 39, 1993, pág. 29.

(6) MORELL OCAÑA, L., «Notas sobre el arcaísmo del derecho de las fundaciones benéficas», en *RDA*, 17, 1978, pág. 163.

sidades vitales del hombre (sustento, habitación, educación) de forma gratuita (ver Real Decreto de 1899), sino que sirve para desempeñar fines de interés general nacidos de la demanda social sin que ello esté reñido con la obtención de beneficios económicos (7).

Por ello cada día es más corriente encontrar estatutos fundacionales en los que se contiene una cláusula (8) del siguiente tenor: «el desarrollo de su objeto podrá efectuarse mediante la creación de otras fundaciones, asociaciones, cooperativas, sociedades u otras entidades jurídicas de cualquier naturaleza que las leyes permitan, y participando en el desarrollo de las actividades de otras fundaciones, asociaciones, sociedades y otras personas jurídicas o físicas que, de algún modo, puedan servir a los fines perseguidos...».

## 2. EVOLUCION LEGAL

El artículo 1.1 del Código de Comercio dispone que son comerciantes los que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente.

Sobre la capacidad para ejercer el comercio, el artículo 4 del mismo texto legal establece que «tendrán capacidad legal para el ejercicio habitual del comercio las personas mayores de edad y que tengan la libre disposición de sus bienes».

A la vista de estas disposiciones parece posible que una fundación pueda ser considerada comerciante.

Sin embargo no es cuestión pacífica que exista tal posibilidad, pues aunque la nueva ley ha rebajado el número de trabas, mantiene condicionamien-

---

(7) Así lo explican YUSTE GRIJALBA, J. L. y DEL CAMPO ARBULO, J. A., «Apuntes históricos sobre fundaciones en España», en *Revista Situación BBV*, 1989/4, pág. 52: El desarrollo económico y social que comienza en los Planes de Desarrollo y que supone el paso de una sociedad eminentemente rural y subdesarrollada a una incipiente sociedad industrial que contempla un aumento considerable del nivel de vida, y la aparición de un sistema empresarial de una cierta envergadura, determina, como consecuencia, la aparición de un buen número de fundaciones que pretenden el corte moderno de las de la Europa occidental y de los EE.UU. sobre la base de unos recursos financieros de importancia. Se producen así, sobre todo en el campo educativo, científico y cultural, perspectivas y enfoques nuevos que desbordaban los rígidos esquemas del sistema jurídico a la sazón vigente.

De esta manera se hizo cada día más necesario sustituir el elemento básico de las fundaciones tradicionales, basado en el patrimonio inmovilizado y vinculado, por el del patrimonio de explotación, que admite con normalidad la búsqueda de rentabilidad e incluso la actividad industrial, así como la superación del requisito de la gratuidad de la prestación y, en definitiva, la sustitución del concepto de beneficencia por el de la actividad social, en el convencimiento de que el Estado no podría nunca proveer a ello por completo, ni superar la intuición y la iniciativa privadas.

(8) Ver STS de 7 de mayo de 1987.

tos para la enajenación y **gravámen** de ciertos bienes (art. 19 LF) y para la autocontratación del patrono con la fundación (art. 26 LF).

En el pasado se concedía a las fundaciones poca libertad para disponer de sus bienes, pues debían obtener autorización previa para negociar valores de la deuda pública al portador, autorizar arrendamientos, obras, suministros y negociar valores procedentes de rentas. También se establecían limitaciones para la compra de determinados bienes y para concertar operaciones de crédito (9). En consecuencia, se vio con malos ojos y con desconfianza la posibilidad de que la fundación pudiera ejercer actividades económicas. Existía el convencimiento de que esto era incompatible con la nota de ausencia de ánimo de lucro, y podía conducir a que se cometieran fraudes o abusos en perjuicio del desarrollo de su misión de interés general. Es decir, que de permitirse, se fomentaría la aparición de entidades que bajo la forma fundacional sólo tuvieran el fin de obtener lucro y repartirlo de forma fraudulenta entre sus administradores (10).

En un primer momento, la legislación de beneficencia (Ley General de Beneficencia de 20 de junio de 1849; Real Decreto de 14-5-1852, que contenía el Reglamento de la Ley General de Beneficencia; y Real Decreto de 14-3-1899 sobre reorganización de los Servicios de la Beneficencia Particular e Instrucción de igual fecha) no recogía ningún precepto que de forma expresa prohibiera la práctica de actividades comerciales o empresariales por los establecimientos de beneficencia. No está claro si no se prohibió, porque no se pensó en la posibilidad de que estos entes realizaran actividades económicas, o porque no se descartó.

La doctrina (11) consideraba que tácitamente se admitía este tipo de actividad porque en la enumeración de las instituciones de beneficencia solían aparecer las Cajas de Ahorros (12), que por mucho que hayan cambiado en

---

(9) Ver artículos 4.4 de la Instrucción de 14-3-1899 para el ejercicio del Protectorado del Gobierno en la Beneficencia particular; 32 y 33 del Decreto 2930/1972, de 21 de julio, que contenía el Reglamento de Fundaciones Culturales privadas y entidades análogas y de los servicios administrativos encargados del Protectorado sobre las mismas; Decreto 24-2-1972, etc.

(10) Así, se puede consultar también el Dictamen del Consejo de Estado de 18-5-1972, en el que se llegó a decir que si se permitía a las fundaciones ejercer actividades industriales o mercantiles, ello podría acarrear un fraude legal, ya que se les otorgaban beneficios fiscales y jurídicos.

(11) CARRANCHO HERRERO, M.<sup>a</sup> T., «El problema del ejercicio de actividades económicas por las fundaciones», en *RDP*, 1991, pág. 109.

(12) El artículo 2, Real Decreto 14-3-1899, sobre Reorganización de Servicios de la Beneficencia Particular, decía: «Son Instituciones de Beneficencia los establecimientos o asociaciones permanentes destinados a la satisfacción gratuita de necesidades intelectuales o físicas, como Escuelas, Colegios, Hospitales, Casas de Maternidad, Hospicios, Asilos, Manicomios, Pósitos, Montes de Piedad, *Cajas de Ahorro* y otros análogos, y las fundaciones sin aquel carácter de permanencia, aunque con destino semejante,

su configuración, siempre han sido entidades de crédito que desarrollan una actividad lucrativa (13).

Pronto se advirtió que el ejercicio de actividad económica sería no sólo beneficioso, sino también necesario para los propósitos fundacionales y no tenía por qué estar reñido con su ausencia de ánimo de lucro. En todo caso, el problema sería arbitrar mecanismos para garantizar que la fundación actuara siempre guiada por su fin fundacional, y para impedir el riesgo de apropiación o de distribución de beneficios. La fundación podría actuar en el mercado dinámicamente ejerciendo una actividad económica como medio de obtención de fondos para cumplir el fin fundacional.

El Reglamento de 1972, aplicable a las Fundaciones Culturales, admitió con desconfianza y cautelas esta posibilidad. Si bien permitía expresamente (art. 28) que pudieran ejercer actividades industriales y mercantiles, las sometió a condicionamientos teñidos de cierta arbitrariedad e indefinición: a) Sólo podían desarrollar las actividades industriales y mercantiles «estrictamente necesarias para el mejor cumplimiento del fin fundacional». b) Dando cuenta al Protectorado de la estructuración y funcionamiento de estas actividades. c) No podían ejercer por sí mismas dichas actividades sin contar con la previa y expresa autorización del Protectorado, en el caso de que las dos primeras condiciones no se cumplieran.

Al no establecer el Reglamento un plazo en el que dicha autorización debiera emitirse, se entendió que eran de aplicación los previstos por la Ley de Procedimiento Administrativo. Si la autorización se dilataba demasiado podía llegar cuando ya se hubiera perdido la oportunidad de iniciar el ejer-

---

conocidas comúnmente con los nombres de Patronatos, Memorias, Legados, Obras y Causas Pías».

(13) En las sentencias del Tribunal Constitucional 48/1988 y 49/1988 se ventilaron: a) El recurso de inconstitucionalidad 873/1985, contra determinados artículos de la Ley 15/1985, de 1 de julio, de Cajas de Ahorros de Cataluña; b) El recurso de inconstitucionalidad 913/1985, contra algunos artículos de la Ley 7/1985, de 17 julio, del Parlamento de Galicia, de Cajas de Ahorros Gallegas; y c) Los tres recursos de inconstitucionalidad acumulados 990, 991 y 1007/1985, promovidos respectivamente por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, por un comisionado de 54 diputados y por la Junta de Galicia, contra la Ley estatal 31/1985, de 2 de agosto, de regulación de las normas básicas sobre órganos rectores de las Cajas de Ahorros —LORCA—; y se discutió sobre la posible naturaleza «fundacional» de las Cajas. Era un problema de competencias entre el Estado y las CCAA para legislar sobre el aspecto subjetivo y organizativo de las Cajas. Se produjo una situación de «fuego cruzado» donde el Estado denunciaba la inconstitucionalidad de las leyes de las CCAA, y viceversa. Uno de los títulos competenciales que se barajaron fue, precisamente, la competencia en materia de fundaciones. El Tribunal dijo que «sin negar que las Cajas tengan un cierto carácter fundacional o puedan calificarse dogmáticamente de fundaciones a los efectos de encajarlas en una de las figuras jurídicas reconocidas por nuestro Derecho, lo cierto es que son, en todo caso, fundaciones de carácter muy peculiar en que domina su condición de entidades de crédito, que es lo que les da su fisonomía actual».

cicio de la actividad, de la industria o negocio, con el correspondiente perjuicio para la fundación.

Además, el Protectorado se reservaba la facultad de establecer las medidas que estimara necesarias, sobre el órgano rector de la fundación, para evitar perjuicios al patrimonio de ésta. También podía imponer el arrendamiento de la industria cuando considerara que se había producido una «desnaturalización» de la fundación (art. 28.4).

Fácilmente se aprecia el peligro de la utilización arbitraria de esta norma por parte de la Administración, pues era imposible conocer *a priori* qué entendía la Administración por «desnaturalización», causada por la posesión de una industria o de un paquete mayoritario de acciones. Además, estos criterios podían no ser uniformes entre los distintos Protectorados.

La doctrina criticaba esta disposición y aconsejaba correcciones para una futura legislación general sobre fundaciones en el sentido de que se permitiera a toda fundación desarrollar actividades económicas, siempre sometida a un control del Protectorado, riguroso pero menos frecuente. Esto es, no autorizando o conociendo cada acto, sino a través del examen detallado de la rendición de cuentas anual acompañado de un sistema estricto de responsabilidad de los patronos gestores de la fundación que tomaran decisiones en contra de los intereses de la misma o de la normativa aplicable.

El anteproyecto de Ley de Fundaciones de 1981 admitía que pudieran ejercer actividades empresariales o mercantiles adecuadas para la consecución del fin fundacional cuando la empresa formara parte del conjunto de los bienes aportados. No existía ninguna referencia a la necesidad de poner en conocimiento del Protectorado el inicio de estas actividades, ni tampoco se exigía la concesión de ninguna autorización.

En la actualidad, el sistema ha variado considerablemente.

Las Leyes Autonómicas, al igual que el Reglamento del 72, admiten la actividad empresarial con la condición de que tenga relación con el fin fundacional y con autorización y control administrativo.

La Ley catalana del 82 dispone, en su artículo 4.4 que «la inversión de todo o de una parte del patrimonio de una fundación en empresas mercantiles, siempre que atribuya a aquélla la calidad de comerciante en términos legales, debe ser autorizada por el Protectorado».

A pesar de que a simple vista podemos entender que se admite que la fundación tenga la condición de comerciante, condicionándola a la autorización, no es esta la interpretación que defiende la doctrina catalana.

VILASECA (14) entiende que el legislador no se ha expresado con suficiente propiedad y que debe optarse por una interpretación del precepto que conduzca

---

(14) VILASECA MARCET, J. M., «La legislación catalana sobre fundaciones privadas», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1983, págs. 7 y sigs. Decía textualmente: «Es a dir que,

a hacerlo válido. Piensa que legalmente no es posible incluir a la fundación dentro de la definición de comerciante del artículo 1 del Código de Comercio (persona individual o sociedad mercantil) ni tampoco dentro de la del factor mercantil de los artículos 282 y siguientes. Para él, el sentido de esta norma es el siguiente: la Ley, en el caso de que la fundación sea propietaria directamente de una empresa que constituya una inversión fructífera de la dotación, quiere evitar a la misma riesgos económicos importantes como aquéllos a los que se encuentran expuestos los comerciantes. Significa también —según este autor— que el campo de la especulación empresarial no es propio de la fundación y que debe alejarse del mismo. «Estos peligros —dice— se pueden dar si la fundación adquiere la cualidad de comerciante, pero también si las responsabilidades que ostenta en una empresa mercantil la obligan a tomar decisiones o a realizar actos poco adecuados a una institución que persigue fines de interés general y que no tiene ninguna finalidad lucrativa».

Añade: «el Protectorado juzgará en cada caso y, en definitiva, podrán dar su opinión los Tribunales. Las resoluciones correspondientes no consistirán necesariamente en conceder o negar la autorización, sino que podrán condicionarla a que se tomen algunas precauciones para aminorar los riesgos. La resolución habrá de ser muy matizada, por el respeto debido a la voluntad fundacional, si la empresa es aportada por el fundador, sobre todo si lo fue por vía testamentaria».

Advierte que la Ley deja sin regular el supuesto de que la inversión consista en una participación en una sociedad que comporte una responsabilidad ilimitada (sociedad civil, mercantil colectiva o socio colectivo de una comanditaria) o limitada (accionista de una anónima, partícipe de una limitada, socio comanditario), pudiendo ser esta participación mayoritaria o no, y que implique o no el ejercicio de la gestión o el uso de la firma social, o la condición de miembro del Consejo de Administración o de órganos de decisión semejantes (15).

---

en el nostre ordenament jurídic, una fundació *no pot tenir* segurament la qualitat de comerciant».

(15) También admitía que no era necesaria la autorización administrativa para otros supuestos: «En primer lloc, la finalitat fundacional pot coincidir amb una activitat econòmica que normalment es realitza a través d'una empresa mercantil. El cas no és rar, si pensem en una escola o un hospital, finalitats molt comunes de les fundacions, ja que tenen sens dubte un interès general. Fins i tot, quan aquests serveis es presten gratuïtament —cosa que com sabem ja no és exigible a les fundacions regulades per aquesta Llei— no deixen pas de constituir una activitat que ha d'organitzar-se en forma empresarial. Un altre supòsit és que en la realització de la finalitat fundacional, tot sovint s'han de celebrar contractes anàlegs als de tipus mercantil o que són propiament mercantils, per exemple perquè l'altra part és una empresa o un comerciant. *Cap d'aquests casos, però, no està indòs en la necessitat d'obtenir V autorització prèvia del Protectorat*», *ob. cit.*, págs. 16-17.

La Ley canaria de 1990 dispone, en su artículo 14.4 que «las fundaciones podrán realizar las actividades industriales o mercantiles que sean estrictamente necesarias para el mejor cumplimiento del fin fundacional, dando cuenta al Protectorado de la estructuración y funcionamiento de estas actividades. En los demás casos, las fundaciones no podrán ejercer por sí mismas actividades industriales o mercantiles sin previa y expresa autorización del Protectorado».

La Ley gallega de 1983 no regula este tema.

La reciente Ley 12/1994, de 17 de junio, de Fundaciones del País Vasco, en su artículo 25.1 dispone que la fundación podrá realizar, por sí misma, actividades mercantiles o industriales cuando éstas tengan relación con los fines fundacionales o estén al servicio de los mismos. Además, este hecho deberá ser puesto en conocimiento del Protectorado (art. 25.3).

Apreciamos que el criterio dominante en la legislación sobre fundaciones ha sido siempre condicionar el libre ejercicio de actividades económicas a que fueran «estrictamente necesarias para cumplir el fin fundacional» (16) y «se diera cuenta de la estructura y funcionamiento al Protectorado». Sin estas condiciones, era necesaria la previa y expresa autorización del Protectorado.

Este régimen fue objeto de críticas. Se denunciaba que era un resquicio de la tradicional desconfianza hacia el fenómeno fundacional.

CARRANCHO (17) opinaba que ante el temor de los abusos que se podían producir, la solución no era tanto establecer las autorizaciones administrativas, cuanto crear un adecuado control de la actuación de las fundaciones para evitar conductas que se desviaran de los objetivos que debían perseguir. Apuntaba la conveniencia de establecer un control administrativo posterior, para no entorpecer el normal desenvolvimiento de la actividad del ente. Además, admitía que se podía utilizar el control judicial a través de la *doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica* (18), esto

---

(16) En este sentido, el artículo 27 de anteproyecto de Ley de Fundaciones elaborado por la Comisión Mixta constituida en la Subsecretaría del Ministerio de Justicia en 1979 y presentada en noviembre de 1981, decía: «Las fundaciones podrán ejercer empresas o actividades industriales o mercantiles cuando sean adecuadas para la consecución del fin fundacional o cuando la empresa forme parte del conjunto de los bienes aportados. En estos casos la empresa mercantil seguirá sometida a su régimen jurídico propio».

(17) CARRANCHO HERRERO, M.<sup>a</sup> T., *ob. cit.*, *idem*.

(18) La doctrina no duda en que será posible levantar el velo de la personalidad jurídica fundacional. Así, VALERO AGÚNDEZ, en *La fundación como forma de empresa*, Valladolid, 1969, pág. 130, dice: «la tarea consistirá fundamentalmente en determinar los casos en los cuales procede "levantar el velo" de la personalidad jurídica fundacional para descubrir el verdadero sujeto real, al que eventualmente sin cumplir las garantías exigidas por la ley, se anudan los beneficios de las relaciones jurídicas fundacionales, interponiéndose la fundación misma en la atribución de las cargas que aquellas relaciones comportan y en determinar la medida de su responsabilidad patrimonial por éstas».

Igualmente opinan autores de obras mucho más recientes, como NIETO ALONSO, A.,

es, prescindir de la forma externa de la persona jurídica para penetrar en su interioridad, levantando el velo y examinando los reales intereses que laten en su interior. De esta forma —decía— se podía poner coto a fraudes y abusos que a través del manto protector de la persona jurídica se cometieran.

Como se desprende del proceso descrito, poco a poco se había ido fraguando un nuevo concepto de fundación, como ente que podía utilizar los instrumentos que le ofrecía el sistema económico (19) y que gozaba del derecho de libertad de empresa reconocido en el artículo 38 de la CE, de forma que no sería aceptable una interpretación de los artículos 34 y 38 CE que prohibiera o limitara a una fundación el ejercicio de la libertad de empresa (20).

---

*Fundaciones: su capacidad. Especial consideración a la realización de actividades mercantiles e industriales*, Edit. Fundación «Pedro Barrié de la Maza, Conde de Fenosa», La Coruña, 1996, pág. 233, que sigue en este punto la doctrina italiana: «Y todo ello sin perjuicio de proceder aplicando a la persona jurídica de tipo fundacional la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica, para evitar abusos y fraudes que la utilización que se haga de nuestro tipo jurídico puede generar, ya sea eludiendo imperativos legales, ya faltando a la voluntad fundacional, ya desconociendo el contenido esencial fundamental del Derecho de Fundación: el interés general. Despejaríamos así al mundo fundacional de las reticencias que hacia él pudiesen surgir, no hablaríamos ya de deformación ni de disfunciones en la Fundación.

Abusos de la personalidad jurídica que incluso pueden provenir del propio fundador, que actúa con mala fe (art. 7 CC), abusa del Derecho de Fundación, artículo 34.1 CE y 7.2 del Código Civil, perjudica los derechos de terceros, prevaleciéndose, en fin de la personalidad jurídica, lo que conlleva su lógica responsabilidad, sin perjuicio de impugnar la fundación como se impugna una donación, por los herederos o los acreedores del fundador.

Pensemos en quien incluye bienes para uso propio como patrimoniales de una fundación, para blindar su propiedad y evitar un hipotético embargo. En este sentido, la jurisprudencia italiana se ha referido al abuso de la personalidad jurídica por parte del fundador, utilizando los bienes como propios. El juez puede, entonces, hacer responsable al ente y extender al primero la responsabilidad patrimonial».

(19) SÁENZ DE MIERA, A., *Las Bases Legales de las fundaciones y su situación en España*, ob. cit., págs. 55 y sigs. Apunta este autor que la naturaleza altruista de la fundación no pugna con su revestimiento de empresa, especialmente en aquellos casos en que la producción que realiza es desdeñada por la iniciativa privada —y puede ser el caso de la actividad editorial, de la artesanía, de la producción de tapices o de porcelanas tradicionales y de especial mérito artístico, así como de otras muchas hipótesis más—.

(20) DE LORENZO GARCÍA, R. y CABRA DE LUNA, M. A., ob. cit., pág. 26. LACRUZ BERDEJO, «Las fundaciones en la CE de 1978», en *ADC*, 1983, pág. 1463, se formulaba la cuestión desde otra perspectiva: si era posible que el legislador ordinario, al desarrollar el «contenido esencial» del derecho de fundación, podría o no prohibir la realización de un objetivo, por ejemplo, económico, o condicionarlo de tal modo que resultara imposible para un ente de naturaleza fundacional. En respuesta a la cuestión planteada, consideraba este autor que el Estado podría condicionar a los ciudadanos en el marco de la economía social de mercado y la libertad de empresa, pero que en todo caso, nunca podría limitar la actividad económica de las fundaciones más que la de cualquier otra persona natural o jurídica.

Si se hubiera prohibido la actividad económica a las fundaciones, habrían desaparecido muchas, porque en el actual sistema económico pocas podrían vivir sólo de las rentas patrimoniales. La solución, tal como se había apuntado por la doctrina, no era tanto prohibir, cuanto controlar esta actividad para evitar que se desviaran del logro de los fines fundacionales.

Este ha sido, por fin, el criterio adoptado por la Ley de Fundaciones de 1994, que introduce novedades importantes: la fundación puede ejercer actividades mercantiles libremente, así como participar en determinadas sociedades mercantiles (art. 22 LF). En definitiva, nos encontramos ante un régimen de libertad del Patronato, con controles posteriores y un sistema rígido de responsabilidad de los patronos (art. 15 LF).

Estos dos aspectos de la regulación legal de las fundaciones van a ser el objeto de nuestro estudio. Creemos que, en primer lugar, conviene reflexionar sobre la actividad de la fundación que opera en el mercado y centrar la atención en el análisis de algunos problemas interesantes, como el del alcance de la nota de instrumentalidad de la actividad económica desempeñada por la fundación o, lo que es lo mismo, la conciliación de la prohibición de ánimo de lucro con el ejercicio de actividad económica, la responsabilidad de la fundación por el ejercicio de una actividad económica, o el acomodo de dicha actividad al Derecho de la competencia.

A continuación se analizará el artículo 22 LF que se ocupa del llamado ejercicio «indirecto» por la fundación de actividades económicas mediante su participación en sociedades mercantiles.

### 3. LA ACTIVIDAD ECONOMICA DE LA FUNDACION

Aunque no se diga de forma expresa en su articulado, la nueva Ley de Fundaciones permite que puedan ejercer directamente actividades industriales y mercantiles, sin someterlas ya a los condicionamientos que se imponían en el Reglamento del 72.

Tan sólo se ha introducido una cautela: es necesario comunicar inmediatamente al Protectorado la enajenación o gravamen de establecimientos mercantiles o industriales (art. 19.2 LF).

---

Es importante conocer el análisis de esta cuestión realizado por NIETO ALONSO, A., *ob. cit.*, págs. 299 y sigs. La autora demuestra la armonización del derecho de fundación, plasmado en el artículo 34 CE, con el de libertad de empresa del artículo 38 (págs. 299 y sigs.), y la función social de la propiedad, recogida en el artículo 33 CE, así como la ruptura de lo que ella denomina «el hermetismo total: fundación sin *animus lucrandi* y *animus lucrandi* de la empresa», con apoyo en la estudiada doctrina de la DGRN de la Resolución de 22-11-1991. Ver págs. 315 y sigs., y 328.

## a) LA INSTRUMENTALIDAD DE LA ACTIVIDAD MERCANTIL DE LA FUNDACIÓN

La fundación podrá ser titular jurídico inmediato de una empresa, desarrollando una actividad mercantil de forma que ésta y sus consecuencias patrimoniales se conecten jurídicamente con la fundación. Pero el ejercicio de la actividad económica sólo tendrá para la fundación un significado puramente dotacional: la finalidad del ejercicio del comercio es obtener frutos económicos para invertir en la actividad fundacional de interés general, pues la fundación no puede tener ánimo de lucro (art. 1.1 LF).

Son las llamadas «fundaciones con empresas»: la actividad económica se mantiene con el fin de asegurar medios para el desarrollo de la misión de interés general, la empresa es el fondo de bienes que produce rendimientos que luego son aplicados al fin fundacional (21).

La fundación podrá desarrollar una actividad económica, ejerciendo su derecho de libertad de empresa y siendo titular de una empresa o un establecimiento mercantil o industrial que formara ya parte de la dotación, o hubiera sido recibido a través de mecanismos hereditarios o mediante donaciones, o que ella misma hubiera creado. Pero dicha actividad será sólo un instrumento para obtener beneficios que se dedicarán a atender el fin fundacional, una fuente de financiación (22). La fundación intentará obtener el máximo beneficio económico, pero lo que obtenga deberá destinarlo a su misión de interés general.

Partiendo de esta idea, se concilia la actividad económica con la prohibición de ánimo de lucro recogida en el artículo 1 LF. La Ley permite que las fundaciones desempeñen actividades mercantiles, siempre que los rendimientos o ganancias obtenidos *se reinviertan* en la realización de fines de interés general (23). Esto supondrá, necesariamente, que se arbitre un sistema para lograr la *transparencia* rigurosa de los flujos financieros entre la empresa y la fundación, y vigilar así si realmente se está dedicando el beneficio empresarial a los fines fundacionales, o se está destinando a otros menesteres no permitidos. Se debe evitar por todos los medios el riesgo de apropiación o distribución de beneficios entre los patronos o los trabajadores de la funda-

---

(21) Ver VALERO, *ob. cit.*, págs. 120 y sigs.

(22) DE LORENZO GARCÍA, R. y CABRA DE LUNA, M. A., *ob. cit.*, pág. 26. Señalan estos autores que «la ausencia de ánimo de lucro no excluye la ganancia o beneficio entendidos en sentido económico, financiero y contable, sino el reparto de esa ganancia o beneficio fuera del ente en cuestión, ya sea fundación o sociedad, es decir, entre los fundadores o personas representativas de un interés puramente particular, de manera que suponga derivar tales beneficios más allá del ámbito propio de la entidad o de su círculo natural de beneficiarios». También citan las opiniones de BLANCO RUIZ, J. F. y MUÑOZ MACHADO, S., de contenido idéntico.

(23) REBOLLO ALVAREZ-AMANDI, A., *La nueva Ley de fundaciones*, Centro de Estudios Financieros, 1994, pág. 11.

ción, sobre todo de forma encubierta, disfrazando de reembolso de gastos o de retribuciones a los trabajadores, lo que es realmente reparto de ganancias.

Otra cuestión es la de qué tipo de actividad económica puede desarrollar la fundación. Algunos autores dudaban de la conveniencia de que la fundación pudiera desempeñar cualquier actividad desconectada de su fin fundacional, o que creara una empresa sin conexión alguna, o muy débil, con sus fines. Lo admitían con muchísimas cautelas, por el peligro de que se produjeran efectos «perversos» para las fundaciones y la transparencia del mercado.

Sin embargo, ante el silencio de la ley se debe entender que puede desempeñar cualquier actividad económica siempre que demuestre, sin ninguna duda, que la ganancia obtenida se destina al cumplimiento del fin fundacional.

b) LA FUNDACIÓN COMO OPERADOR ECONÓMICO DEL MERCADO: INCIDENCIA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Parece claro que hoy la fundación que desarrolla por sí misma y libremente actividades económicas puede ser calificada de comerciante (24) (art. 1 CCo.) o empresario mercantil que se sirve de una empresa o conjunto organizado de capital y trabajo destinado a la producción para el mercado, para realizar en nombre propio, de manera independiente y autónoma, una determinada actividad económica, correspondiéndole la iniciativa y el riesgo sobre la misma (25).

Como todo comerciante, tendrá obligación de llevar una contabilidad ordenada y adecuada a la actividad de su empresa que permita hacer un seguimiento cronológico de sus operaciones mercantiles o industriales. Esta obligación está prevista en el artículo 23.6 LF que dispone que la contabilidad de las fundaciones se ajustará a lo dispuesto en el Código de Comercio cuando realicen directamente actividades mercantiles o industriales.

Además, deberá cumplir las obligaciones referentes a la publicidad jurídica del empresario. Parece que en este sentido lo más conveniente, como ya había sido apuntado por la doctrina, habría sido que la nueva ley expresamen-

---

(24) Así las califica VALERO AGÚNDEZ, *ob. cit.*, pág. 180. El autor piensa que «la división o enumeración de comerciantes realizada en el artículo 1 del Código de Comercio no es exhaustiva ni taxativa, sino que abarca únicamente, en forma simplemente enumerativa, aquellos sujetos jurídicos que en la vida social representan las figuras típicas de comerciante, sin incluir en ella, ni prestar atención en la regulación ulterior, a otros posibles sujetos jurídicos que pueden ser también comerciantes aplicándoseles por consecuencia, las normas especiales que el ordenamiento destine a éstos». Añade el autor que los artículos 4 a 14 del Código de Comercio no recogen a las fundaciones como personas incapaces para ejercer el comercio. *Ob. cit.*, pág. 174.

(25) BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho Mercantil*, Tecnos, S. A., 1990, págs. 74 y sigs.

te exigiera que las fundaciones que ejercen actividades comerciales se inscribieran como comerciantes en el Registro Mercantil. No lo ha hecho, y tampoco el Reglamento del Registro Mercantil prevé su inscripción, ni siquiera la meramente facultativa, pues en el artículo 16 del Código de Comercio sólo aparecen mencionadas las Cajas de Ahorros y tampoco las menciona el artículo 19 del Código de Comercio ni el 81 RRM. Ante este silencio, parte de la doctrina admite la inscripción potestativa, lo que ocasionaría, respecto a las fundaciones no inscritas, problemas probatorios en relación con la publicidad frente a terceros (26).

A este problema se añade el de si este tipo de fundaciones estarán sometidas a los mismos procedimientos concursales que el empresario individual o no.

Además, tanto las fundaciones comerciantes como las no comerciantes, estarán obligadas a respetar las normas que prohíben la competencia desleal y la realización de prácticas restrictivas de la competencia o de abuso de posición dominante. También tendrán derecho a utilizar signos distintivos en el ejercicio de su actividad económica: nombre comercial, rótulo, marcas. Se someterán a las normas reguladoras del régimen de Patentes de invención (Ley 11/1986, de 20 marzo), modelos de utilidad, dibujos industriales y Propiedad Intelectual (22/1987, de 11 noviembre). Igualmente, se les aplicarán las disposiciones de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

Y ello porque estas normas están destinadas, no tanto a los comerciantes, cuanto a los «operadores económicos del mercado» por cuenta propia, con autonomía de decisión o independencia y autonomía patrimonial.

Así, la Ley 34/1988, de 11 noviembre, General de Publicidad, en su artículo 2 dispone que se aplica siempre que una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, realiza cualquier forma de comunicación con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones. También la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios presupone un concepto de oferente de servicios o productos muy amplio.

Este es el criterio seguido por la Ley de Defensa de la Competencia 16/1989, de 17 de julio.

En este sentido, es interesante la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 10-7-1990, en la que este Tribunal Administrativo se

---

(26) NIETO ALONSO, A., *ob. cit.*, págs. 380 y sigs., considera que, como en el derecho suizo, debería establecerse la inscripción obligatoria de la fundación-empresa. Es interesante, como pone de relieve esta autora, la relación entre la inscripción de la fundación en el Registro administrativo de fundaciones y en el Registro Mercantil, de acuerdo con el artículo 361 del RRM.

detiene a decidir si los sanatorios denunciados, regentados por sendas Ordenes religiosas, son «empresas» a los efectos de aplicación de la Ley 110/1963, antecedente inmediato de la actual Ley de Defensa de la Competencia.

El Tribunal declara: «Sin embargo, a los efectos de la aplicación de la Ley 110/1963, la Sección Primera estima que los sanatorios regentados por dichas Ordenes, contra los que se ha incoado expediente a petición de la parte interesada, son operadores económicos en el campo de la actividad hospitalaria para el tratamiento psiquiátrico en la Comunidad de Madrid y gozan de la autonomía suficiente como para que puedan ser considerados "empresas" en el sentido dado en el Capítulo Primero de la Ley, lo que desde un punto de vista económico viene avalado por lo establecido en el artículo 8.3 del Real Decreto 338/1990, de 9 marzo».

Sirva de apoyo a esta consideración la doctrina consolidada en la CEE, cuyos órganos han establecido en numerosas ocasiones que el derecho de la competencia es de aplicación a todos los operadores económicos en el mercado, cualquiera que sea su estatuto jurídico, tengan o no fines de lucro, y cualquiera que sea su campo de actividad. Es necesario y suficiente que realicen una actividad económica autónoma, entendiendo por ello cualquier actividad de producción o intercambio no gratuito de bienes o de servicios.

No existe jurisprudencia de este Tribunal que pueda ser citada como precedente. No obstante, tanto la Resolución de la Sección Primera de 13-4-1988, que aplicó la Ley 110/1963 a una denuncia contra la Asociación de Padres de Alumnos del I.N. de Bachillerato «Las Verendillas», como la Resolución de la Sección Segunda de 14 de julio de 1988, que estableció expresamente la sujeción a dicha Ley por parte de la Feria de Muestras de Barcelona, ilustran suficientemente que el término «empresa» utilizado por la Ley 110/1963 se interpreta en el sentido más amplio de «operador económico», excluyéndose de su aplicación solamente los casos establecidos expresamente en su artículo 4».

Además, el artículo 3 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, dispone que esta ley será de aplicación a los empresarios y a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado, a cualquiera que pretenda vender sus productos o servicios (se refuerza la idea de «operador económico»). Se aplica a los actos de competencia desleal que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales; fines que se presumen cuando el acto objetivamente se revele idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero. Establece mecanismos para impedir que el principio de libertad de competencia pueda verse falseado por prácticas desleales que puedan perturbar el funcionamiento concursal en el mercado. Sólo se exige que el acto se realice en el mercado, esto es, que sea un acto dotado de trascendencia externa, que se lleve a cabo con fines concurrenciales, y que tenga por finalidad promover o ase-

gurar la difusión de las prestaciones propias o de un tercero (actos de confusión, de engaño, de obsequio, primas o análogos que pongan al consumidor en el compromiso de contratar, actos de denigración, actos de comparación y en general, cualesquiera comportamientos que sean objetivamente contrarios a las exigencias de la buena fe). No es necesario que los sujetos —agente y paciente— sean empresarios ni se exige que entre ellos medie una relación de competencia.

En definitiva, las fundaciones no podrán vulnerar las normas de protección de la libre competencia. Si bien esta importante prohibición no está prevista expresamente en el articulado del régimen sustantivo de las fundaciones, sí existe una mención expresa al tratar el régimen tributario. Así, tanto el artículo 48 LF, referente a la exención rogada al Ministerio de Economía y Hacienda del Impuesto de Sociedades, como el artículo 58, sobre el Impuesto de Actividades Económicas, condicionan la exención a que «las explotaciones económicas (27) en que se hayan obtenido resultados coincidan con el objeto o finalidad específica de la entidad, en los términos que se desarrollen reglamentariamente» (28). Y añaden: «a estos efectos, se entenderá que las explotaciones económicas coinciden con el objeto o finalidad específica de la entidad cuando las actividades que en dichas explotaciones se realicen persigan el cumplimiento de los fines contemplados en el artículo 42.1.a), que no generen competencia desleal y sus destinatarios sean colectividades genéricas de personas».

MARTÍNEZ LAFUENTE (29) opina que la ley está concibiendo la explotación económica «exenta» como una prolongación de la actividad no lucrativa, puesto que sus fines han de coincidir con los contemplados en el artículo 42.1.a)

---

(27) La Ley del Impuesto de Sociedades considera explotación económica toda aquella que suponga la ordenación por cuenta propia de factores de producción o recursos humanos o de uno sólo de ellos con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes y servicios.

(28) Ver el Real Decreto 765/1995, de 5 de mayo, por el que se regulan determinadas cuestiones del Régimen de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General. Esta norma regula los procedimientos para disfrutar de los beneficios fiscales previstos en la Ley 30/1994, tanto para las entidades sin ánimo de lucro como para las personas físicas y jurídicas que ayudan e incentivan las actividades de interés general.

La norma reglamentaria poco añade a lo dispuesto en la Ley. El artículo 3.3 de este Reglamento dispone que se entiende que la explotación económica no coincide con el objeto o finalidad específica de la entidad, cuando la actividad realizada en dicha explotación económica no persiga los fines contemplados en el artículo 42.1.a) LF, genere competencia desleal o sus destinatarios no sean colectividades genéricas de personas.

Y añade: «Se considerará que existe coincidencia con el objeto o fin de la entidad en las actividades accesorias o subordinadas, vinculadas a la realización de la actividad principal».

(29) MARTÍNEZ LAFUENTE, A., *Fundaciones y mecenazgo. Análisis jurídico-tributario de la Ley 30/1994*, de 24 de noviembre, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1995, pág. 132.

LF, por lo que no basta cualquier actividad, aunque los resultados se apliquen a los fines protegidos, sino que se hace preciso que la propia explotación económica los persiga por sí misma. Entiende este autor que el legislador ha querido aproximar los fines de la fundación y los fines que se persiguen con la explotación económica; es decir, que dentro del repertorio de fines, que se regulan en el artículo 42.1.a) ha de buscarse la coincidencia de fines, pues sólo así se atiende al «objeto o finalidad específica».

GARCÍA LUIS (30) lo explica con claridad: «Para aclarar el ámbito de aplicación de la exención habría que distinguir claramente dos situaciones. La primera, la de las explotaciones económicas carentes de relación con los fines fundacionales o asociativos de entidades no lucrativas y que son utilizados por éstas como medio de financiación de las actividades de interés general. Así nos podemos encontrar con una fundación cuyo objeto sea, por ejemplo, la integración social de minusválidos que, por ejemplo, explote diversos hoteles como medio de obtención de beneficios. No debe olvidarse que estos beneficios han de destinarse obligatoriamente a la financiación de las actividades de interés general y que tales actividades mercantiles sólo deben proporcionar ingresos secundarios a la entidad para que ésta adquiera la condición de entidad no lucrativa. Pues bien, está claro que los resultados obtenidos en el ejercicio de estas explotaciones económicas desligadas directamente de los fines típicos resultan gravados siempre, sin excepción, si bien, tampoco debe olvidarse, a un tipo bonificado del 10 por 100, precisamente en atención a los fines de interés general a los que deben ir a parar.

La segunda situación es la de aquellas explotaciones económicas a través de las cuales se realiza directamente el fin típico. Para seguir con el ejemplo de la anterior fundación, tal sería el caso de que dispusiera, por ejemplo, de talleres en los que los minusválidos llevaran a cabo distintos trabajos artísticos que luego son vendidos en el mercado obteniendo el correspondiente rendimiento. Es, precisamente, a estas rentas a las que puede extenderse la exención».

Los artículos 2 y 3 del Real Decreto 765/1995 desarrollan, respectivamente, el procedimiento para acreditar el derecho a disfrutar de los beneficios fiscales establecidos en la Sección 3.<sup>a</sup> del Capítulo I del Título II de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre (relativo al Impuesto de Sociedades); y el procedimiento para disfrutar la exención del Impuesto de Sociedades prevista en el artículo 48.2 de la Ley 30/19 (es decir, para lograr también la exención por los resultados obtenidos en el ejercicio de una actividad económica) (31).

---

(30) GARCÍA LUIS, T., *Fiscalidad de fundaciones y asociaciones*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1995, págs. 130-131.

(31) Cumplimentado este procedimiento se logra la exención en el Impuesto de Sociedades del 48.2 LF (por los resultados obtenidos en el ejercicio de una explotación

Interesa destacar la crítica realizada al artículo 48 LF por GIMÉNEZ-REYNA y ZURDO (32). Nos remitimos a su interesante comentario. Entiende el autor que la referencia a la competencia desleal no significa que la Ley prohíba que la fundación ofrezca bienes y servicios por debajo de los precios de mercado. Es posible que haya prestaciones de la fundación por debajo del nivel de lo que se considere normal cobrar en el sector económico de que se trate, siempre que no se impida a los competidores actuar en el mismo sector. Cree el autor que «la resolución del expediente ha de constatar la existencia de una actividad que sirve a fines de interés general, que la misma está al servicio de la colectividad, que no se da ninguno de los presupuestos del artículo 17 de la Ley 3/1991, y que no impide a los competidores actuar en el mismo sector (33), por su estructura de precios, por la consideración de sus destinatarios, por la naturaleza de sus actividades o prestaciones, etc.».

También es acertado el comentario de GARCÍA LUIS (34). Tras declarar de aplicación la Ley de Competencia Desleal, haciendo hincapié en la venta realizada bajo coste o bajo precio de adquisición (art. 17), se detiene en el estudio de los artículos 7 y 19 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia.

Este último precepto dispone que el Tribunal de Defensa de la Competencia, a petición del Ministerio de Economía y Hacienda, puede examinar las ayudas otorgadas a las empresas con cargo a recursos públicos, en relación con sus efectos sobre las condiciones de competencia. A la vista del dictamen del Tribunal, el Ministro podrá proponer a los poderes públicos la supresión

---

económica). El artículo 48.1 LF sólo establece la exención en el Impuesto de Sociedades por los resultados obtenidos en el ejercicio de actividades que constituyen su objeto social o finalidad específica, así como por los incrementos patrimoniales derivados tanto de adquisiciones como de transmisiones a títulos lucrativos, siempre que unas y otras se obtengan o realicen en cumplimiento de su objeto o finalidad específica.

Encontramos por tanto dos niveles de exención.

(32) GIMÉNEZ-REYNA, E. y ZURDO, J., *Comentarios a la ley...*, ob. cit., págs. 428-441. Es muy interesante el comentario a este artículo. Tras el mismo, concluyen los autores diciendo: «creemos que el precepto no puede recibir una opinión favorable, puesto que nada añade a lo vigente, salvo mayor confusión e intervencionismo, y nos permitimos aventurar que será un semillero de dudas y discusiones sobre el alcance de la exención. Los presagios de los comentaristas del Proyecto de Ley se han cumplido en gran medida» (pág. 441).

(33) «Parece evidente, añade el autor, ob. cit., pág. 135, que lo que el legislador quiere es evitar que una empresa dedicada a la prestación de bienes o servicios se ampare bajo el paraguas de una entidad no lucrativa para gozar de beneficios fiscales, con el consiguiente problema de prueba. Pero el legislador no puede pretender que todo servicio por el que se cobre algo tenga que serlo a rabiosos precios de mercado y sin concurrencia de ningún competidor, porque ello iría contra la propia filosofía de la Ley, que pretende estimular las actividades privadas de interés general».

(34) GARCÍA LUIS, T., *Fiscalidad de las fundaciones y asociaciones*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1995, págs. 133-135.

o la modificación de ayudas, así como, en su caso, las demás medidas que conduzcan al mantenimiento o al restablecimiento de la competencia. Al respecto, el autor hace las siguientes observaciones: «1) que al ser la exención o el beneficio fiscal una modalidad de ayuda otorgada a las empresas por los poderes públicos debería haberse exigido en la Ley este dictamen previo del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre este extremo y la autorización de la conducta inicialmente prohibida. Debe tenerse en cuenta que el artículo 3.1 y 2 de la Ley de defensa de la competencia prevé la autorización de conductas restrictivas de la competencia cuando, entre otras razones, se encuentren justificadas por la situación económica general y el interés público (...). 2) En segundo lugar, una vez concedida, la exención se mantiene para el futuro, siempre que las condiciones concurrentes inicialmente en las explotaciones se mantengan. 3) Por último, si con posterioridad la entidad incurre en cualquier acto de competencia desleal en el desarrollo de las explotaciones y en caso de que sea declarado como tal por la autoridad judicial, perderá la exención disfrutada desde el momento en que hubiera incurrido en ello. No obstante, para minar el rigor de esta tesis, pues piénsese en que los actos de competencia desleal lo son aunque no medie culpa de la entidad, podría establecerse alguna excepción a este principio y establecer en determinados casos la simple rectificación de la conducta objetivamente desleal sin pérdida de los beneficios fiscales disfrutados».

Vemos por tanto que, a pesar de que son de aplicación a las fundaciones las normas de protección de la libre competencia, subsiste un problema de competencia «desleal» con distinto enfoque al tipificado legalmente: la protección y situación privilegiada que se les concede por ser entes sin ánimo de lucro y al servicio de un fin de interés general, nunca podrá ser utilizada para desarrollar la actividad mercantil en situación de ventaja respecto a los demás competidores.

Aunque la ley se ocupa de evitar que se dañe la competencia por la utilización del régimen fiscal especial, deja sin tratar otros posibles beneficios o privilegios.

Sin duda, uno de los más escandalosos ha sido el referente al régimen de embargabilidad de los bienes fundacionales.

El artículo 10 de la Instrucción 1899 al que se dio nueva redacción el 18-3-1955, señalaba que ningún tribunal podía despachar mandamiento de ejecución ni dictar providencias de embargo contra las rentas y bienes de las instituciones de beneficencia y que si por consecuencia de sentencia o resolución firme de los tribunales, hubiere de hacerse efectiva alguna cantidad, se estaría a lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley de 1 de julio de 1911 y el Protectorado resolvería la forma de cumplir las obligaciones que contra tales instituciones resultasen. El artículo 66 establecía que siempre que una institución de Beneficencia fuera condenada al pago de alguna

cantidad, el cumplimiento de la sentencia correspondería al Ministro de la Gobernación, quien acordaría la forma de verificar el pago, teniendo en cuenta el derecho de los acreedores y el interés de la Beneficencia. El artículo 10 del Real Decreto de 1899 disponía que los bienes y rentas de las Instituciones de la Beneficencia no podrían ser objeto de procedimientos de apremio. El Protectorado resolvería la forma de hacer efectivas las resoluciones que contra ellas resultaran.

El reglamento de Fundaciones Culturales de 1972, en su artículo 49 disponía, en el mismo sentido, que cuando un juzgado o tribunal fuera a despachar un mandamiento de ejecución o una providencia de embargo contra las rentas y los bienes de una fundación cultural privada, lo pondría en conocimiento del Ministerio Fiscal, que lo comunicaría al Protectorado, y si por consecuencia de la sentencia o resolución firme la fundación hubiere de hacer efectiva alguna cantidad, se daría cuenta de ello al Protectorado, el cual, oyendo a la fundación, comunicaría al Tribunal o a la autoridad de que se tratara la forma en que la fundación pudiera cumplir las obligaciones que contra ella resultaran, a fin de que pudiera ser tenida en cuenta en la ejecución de la sentencia o resolución que hubieran de acordarse.

No se debe interpretar el contenido de estos artículos en el sentido de que los bienes fundacionales eran inembargables y que en consecuencia la fundación no iba a responder de sus obligaciones. Antes bien, la fundación cumpliría coactivamente sus obligaciones pero a través del procedimiento previsto en estas normas. Así, en lugar de que un juzgado o Tribunal despachara un mandamiento de ejecución o una providencia de embargo contra rentas o bienes fundacionales, comunicaría la situación al Protectorado y sería éste el que señalaría cómo debía cumplir la fundación. De este modo se evitaba el embargo de bienes o rentas de la fundación con la consiguiente pérdida de capacidad económica para poder cumplir sus fines.

La nueva Ley guarda silencio sobre el particular y las únicas normas que se ocupan de la cuestión son el artículo 1.449.3 LEC, que dispone que serán inembargables también aquellas otras cantidades, así declaradas por disposiciones especiales con rango de ley, y el artículo 114 del Reglamento General de Recaudación de 20-12-90, que dispone que no son embargables los bienes: a) exceptuados de traba con carácter general por las leyes procesales u otras; b) los declarados en particular inembargables en virtud de Ley; y c) aquéllos de cuya realización se presume, a juicio de los órganos de recaudación, que resulte producto insuficiente para la cobertura del coste de dicha realización.

Algún autor (35) ha considerado que este privilegio se ha mantenido y elevado a rango de ley, al amparo de la Disposición Derogatoria de la

---

(35) Ver REBOLLO ALVAREZ-AMANDI, A., *La nueva ley de fundaciones*. Centro de Estudios Financieros, 1994, pág. 48.

Ley de Fundaciones de 1994, que considera vigentes el Reglamento del 72 y la Instrucción de 1899 en lo que no se opongan al contenido de la nueva ley.

En caso de que se admitiera la vigencia de dichos privilegios, la doctrina advierte que sería injusto dejar que la fundación los utilizara no sólo cuando actuara al servicio del fin general, sino también cuando ejerciera la actividad mercantil con la que obtener rentas. Creemos que si bien se debe fomentar, amparar y proteger la actividad fundacional colmándola de privilegios, la actividad mercantil desempeñada por una fundación debe ser igual que la de cualquier otro comerciante.

Queda la duda de si la nueva regulación respeta otros beneficios, como el de justicia gratuita y exención de tasas judiciales. Los artículos 9 del Decreto de 1899 y 48 del Reglamento de Fundaciones Culturales establecían que las instituciones de beneficencia litigarían como pobres, tanto si fueran demandantes o demandadas. También, ante la Administración, gozarían de igual tratamiento. La nueva ley no trata esta posibilidad; así que en todo caso se podría sugerir el razonamiento aplicado anteriormente respecto a la embargabilidad para resolver esta cuestión.

c) RESPONSABILIDAD DE LA FUNDACIÓN POR LOS RESULTADOS  
DE SU ACTIVIDAD ECONÓMICA

Ante el silencio de la Ley en este punto, debemos entender que la fundación que sea titular inmediata de una empresa mercantil y desempeñe una actividad económica comercial, industrial o de servicios de la que obtiene ingresos para atender el fin de interés general, responde, como el empresario mercantil individual, ilimitadamente.

Le serán imputables todas las relaciones con terceros en el ejercicio de su actividad económica y, frente a los acreedores de su empresa, será responsable con todos sus bienes presentes y futuros (art. 1.911 del Código Civil). La empresa no será un patrimonio separado del resto del patrimonio de la fundación. De las deudas resultantes de la actividad económica realizada bajo la forma jurídica de fundación, responde ésta con la totalidad de su patrimonio, aunque no esté totalmente invertido en la actividad de la empresa. Es éste el *Principio de Unidad Patrimonial*: la fundación responde de las deudas contraídas con todo su haber, sin que sea posible distinguir un patrimonio mercantil del resto del patrimonio de la fundación. Los riesgos de la empresa corren por cuenta de la fundación, porque el patrimonio es único. Al ser titular de la explotación asume todos los riesgos derivados de la misma (36).

---

(36) VALERO, *ob. cit.*, pág. 130.

Las personas individuales interesadas en la actividad económica de la fundación (el fundador, los titulares de sus órganos, los beneficiarios) no responden por ella en modo alguno, pues la fundación válidamente constituida es una persona jurídica autónoma con capacidad de obrar propia.

Sin embargo, esta responsabilidad de la fundación, choca con las nuevas tendencias mercantilistas de admisión de la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada (37).

d) OBTENCIÓN DE INGRESOS POR LA ACTIVIDAD FUNDACIONAL: EL ARTÍCULO 24 LF

En relación con el problema del ejercicio de actividad económica por la fundación, se planteaba tradicionalmente la cuestión de si las fundaciones podían o no cobrar por las actividades que realizaban en cumplimiento de sus fines fundacionales.

Históricamente, como ya hemos apuntado, se había interpretado que el «interés público» al que se debía orientar la fundación significaba que la misma nunca podría cobrar precio por sus prestaciones; que las ideas de fundación y beneficencia o gratuidad de las prestaciones se identificaban.

Así se entendió en las Instrucciones de 1875 y 1899. Los beneficiarios de sus prestaciones debían carecer de medios económicos suficientes para obtener beneficios o resultados análogos a título oneroso. La causa de la necesidad no les debía ser imputable. Si se trataba de prestaciones de índole no exclusivamente económica, habrían de distribuirse en atención a los méritos de los aspirantes (38). Era una actividad de *pietas* (39).

Pero posteriormente se sustituyó la idea de beneficencia por la de «actividad social» paralela a la ejercida por el Estado. En definitiva, se empezó a concebir a las fundaciones como instituciones solventes, sin preocupaciones de lucro, no sujetas a condicionamientos políticos ni a las variaciones de la Administración y capaces de entender con flexibilidad y rapidez las necesidades del hombre y realizar tareas concretas, seleccionadas, a las que difícilmente se podría llegar desde una perspectiva puramente estatal.

El artículo 1.2.b) del Reglamento de las Culturales establecía como requisito esencial para crear fundaciones que sus prestaciones fueran gratuitas,

---

(37) La Ley de 23 de marzo de 1995, sobre Sociedades de Responsabilidad Limitada, ha reconocido las sociedades unipersonales con forma de sociedad de responsabilidad limitada y anónima. Ver capítulo XI de dicha Ley (arts. 125 a 129). La Exposición de Motivos merece especial atención.

(38) Ver GÓMEZ FERRER MORANT, R., «Aspectos de la nueva regulación de las fundaciones culturales privadas», en *Revista de Administración Pública*, 10, 1973, pág. 385.

(39) YUSTE GRUALBA, J. L. y DEL CAMPO ARBULO, J. A., *ob. cit.*, *Revista Situación BBV*, 1989/4, pág. 52.

salvo que *excepcionalmente* se autorizara por el Protectorado el percibo de alguna cantidad de los beneficiarios, que sólo sería exigible dentro de los límites que preveía el artículo 24, en el que se recogían los requisitos o trámites: la fundación debía remitir al Protectorado, junto a la petición de aprobación de las tarifas de sus servicios, un estudio justificativo del cálculo de las mismas, informado por la Delegación Provincial del Ministerio de Educación y Ciencia.

Además, las cantidades exigidas a los beneficiarios no podían exceder del coste real del servicio, sin margen comercial de ninguna clase, y las tarifas y su aprobación se debían inscribir en el Registro de Fundaciones Culturales Privadas. El mismo contenido tenía el artículo 19 de la Ley gallega.

El propósito de la norma era evitar que las fundaciones salieran beneficiadas en relación a los empresarios regularmente establecidos que cumplían y pagaban sus impuestos por ejercer una actividad lucrativa.

La medida era tachada de excesiva. Además, podía producir el efecto contrario, pues vendiendo a un precio inferior al de mercado, se podía incurrir en una vulneración del Derecho protector de la libre competencia (40).

Los autores quisieron terminar con esta confusión o equiparación entre interés general y beneficencia, y defendieron que la realización de una actividad que satisficiera aquel interés era compatible con el cobro de cantidades por los servicios prestados siempre que estos beneficios se destinaran a los fines de interés general y no fueran susceptibles de reparto entre los patronos o personal al servicio de la fundación o a favor del fundador o sus herederos.

Así, LÓPEZ JACOISTE (41) hace ver claramente, al explicar la función del fin en el negocio jurídico fundacional, que la *causa libertatis* de la traslación patrimonial juega sólo en el momento en que se produce el tránsito patrimonial desde el fundador a la fundación que él crea. Pero ya no hay tal causa en la traslación o asignación que se realiza desde la fundación al beneficiario. La fundación no debe realizar necesariamente actos de liberalidad, sino cumplir su fin.

---

(40) Así lo apuntaba certeramente SÁENZ DE MIERA, *ob. cit.*, pág. 58. Denunciaba este autor que se podría producir una vulneración de los principios orientadores de la competencia, en relación con la actividad de las empresas mercantiles ordinarias, proveniente «más de practicar unos precios de coste o políticos que de aplicar el precio de mercado en una prestación concreta».

(41) *Ob. cit.*, pág. 594: «En ocasiones la sola atención de un cierto fin o la creación de un determinado centro supone satisfacer el interés público, siquiera, el correspondiente establecimiento u organización atienda funciones cuyos beneficiarios deban sufragar en cierta medida o de alguna forma. El beneficio social estaría entonces no en el funcionamiento totalmente gratuito, sino en la existencia misma del servicio o actividad. Aunque el fundador haya otorgado una disposición de estricta liberalidad, es perfectamente verosímil que la fundación haya de conferir sus beneficios mediante contratos...»

Hoy el artículo 24 LF permite que las fundaciones puedan obtener ingresos por sus actividades siempre que ello no implique una limitación injustificada del ámbito de sus posibles beneficiarios.

Debemos recordar que al utilizar esta facultad tampoco se podrán vulnerar los principios que rigen la libre competencia ni incurrir en una actuación que suponga competencia desleal. Lo cual se traduce, en relación con la prohibición de la venta a pérdida, en que si el cumplimiento de su fin de interés general significa que se dedican a ofrecer bienes y servicios a cambio de una contraprestación, no conviene que ésta sea inferior a los precios de mercado, para el caso de que un determinado empresario individual o una sociedad mercantil ofrezcan los mismos bienes o servicios.

#### 4. LA PARTICIPACION DE LAS FUNDACIONES EN SOCIEDADES MERCANTILES: EL ARTICULO 22 DE LA LEY DE FUNDACIONES

Este supuesto es distinto al anterior, pues la fundación, en lugar de desarrollar una actividad mercantil directamente, como empresario individual, es accionista de una sociedad mercantil, ha invertido su patrimonio fundacional en acciones o participaciones de sociedades mercantiles. Los rendimientos obtenidos serán destinados al fin de interés general.

Hasta el Reglamento de Fundaciones Culturales de 1972 esto no se permitió expresamente.

El artículo 28.3 del mismo no condicionó esta posibilidad a la previa autorización por parte del Protectorado. Únicamente impuso la obligación de dar cuenta inmediatamente a éste del hecho de que una fundación cultural resultara ser accionista **mayoritario**, y sólo en este caso, de una Sociedad Mercantil.

Además, el artículo 28.4 permitía al Protectorado establecer las medidas que estimara necesarias para evitar perjuicios al patrimonio de la fundación e imponer la venta de las acciones cuando considerara que se había producido una desnaturalización de la fundación. La doctrina advirtió el peligro de la utilización arbitraria de esta norma tan ambigua.

Las leyes autonómicas no prestan atención especial a esta posibilidad, salvo la del País Vasco, que en su artículo 25, dispone: «1. La fundación podrá realizar, por sí misma, actividades mercantiles o industriales cuando éstas tengan relación con los fines fundacionales o estén al servicio de los mismos. 2. En todos los demás supuestos deberá realizar dichas actividades a través de sociedades, incluidas las de economía social, que tengan limitada la responsabilidad de sus socios. 3. Las actividades comprendidas en este artículo deberán ser puestas en conocimiento del Protectorado».

La nueva Ley de Fundaciones de 1994 (art. 22) admite expresamente que las fundaciones puedan ejercer «actividades mercantiles e industriales» de forma «indirecta», esto es, participando en sociedades mercantiles en las que los socios tengan limitada su responsabilidad.

En las *sociedades capitalistas*, a la sociedad sólo le interesa del socio su aportación patrimonial. Por ello, si una fundación participara en este tipo de sociedades (socio de una SA, de una SL o socio comanditario de una sociedad comanditaria simple o por acciones), sólo perseguiría la inversión de su capital y obtener del mismo rendimientos con que promover sus finalidades. Actuaría como un mero accionista-rentista, interesándole únicamente el beneficio que extraería de su inversión. Además, no respondería nunca de las deudas sociales.

Sin embargo, puede ocurrir que la fundación no busque simplemente participar en una sociedad mercantil con fines de mera inversión, sino que le interese además influir a través de los órganos sociales en la marcha de la empresa: administrar y gestionar la empresa. Para esto, podría desear su participación como socio colectivo en una *sociedad colectiva* o en una *sociedad comanditaria*, es decir, en sociedades personalistas donde importa mucho el valor *intuitu personae*, a cambio de soportar una mayor responsabilidad que los socios capitalistas (recordemos que el socio colectivo de la sociedad colectiva —art. 127 CCo.— o de una comanditaria simple —art. 148 CCo.— o por acciones —art. 151 CCo.—, responde de las deudas sociales personal, ilimitada y solidariamente con los demás socios colectivos, cuando el patrimonio social no cubre la totalidad de las mismas —subsidiariamente—).

Tradicionalmente la doctrina admitió sin reparos la primera posibilidad, pero el régimen de responsabilidad ligado a la segunda opción suponía un freno importante a la hora de aceptarla. Se decía que esta vía era incompatible con la «responsabilidad limitada de las fundaciones, como toda persona jurídica».

Realmente, como apunta acertadamente VALERO AGÚNDEZ (42), se estaba partiendo de un error de base. No era cierto que la fundación, al igual que

---

(42) VALERO, *ob. cit.*, pág. 177. En lo único que se diferencia la responsabilidad entre una persona jurídica y una física —dice el autor—, es en que difícilmente la extensión de la responsabilidad de las personas jurídicas va a poder realizarse sobre bienes futuros, en ciertos casos.

Por ello, siguiendo la tesis de GIRÓN TENA sobre la admisión de que las sociedades de capitales pudieran ser socios colectivos de sociedades personalistas, llega a la conclusión de que una fundación podría ser socio colectivo, siempre que su condición de tal se basara en su *intuitu personae*, quedando sometida por tanto a la extensa responsabilidad prevista para este tipo de socios.

También advierten este error DE LORENZO y CABRA DE LUNA, *ob. cit.* pág. 24.

Igualmente denuncia este error NIETO ALONSO, A., *ob. cit.*, págs. 232 y sigs., que sigue en este punto la doctrina de CAPILLA RONCERO. La segunda parte de su obra sobre «la responsabilidad de las fundaciones generada por la actuación de su capacidad»,

todas las personas jurídicas, respondiera limitadamente de sus deudas (43). En realidad, las personas jurídicas responden de sus deudas con la totalidad de su patrimonio de forma tan *ilimitada* como la persona física (art. 1.911 CC).

a) LA PROHIBICIÓN DE PARTICIPACIÓN DE LAS FUNDACIONES  
EN SOCIEDADES PERSONALISTAS

La nueva Ley, en su artículo 22.1, señala que «las fundaciones no podrán tener participación alguna en sociedades mercantiles en las que deban responder personalmente de las deudas sociales».

Parece que con esta norma se trata de impedir que la fundación pueda perder su patrimonio al responder como socio colectivo de las responsabilidades de la Sociedad Mercantil Colectiva o Comanditaria. Lo mismo sucedería, en el caso de convertirse en socio de una Sociedad Civil (art. 1.698.1 CC) o de una Agrupación de Interés Económico (44).

---

págs. 229 y sigs., merece ser leída con detenimiento, pues analiza en profundidad tanto la responsabilidad de la fundación por los actos y omisiones de sus órganos (pág. 234 y sigs.), como la responsabilidad en el campo administrativo (pág. 237 y sigs.), la responsabilidad contractual (pág. 240 y sigs.), extracontractual (pág. 241 y sigs.) y objetiva (pág. 244 y sigs.) y la responsabilidad penal (pág. 267 y sigs.). También es muy interesante su estudio sobre la responsabilidad de la Asociación Europea y la regla de la *Inmuniti* norteamericana.

(43) Añade el autor: «es erróneo ver en la fundación como tipo empresarial una forma de empresa que responde limitadamente en el orden patrimonial, que no siendo empresario social, ofrece las ventajas propias de las sociedades de capitales. Existe en esta concepción una transposición de ideas: se parte de que en las sociedades de capitales hay una limitación de responsabilidad por la interposición de la personalidad jurídica de estas sociedades entre los socios y los terceros y, al existir también una persona jurídica en la fundación, se pasa a la conclusión de que también ésta responde ilimitadamente». *Ob. cit.*, pág. 130.

(44) La Agrupación de Interés Económico es un instrumento de colaboración de los operadores económicos. Facilita el desarrollo o mejora el resultado de la actividad de sus socios, que sólo pueden ser personas que desempeñen actividades empresariales, agrícolas o artesanales, entidades no lucrativas dedicadas a la investigación o profesionales liberales. Posee carácter mercantil cualquiera que sea la naturaleza de la actividad que desarrolle ella misma o sus miembros, pero carece de ánimo de lucro para sí misma, de modo que los eventuales beneficios procedentes de su actividad serán considerados como beneficios de los socios. Están reguladas por Ley 12/1991, de 29 de abril, sobre agrupaciones de interés económico. El artículo 5 de esta Ley dispone: «1. Los socios de la Agrupación de Interés Económico responderán personal y solidariamente entre sí por las deudas de aquélla. 2. La responsabilidad de los socios es subsidiaria de la de la Agrupación de Interés Económico».

NIETO ALONSO, A., *ob. cit.*, pág. 236, sin embargo, considera que una fundación sí podría participar en una AIE, pues el artículo 4 «permite que dichas Agrupaciones estén constituidas por entidades no lucrativas, no descartando, por tanto, las Fundaciones. Además, en todo caso, la responsabilidad sería subsidiaria de la AIE. Nada empuja, por otra

No entrará en juego esta norma si la fundación es socio no colectivo de una sociedad comanditaria, pues el artículo 148 del Código de Comercio dispone que la responsabilidad de los socios comanditarios de una sociedad comanditaria, en caso de que existan obligaciones y pérdidas de la compañía, se limitará a los fondos que pusieren o se obligaren a poner en comandita. Tampoco si participa en una Sociedad Anónima o de Responsabilidad Limitada.

De acuerdo con la filosofía de nuestra ley, parece que la fundación también podrá participar en «sociedades de la Economía Social» (45), como las cooperativas, siempre que tengan limitada la responsabilidad de sus socios. Así, el artículo 29 de la Ley General de Cooperativas dispone que en las cooperativas de primer grado pueden ser socios, tanto las personas físicas como las jurídicas, públicas o privadas y el artículo 71 indica que los socios no responderán de las deudas sociales, salvo disposición en contrario de los estatutos, en cuyo supuesto deberán determinar el alcance de su responsabilidad.

Sobre el contenido del artículo 22.1 se plantea la duda de si supone un elemento extraño en el sistema de responsabilidad de las personas jurídicas. En este sentido CARRASCO PERERA (46) ha advertido de que al no existir norma concreta en contra, debemos entender que la intención del legislador es configurar a la fundación como una persona jurídica de responsabilidad no limitada. La fundación responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros, como toda persona jurídica. En consecuencia, el artículo 22 que prohíbe que la fundación tenga participación en sociedades mercantiles en las que deba responder personalmente de las deudas sociales no encaja en nuestro sistema jurídico. Sólo tendría sentido en un ordenamiento que limitara la responsabilidad patrimonial de las fundaciones y que no permitiera, como lo permite hoy el artículo 23.6 de la LF, que la fundación acometa directamente, como comerciante, y con plena responsabilidad ilimitada, actividades mercantiles.

---

parte que la Fundación, en esa sede concreta responda como lo exige la Ley, como un supuesto excepcional. No olvidemos los Principios Constitucionales de Libertad de Empresa, artículo 38 y participación en la vida económica, artículo 9.2 y 129.2». La autora considera que este tipo de personas jurídicas y Grupos de Interés Económico, regulados por el Reglamento CEE 2137/1985, de 25 de julio, son beneficiosas para las fundaciones. Ver, *ob. cit.* págs. 218 y sigs.

(45) En opinión de CABRA DE LUNA, M. A., *Comentarios a la ley... ob. cit.*, pág. 186, también podrían ser socias de Sociedades Anónimas Laborales (reguladas por Ley 15/1986, de 25 de abril). Son aquellas Sociedades Anónimas en las que al menos el 51 por 100 del capital social pertenece a los trabajadores que presten sus servicios retribuidos en forma directa, personal, cuya relación laboral lo es por tiempo indefinido y en jornada completa (art. 1 LSAL).

En lo no previsto en la LSAL, éstas se regirán por las normas aplicables a las Sociedades Anónimas (art. 2 LSAL).

(46) *Aspectos jurídico-civiles de las fundaciones en la nueva Ley*, ponencia impartida en el curso sobre *Fundaciones, mecenazgo y sociedad civil en el umbral del siglo XXI*, en la Universidad Castilla-La Mancha, del 13 al 15 de julio de 1994.

En nuestra opinión, del contenido del artículo 22 LF cabe deducir dos interpretaciones opuestas:

- a) Es una cautela inútil. No tiene sentido que se permita a las fundaciones realizar actividades económicas directamente respondiendo de las mismas con todos sus bienes presentes y futuros, y a la vez se les prohíba ser socios colectivos. La Ley se ha ocupado de evitar que la fundación «se arruine» por ser socio colectivo y sin embargo permite que ello pueda ocurrir como consecuencia del ejercicio directo de una actividad económica.
- b) El legislador está pensando que la responsabilidad de la fundación está limitada de algún modo: ¿es la fundación algo parecido a una sociedad unipersonal de responsabilidad limitada? Si esto es así, detectamos un gran cambio en la formulación de la doctrina general sobre la persona jurídica. El legislador camina hacia la unificación del tratamiento de las personas jurídicas. ¿Se diluyen las diferencias entre la persona moral asociativa y la patrimonial? (47).

Pero la oscuridad de la norma no acaba ahí. Debe ser también motivo de crítica que no se disponga qué ocurre si se vulnera la prohibición. ¿Cómo interpretar la expresión «no podrán tener participación alguna»? ¿Debemos pensar que la fundación socia de la sociedad personalista deberá transmitir a otro su cualidad de socio, o que deberá separarse de la sociedad mediante la disolución parcial de la misma?

Tratándose de una sociedad colectiva o comanditaria, en el primer caso, sería necesario que consintieran la transmisión de la cualidad de socio todos los demás (143 CCo), lo cual puede ser difícil, ya que tienen la facultad de oponerse a que entre una determinada persona en la sociedad.

En el segundo caso, previsto en el artículo 225 del Código de Comercio, la fundación debería hacer una denuncia parcial del vínculo social (una declaración unilateral de voluntad del socio que pretende separarse de la sociedad). A continuación se procedería a la determinación y pago de su cuota de liquidación como socio, participando en los resultados prósperos o adversos que se obtuvieran de las operaciones pendientes.

En el caso de que la fundación sea socio de una Sociedad Civil, puede pensarse también que está obligada a transmitir la cuota (para lo que hará falta acuerdo unánime de todos los socios —art. 1.696 CC—) o que debe

---

(47) Ver NIETO ALONSO, A., *ob. cit.*, pág. 336. La autora considera que de la admisión de la empresa unipersonal resulta un nuevo acercamiento entre la Asociación y la Sociedad con la Fundación, una ruptura del hermetismo *universitas personarum-universitas rerum*, lo que supondría el inicio de una concepción más cercana Corporación/Institución.

extinguirse la sociedad por voluntad de la fundación socia (arts. 1.705 y 1.706 CC).

Surgen muchas más dudas: ¿Podría solicitarse al Juez que declarase la transmisión o la separación si los socios o la fundación se oponen a hacerlo? ¿Quién estaría legitimado para hacer esta solicitud?

En definitiva, la Ley tiene importantes lagunas, y el intérprete no acaba de encajar todo el entramado de cautelas ingenradas para protección del patrimonio fundacional con la posibilidad de ejercicio libre de la actividad mercantil, ni tampoco entiende el criterio seguido por el legislador para configurar el elenco de actos potencialmente dañosos del patrimonio fundacional que deben ser sometidos al visto bueno del Protectorado (48).

b) **LA PARTICIPACIÓN DE LAS FUNDACIONES EN SOCIEDADES PERSONALISTAS  
POR DOTACIÓN: LA OBLIGACIÓN DE QUE PROMUEVAN LA TRANSFORMACIÓN  
DE LA SOCIEDAD**

El párrafo 2 del artículo 22 merece también un detenido comentario crítico. Dispone este artículo que «en el supuesto de que formen parte de la dotación participaciones en sociedades personalistas, y dicha participación sea mayoritaria, la fundación deberá promover la transformación de aquéllas a fin de que adopten una forma jurídica en la que quede limitada su responsabilidad».

La doctrina (49) se sorprende del contenido de este artículo, porque de él se desprende que si la participación no es mayoritaria, la fundación no tiene por qué hacer nada, como si tal circunstancia le librase de responder personal y solidariamente con todos sus bienes a las resultas de las operaciones económicas.

La transformación se regirá por lo dispuesto en los artículos 231 y 232 (50) LSA, y artículo 92 de la Ley 2/1995, de 23 marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

---

(48) Creemos que en la práctica, el hecho de que una fundación solicite un aval bancario para conseguir un adelanto de una subvención puede ser tan dañoso para su patrimonio como la constitución de una prenda sin desplazamiento de la posesión sobre sus bienes muebles. Por eso no se comprende que la Ley no exija autorización del Protectorado en el primer caso y sí en el segundo. Tampoco dice la Ley si una fundación puede afianzar obligaciones ajenas. Ante el silencio cabe pensar que podrá hacerlo sólo si ello sirve o ayuda a su fin de interés general. Posteriormente el Protectorado emitirá su opinión sobre dicha operación.

(49) REBOLLO ALVAREZ-AMANDI, A., *ob. cit.*, pág. 58.

(50) Dicha transformación no afectará a la personalidad jurídica de la sociedad transformada y se hará en escritura pública que se inscribirá en el Registro. No liberará a los socios colectivos de la sociedad transformada de responder solidaria y personalmen-

Si una vez promovida, no se lograra (51), el artículo 9.4 RF dispone que el Protectorado requerirá al Patronato para que ponga en venta las participaciones fijando a tal efecto el plazo que prudencialmente considere para que no se produzca quebranto patrimonial a la fundación.

Si, no obstante, ser requerido para ello, el Patronato no pusiera en venta dichas participaciones, el Protectorado, a la vista de las circunstancias concurrentes y especialmente de la existencia de buena fe por parte de la fundación, podrá ejercitar la acción de responsabilidad establecida en el artículo 15 de la Ley.

Surge la duda de si el Protectorado realmente está preparado para fijar atinadamente un plazo prudencial para la venta.

c) LA PARTICIPACIÓN DE LAS FUNDACIONES EN SOCIEDADES NO PERSONALISTAS

Está permitida en la nueva ley, pero se impone la obligación de dar cuenta de las participaciones mayoritarias al Protectorado en cuanto se produzcan (art. 22.3 LF) (52).

El artículo 9.2 RF desarrolla esta norma: «La adquisición de participaciones mayoritarias en sociedades mercantiles no personalistas (...) no necesitará autorización previa pero deberá ser puesta en conocimiento del Protectorado en cuanto se produzca. Dicha comunicación se acompañará de una exposición de las circunstancias concurrentes en el negocio jurídico, así como cualesquiera otros extremos relevantes que el Patronato estime necesarios para una adecuada información.

Lo previsto en este apartado será de aplicación tanto a las adquisiciones de participaciones mayoritarias que se efectúen en un solo acto como a la

---

te, con todos sus bienes, de las deudas sociales contraídas con anterioridad a la transformación de la sociedad, a no ser que los acreedores hayan consentido expresamente la transformación.

(51) BROSETA PONT, M., *ob. cit.*, pág. 189, opina que el cambio o modificación de la forma o tipo social de una sociedad colectiva o comanditaria requiere, en principio, el consentimiento de *todos* los socios. Pero tratándose de una sociedad comanditaria por acciones sería suficiente el consentimiento de todos los socios colectivos y el acuerdo mayoritario de los comanditarios adoptado en la forma y con los requisitos previstos en la escritura social, y, en su defecto, en la LSA, que regula con carácter general la transformación de todas las sociedades mercantiles.

(52) Ver DEL CAMPO ARBULO, J. A., *Temas polémicos del Título I de la Ley y soluciones posibles. Las fundaciones: su nuevo régimen jurídico, fiscal y contable*. Fundación Futuro, Editorial Dykinson, Madrid, 1995, págs. 116-117, piensa que la suspicacia de la Ley hacia la adquisición de participaciones mayoritarias extraña porque todo el mundo puede tener participaciones mayoritarias: «Una persona física puede tener participaciones mayoritarias. Una sociedad mercantil puede tener participaciones mayoritarias. Cualquiera puede tener participaciones mayoritarias. Pero si las detenta una fundación, hay que tener mucho cuidado.

adquisición de participaciones minoritarias que, acumulada a adquisiciones anteriores, dé lugar a que la fundación ostente una participación mayoritaria en una sociedad mercantil no personalista».

El 9.3 RF aclara el concepto de «participación mayoritaria»: «a los efectos previstos en los apartados anteriores, se entenderá por participación mayoritaria aquella que represente más del 50 por 100 del capital social o de los derechos de voto, computándose a todos los efectos tanto las participaciones directas como las indirectas» (53).

El fundamento de la cautela no es otro que evitar que «se utilice jurídicamente a la fundación como pantalla o instrumento de dominación de entidades financieras o en empresas dominantes en la vida económica española» (54), o «evitar las fundaciones de cartera».

La evolución de esta norma es interesante, sobre todo con respecto a su coordinación con el artículo 42.1.c) de la Ley.

En el Proyecto de Ley de Fundaciones del Ministerio de Justicia aprobado por el Gobierno y publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* (Congreso de los Diputados de 30-12-1992) —texto que no llegó a ser aprobado por el legislativo—, se disponía (art. 22):

«1. Las fundaciones sólo podrán realizar directamente actividades mercantiles o industriales cuando éstas tengan relación y estén al servicio de los fines fundacionales.

2. Las fundaciones no podrán tener participación alguna en sociedades mercantiles en las que deban responder personalmente de las deudas sociales.

3. Cuando formen parte de la dotación participaciones en las sociedades a las que se refiere el apartado anterior y dicha participación sea mayoritaria,

---

Se teme que la participación mayoritaria se preste a manejos de las fundaciones por vía de lo que se llama ingeniería financiera, y se establece así una desconfianza, no *ex post*, sino *ex ante*».

(53) GARCÍA LUIS, T., *Fiscalidad de fundaciones y asociaciones*. Editorial Lex Nova, Valladolid, 1995, págs. 78-79, opina al respecto: «cabría decir que el sistema adoptado no es muy convincente, pues en base al mismo el Ministerio de Economía y Hacienda podría negar a una fundación o asociación de utilidad pública la participación en el 100 por 100 de una modesta sociedad anónima, mientras que sería inatacable (ni siquiera tendría que comunicarla) una participación del 10 por 100 en una gran entidad financiera. En suma, como propuesta de *lege ferenda*, no habría que estar tanto al porcentaje de participación como a la importancia económica de la misma».

(54) En la Memoria del Proyecto se decía textualmente: «Por lo que se refiere al relativo a la participación mayoritaria en sociedades mercantiles hay que señalar que con él se trata de evitar que los fines perseguidos pudieran desnaturalizarse a través de participaciones mayoritarias en sociedades mercantiles y, también que se pueda aplicar el régimen fiscal especial a auténticas fundaciones-holding que, en realidad, podrían considerarse como sociedades de cartera sometidas al régimen de transparencia». Ver MARTÍNEZ LAFUENTE, A., *Fundaciones y Mecenazgo. Análisis jurídico-tributario de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre*, Aranzadi, 1995, pág. 111.

la fundación deberá promover la transformación de aquéllas a fin de que adopten una forma jurídica en la que quede limitada su responsabilidad».

Sin embargo, el artículo 3 del Proyecto de Ley de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general, al enumerar los requisitos que debían cumplir las entidades sin ánimo de lucro para poder disfrutar del régimen fiscal previsto en la ley, recogía en el artículo 1.4 el siguiente: «no ser titulares, directa o indirectamente, de participaciones mayoritarias en sociedades mercantiles».

Esta contradicción entre ambos proyectos era criticada por la doctrina (55).

En el Nuevo Proyecto de Ley elaborado por el Gobierno que entró al Congreso de los Diputados el 7 de diciembre de 1993, la redacción del artículo 22 varía levemente, quedando ya como está en la actualidad:

- «1. Las fundaciones no podrán tener participación alguna en sociedades mercantiles en las que deban responder personalmente de las deudas sociales.
2. Cuando formen parte de la dotación participaciones en las sociedades a las que se refiere el apartado anterior y dicha participación sea mayoritaria, la fundación deberá promover la transformación de aquéllas a fin de que adopten una forma jurídica en la que quede limitada su responsabilidad.
3. Las fundaciones podrán participar **mayoritariamente** en sociedades no personalistas y deberán dar cuenta de dicha participación mayoritaria al Protectorado con carácter inmediato a que la misma se produzca».

El nuevo artículo 42.1.c) condicionó el disfrute de los beneficios fiscales a que la fundación no fuera titular, directa o indirectamente, de participaciones mayoritarias en sociedades mercantiles, a no ser que previamente hubiera obtenido autorización del Ministerio de Economía y Hacienda.

Así, este artículo dispuso que «el Ministerio de Economía y Hacienda, a propuesta del órgano de Protectorado correspondiente cuando se trate de

---

(55) DE LORENZO GARCÍA y CABRA DE LUNA, *idem*, pág. 29. Opinaban que era un requisito «difícilmente justificable, pues determinadas fundaciones sustentan tanto su financiación como la realización de sus objetivos en entidades mercantiles. Es obvio que una fundación, sobre todo de grandes dimensiones, normalmente no tendrá la agilidad necesaria para intervenir en multitud de aspectos que están íntimamente ligados a sus fines (...) De acuerdo con la Memoria del Proyecto de Ley se pretenden evitar «las fundaciones de cartera», pero desgraciadamente se acaba con toda posibilidad de instrumentación empresarial de actividades de interés general, queriendo controlar el ente matriz (la fundación) a la empresa generada. Choca este requisito con lo dispuesto en el artículo 22, apartado 2 del Proyecto de Ley de Fundaciones que admite claramente que las fundaciones puedan ser titulares de participaciones en sociedades...».

fundaciones o el Ministerio del Interior, cuando se trate de asociaciones declaradas de utilidad pública, podrá autorizar participaciones mayoritarias en sociedades mercantiles, sin pérdida del régimen fiscal regulado en este Título, en aquellos casos en que se justifique que tal participación coadyuva al mejor cumplimiento de los fines recogidos en la letra *a*) de este apartado (fines de asistencia social, cívicos, educativos, culturales, científicos... o cualesquiera otros fines de interés general de naturaleza análoga), y no supone una vulneración de los principios fundamentales de actuación de las entidades mencionadas en este Título».

El artículo 22 salió del Congreso hacia el Senado con el mismo contenido, pero en el Senado se volvió a modificar el artículo 42.l.c). Se eliminó la prohibición de que fueran titulares de participaciones mayoritarias en sociedades para beneficiarse del régimen fiscal especial, pero se introdujo una cautela: deben acreditar ante el Ministerio de Economía y Hacienda: *a*) la existencia de las participaciones; *b*) que la titularidad de las mismas coadyuva al mejor cumplimiento de los fines de interés general que ha de desarrollar la fundación, y *c*) no supone una vulneración de sus principios fundamentales de actuación. Se deja en manos del Ministerio que la fundación pueda gozar o no del régimen fiscal privilegiado previsto en la ley.

La opinión de REBOLLO (56) sobre esta norma es interesante. Piensa este autor que la vigilancia y control de la vida de las fundaciones en orden al cumplimiento de sus fines es tarea a desarrollar por el Protectorado y que, por tanto, esta cautela que se establece en relación con la participación mayoritaria de las fundaciones en Sociedades Mercantiles, dando juego al Ministerio de Economía y Hacienda, es redundante.

Considera también que si la *ratio* de la norma es el temor a que las fundaciones sean utilizadas como pantallas o instrumentos de dominación en entidades financieras o en empresas dominantes en la vida económica española, mala es la solución ofrecida para evitarlo, pues esta norma no se aplica a todas las fundaciones, sino sólo a las que quieran acogerse al régimen fiscal especial previsto en la ley. Por lo tanto, pueden existir perfectamente «fundaciones-pantalla», aunque no gozarán del régimen fiscal especial.

MARTÍNEZ LAFUENTE (57) antes de la aparición del Reglamento que desarrolla el Título II de la LF, admitía que el cambio de la prohibición de la

---

(56) *Ob. cit.*, pág. 59.

(57) *Ob. cit.*, pág. 112 y sigs. Existía indeterminación sustancial porque aunque la titularidad «coadyuvante» parece apuntar, «a una especial sintonía entre el objeto social de la sociedad mercantil y los fines a acometer por el Ente fundacional», es dudoso que este enfoque sea cierto. Si lo fuera —dijo— «es evidente que la prolongación del fin fundacional hasta el fin societario puede ofrecer singulares matices sobre los que no pueden ofrecerse situaciones apriorísticas». Según este autor también existía indeterminación formal porque se habla de respeto «a los principios fundamentales de actuación de

tenencia de participaciones en sociedades mercantiles, por un sistema distinto de intervención administrativa, era favorable, pero que los requisitos para que una fundación titular de participaciones mayoritarias en sociedades mercantiles pudiera gozar del régimen fiscal especial, aparecían redactados en la Ley con *cierta indeterminación tanto sustancial como formal*.

El artículo 1 del Real Decreto 765/1995, de 5 de mayo, recoge el procedimiento de acreditación de participaciones mayoritarias en sociedades mercantiles.

d) **EL PELIGRO DE VULNERACIÓN DE LAS NORMAS SOBRE AUTOCARTERA MEDIANTE LAS FUNDACIONES DE EMPRESA**

Este fenómeno se conoce vulgarmente con el nombre de «fundación pantalla».

Es frecuente que las sociedades mercantiles, productoras de bienes y servicios con ánimo de lucro, creen fundaciones, como ocurre en EE.UU. (58), donde la figura de la fundación «corporativa o empresarial» está a la orden del día y cuenta con ventajas en relación con las fundaciones de origen privado: las compañías tienen recursos, disponen de especialistas que dan consejos técnicos y planifican actuaciones, de forma que la actividad de la fundación es la de un ente que ejecuta un programa, aumenta la credibilidad y buena imagen de la sociedad. Lo normal en esta situación es que sea la empresa la que dirija la fundación porque el Patronato de la misma esté compuesto por ejecutivos de aquélla (59).

En Francia se promulgó en 1990 una ley que permite a las empresas, sociedades, cooperativas y demás personas jurídicas constituer fundaciones: Ley 559, de 4 de julio, que regula la creación de fundaciones de empresa,

---

las Entidades mencionadas en este Título» y, sin embargo, en éste no se encuentra una regulación positiva de dichos principios.

(58) Para conocer el panorama fundacional en EE.UU., ver: «Las fundaciones en los EE.UU.: veinte años de cambio», por E. T. BORIS, *En presente y futuro de fundaciones*, ob. cit., págs. 139 y sigs. Y «Las fundaciones de empresas en los EE.UU.: La filantropía corporativa en América», por R. REITER-FARAGALLI, en *Las fundaciones y la sociedad civil*. Monografías Cívitas, 1990, págs. 181 y sigs.

(59) Junto a este fenómeno también es frecuente que las empresas, aunque carezcan de una fundación «propia», sin embargo cuenten con programas para conceder ayudas de tipo asistencial, ayudas que en muchas ocasiones no son meramente económicas, sino en especie (productos fabricados por la empresa, servicios, colaboración con personal especializado...). Ver DE LORENZO GARCÍA y CABRA DE LUNA, ob. cit., págs. 21, y JIM JOSEPH, «Modalidades y alcance de las fundaciones en los EE.UU.», en *Revista Situación BBV*, 1989/4, págs. 36 y sigs.

que modifica algunas de las disposiciones de la Ley del mecenazgo de 1987 (60).

En España, esta posibilidad está prevista en el artículo 6.1 LF, que dispone que «podrán constituir fundaciones las personas físicas y las personas jurídicas, sean estas públicas o privadas», y en su párrafo 3 expresa: «las personas jurídicas privadas de índole asociativa requerirán el acuerdo expreso de su junta general o asamblea de socios y las de índole institucional, el acuerdo de su órgano rector» (61).

A favor de la creación de fundaciones por empresas, se han señalado algunas ventajas: mejora el control de la sociedad en el futuro restringiendo la dispersión de los títulos entre un gran número de socios; se crea un instrumento de gestión de un grupo empresarial; mejora la motivación laboral, pues el trabajador toma conciencia de que está realizando una labor que reportará beneficios a la colectividad; se potencia la imagen de la sociedad por su presencia social (62).

Sin embargo no todo son halagos a esta posibilidad, pues los autores también advierten que han ido apareciendo fundaciones para aparcar excedentes de autocartera en grandes empresas o con fines meramente publicitarios. Otros denuncian que se puede realizar un fraude cuando «la finalidad perseguida por la sociedad al constituir una fundación no sea tanto la realización de un fin de interés general sino tener una entidad a su disposición para transferirle activos y dejarlos a salvo de un posible embargo o para conseguir un mejor trato fiscal» (63).

Hay que tomar en consideración los artículos 74 y siguientes de la Ley de Sociedades Anónimas, que regulan el régimen de acciones propias. El artículo 74 prohíbe la adquisición originaria y establece consecuencias para el incumplimiento de esta prohibición. Se permite la adquisición derivativa, siempre que se cumplan determinadas condiciones, con el fin de asegurar que la adquisición no perjudique la integridad del capital social ni se vulneren

---

(60) En esta Ley se permite que una empresa pueda crear fundaciones siempre que los estatutos tengan previsto un programa quinquenal de la actividad de la misma. Se impone un mínimo dotacional de cinco millones de francos que debe posibilitar las actividades fundacionales. No pueden recibir fondos de otras entidades ni realizar recaudaciones.

Ver la exposición del contenido de esta Ley realizada por NIETO ALONSO, A., *ob. cit.*, págs. 354 y sigs.

(61) Algunos autores cuestionan si la necesidad de acuerdo expreso de la Junta General o asamblea de socios no resulta excesivo para las S. A., sino que bastaría que el Consejo de Administración lo decidiera desarrollando sus funciones propias o las delegadas por la Junta. Ver la opinión de DEL CAMPO ARBULO citada por DE LORENZO GARCÍA y CABRA DE LUNA, *ob. cit.*, pág. 22.

(62) DE LORENZO GARCÍA y CABRA DE LUNA, *ob. cit.*, pág. 22.

(63) REBOLLO, *ob. cit.*, pág. 28.

principios societarios fundamentales, e igualmente, se prevén consecuencias para el caso de contravención (art. 75). En casos legalmente tasados es posible la adquisición derivativa libre, sin necesidad de cumplir los requisitos del artículo 75 (art. 77).

Finalmente, el artículo 79 regula la fisonomía de estas acciones propias y una serie de obligaciones que deberá cumplir la sociedad que las tiene (obligaciones informativas, obligación de hacer una reserva...).

Pues bien, pudiera ocurrir que una sociedad creara una fundación con la intención de burlar las normas de autocartera de la LSA, utilizando esta persona «interpuesta». Esta, en realidad, no es más que un ente dirigido por su creadora para hacerla servir de freno a las normas que restringen y moderan (imponiendo límites y requisitos) los negocios con las propias acciones de la LSA. También es posible que la fundación creada por la sociedad hubiera adquirido de un tercero acciones de la misma con posterioridad a la dotación, pero bajo circunstancias no admitidas por la LSA.

En definitiva, los artículos 74 y siguientes de la LSA se encargan de regular de forma imperativa las condiciones y límites de los traspasos de capital entre las sociedades de un grupo, o de la adquisición de acciones propias por una sociedad, con el fin de impedir que con estas operaciones se debilite el patrimonio social, o que los administradores de la sociedad que adquiera sus propias acciones, al ejercer los derechos políticos de las mismas, controlen la Junta de accionistas, que perdería su poder. Creemos que a pesar de que estas normas están pensadas para el supuesto de que las sociedades del grupo sean Sociedades Anónimas, no por ello se podrán realizar las prácticas prohibidas interponiendo una persona jurídica distinta, en nuestro caso una fundación, dirigida por la sociedad que la creó con el único fin de configurar un espacio donde colocar a salvo un porcentaje de acciones propias, sin someterse a los requisitos y consecuencias establecidos por la ley para estas operaciones.

En definitiva, pensamos que los límites y condiciones que no puede vulnerar por sí misma una sociedad para adquirir acciones propias o de su sociedad dominante, tampoco podrán ser burlados si la sociedad utiliza una fundación «interpuesta». La idea se refuerza con otro argumento: la misma Ley de Sociedades Anónimas, en su artículo 88, después de regular los negocios sobre las propias acciones, contempla el supuesto de que las operaciones prohibidas o limitadas se hayan realizado instrumentalizando personas interpuestas. Considera como tales a aquéllas que en virtud de un acuerdo con la sociedad se obligan o legitiman para celebrar en nombre propio, pero por cuenta de la misma, alguno de los negocios sobre las propias acciones (64).

---

(64) Es posible, dice la Ley en su artículo 88, que las operaciones prohibidas (rebasar el límite cuantitativo permitido, intentar tener acciones que no están totalmente

En nuestro supuesto más que un acuerdo de voluntades, lo que ocurre es que los administradores de la sociedad son al mismo tiempo los patronos de la fundación o que los patronos cumplen órdenes de aquéllos, y podría ser que en la gestión fundacional antepusieran el interés de la sociedad al cumplimiento de los fines de interés general.

Además de que es difícil que el Protectorado advierta toda esta operación fraudulenta a través de la simple notificación que le hace la fundación de que tiene la mayoría de capital en una sociedad (y teniendo en cuenta que no se obliga a notificar más que las participaciones mayoritarias y que con una participación minoritaria también se pueden vulnerar las normas sobre acciones propias), surge el grave problema de prueba del fraude de ley (art. 6.4 CC): demostrar que se ha violado una norma imperativa (las normas imperativas sobre autocartera) de forma oblicua o indirecta, al amparo del texto de otra norma o ley de cobertura (art. 22.3 LF).

En todo caso, si se consiguiera demostrar esta manipulación habría que aplicar el artículo 79.1 LSA, que dispone lo que ocurre con los derechos de estas acciones (art. 6.4 CC «no impedirá la debida aplicación de la norma que se ha tratado de eludir»: el art. 79.1 LSA).

En el mismo se distinguen consecuencias sobre los derechos políticos de las acciones y sobre los económicos:

- a) El artículo 79.1, en su primer inciso, dispone que en el caso de que una sociedad sea propietaria de sus propias acciones o de las de su sociedad dominante, quedará en suspenso el derecho de voto y los demás derechos políticos de las mismas. Se neutraliza el valor participativo de la acción, para evitar que los administradores de la sociedad, intervengan decisivamente en la gestión de la misma, ejerciendo los derechos de voto de estas acciones en la Junta.

Parece que esta consecuencia sería aplicable a nuestro supuesto: la fundación no podría ejercer los derechos políticos, al ser un mero instrumento del órgano de administración de la sociedad.

---

liberadas, desear mantener los derechos de voto de las acciones propias...) se puedan realizar, no por la sociedad directamente, sino por una persona interpuesta que actúe en nombre de aquélla. La Ley distingue dos soluciones: a) si el negocio jurídico realizado es de los que están permitidos a la sociedad, por cuya cuenta actúa la persona interpuesta, queda sometido a la misma normativa que si lo hubiera realizado la sociedad, y b) si el negocio era uno de los prohibidos a la sociedad, se considerará válido entre la persona interpuesta y el tercero, la persona interpuesta adquiere la condición de socio —podrá ejercer derechos de accionista—, pero no podrá exigir de la sociedad la provisión de fondos prometida, y en caso de que ésta ya se hubiese realizado, tendrá que restituirle dicha cantidad. El negocio no tendrá efectos sobre la sociedad al declararse nulo el mandato dado por la sociedad. De esta forma, la Ley da una solución que evita tener que probar el fraude de ley.

- b) Este mismo artículo, en su inciso segundo, dispone que «los derechos económicos inherentes a las acciones propias, excepción hecha del derecho a la asignación gratuita de nuevas acciones, serán atribuidos proporcionalmente al resto de las acciones». Es decir, la sociedad que tiene sus propias acciones no puede cobrar dividendos por las mismas, dividendos que ella misma genera, porque esto produciría una desnaturalización de la sociedad.

Sin embargo, la doctrina entiende que los derechos económicos de la sociedad en relación con las acciones que posea emitidas por la sociedad dominante, podrán ser ejercitados sin limitación (65).

Así, parece que esta previsión no se aplicará a nuestro supuesto. La fundación podrá cobrar los dividendos por sus acciones, y destinar estas rentas al cumplimiento del fin fundacional.

e) LA FUNDACIÓN «CABECERA» O EMPRESA DOMINANTE DE UN GRUPO

En otro orden de cosas, y puestos a plantear problemas conectados con la posibilidad de que una fundación pueda ser socia o partícipe de una sociedad mercantil, parece perfectamente legítimo que una fundación pueda resultar, de hecho, cabecera o empresa dominante de un grupo de sociedades.

El grupo ha sido definido por VICENT (66) como una unidad empresarial resultante de la articulación funcional de diversas sociedades independientes y autónomas a través de su común sometimiento a una dirección económica ejercida por otra sociedad (en nuestro caso una fundación). Dicha articulación puede lograrse: a) bien mediante una participación financiera, al poseer en su patrimonio acciones que directa o indirectamente le aseguran un control sobre las sociedades en las que participa (mayoría de capital o de votos), obteniendo el control a través del voto y mediante el nombramiento de los órganos de gestión, o por haber designado a la mayoría de los administradores de las sociedades dominadas (participación personal); b) o mediante una participación lograda de forma contractual: se utiliza un contrato como medio de dominación —ya sea un contrato que directamente tiene por finalidad la adquisición de la dominación, como el contrato de dominación alemán, o se trate de contratos mediante los que se logra el control de manera indirecta, como los contratos de cesión de usufructo

---

(65) VICENT CHULIÁ, F., *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, Tomo 1, Volumen 1, Bosch, Barcelona, 1991, pág. 546.

(66) VICENT CHULIÁ, F., *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, Tomo 1, Volumen 2, Bosch, Barcelona, 1991, pág. 965.

de empresa, los de arrendamiento de empresa, los de concesión de licencias y patentes en exclusiva e incluso determinados contratos de asistencia técnica—.

Así, la fundación dirige unitaria y económicamente (dirección económica unificada y dominación o control de una sociedad sobre otras) toda esta unidad empresarial, resultante de la articulación de distintas sociedades dominadas independientes y autónomas, pero carente de personalidad y capacidad jurídica propias.

Los autores (67) se limitan a mencionar su desconfianza hacia la posibilidad de la fundación cabecera, advirtiendo que es algo peligroso porque puede utilizarse para burlar la legislación antimonopolística o las normas que intentan restringir los grupos de sociedades. Sin embargo, no profundizan en estas afirmaciones ni dan razones que sustenten su desconfianza.

Parece que en la actualidad, a la vista del panorama y los problemas que se plantean sobre el fenómeno de los grupos de sociedades (68) en el Derecho Mercantil, es posible, como se decía, entender que también existe un grupo de sociedades en el caso de que sea cabecera de grupo una fundación,

---

(67) DÍEZ PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*. Volumen 1, Tecnos, 1988, pág. 566. Señalan: «Los tiempos modernos han asistido a un renacimiento muy importante de las fundaciones. No puede discutirse que son un cauce idóneo para la realización de los designios filantrópicos de los poseedores de las grandes fortunas. Sin embargo, pueden rastrearse también algunos otros datos que presentan un significativo interés. El primero de ellos es el trato fiscal favorable que se da a las atribuciones patrimoniales de carácter gratuito dedicadas a fines benéficos. El segundo dato es el papel que la fundación como persona jurídica puede desempeñar cuando se le enmarca dentro de un grupo de sociedades. Cuando la legislación antimonopolista o la política de restricción de los grupos de sociedades avanza, conviene acudir a personas jurídicas no societarias para que puedan ser cumplidos los fines del grupo, que, en lugar de ser una sociedad "holding", puede ser más beneficiosamente una fundación que posea en su patrimonio gran parte de las acciones o títulos de las otras sociedades. Esto justifica la polémica que en nuestros días se ha planteado en punto a la posibilidad de que la fundación lleve a cabo actividades empresariales o sea ella misma una forma de empresa».

(68) Este fenómeno no está regulado de forma sistemática en el Derecho Mercantil español, aunque se espera la incorporación de la novena directiva sobre Grupos de Sociedades (III/1 639/84). Sólo algunas normas aisladas se ocupan de definir al grupo: artículo 42.1 del Código de Comercio, artículo 4 de la Ley 24/1988, del Mercado de Valores; el artículo 8, Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia; Real Decreto 1197/91, de 26 de julio, sobre OPA; las normas de la LSA sobre adquisición y negocios sobre acciones propias (arts. 74 y sigs.), y participaciones recíprocas (arts. 82 y sigs.). Estas normas inducen a la doctrina a pensar que se debe incluir tanto en la posición de dominante como de dominada a cualquier «empresa», ya sean personas físicas, como sociedades mercantiles, cooperativas, sociedades civiles, fundaciones, empresarios individuales... y por eso se llega a afirmar que «es posible que la insistencia en incluir como "dominada" a cualquier entidad permita considerar como tal, por ejemplo, a una fundación controlada de hecho por una o varias personas físicas o sociedades, en especial en el caso de fundaciones de empresa». Ver VICENT CHULIÁ, F., *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, ob. cit., pág. 968.

debiendo aplicarle, en la medida de lo posible, las normas sobre grupos de sociedades mercantiles (69).

Por ejemplo, se deben proteger los intereses de los accionistas externos al grupo de control en la sociedad dominante. Imaginemos una sociedad dominante cuyo capital es poseído en un 80 por 100 por una fundación y en un 20 por 100 por otros accionistas. Esta sociedad domina a otra porque tiene una mayoría de acciones de la misma. Las decisiones en la Junta General de la sociedad dominada serán tomadas por los administradores de la sociedad dominante que ejercen, como representantes legales de la sociedad dominante que posee acciones de la dominada, sus derechos de accionista «mayoritario».

En esta situación deben protegerse los intereses de los socios minoritarios de la sociedad dominante, porque aunque formarán parte de la Junta General, sin embargo no tienen fuerza para decidir sobre las acciones que posee la sociedad. El poder de decisión no está ya en la Junta General de la sociedad dominante, sino en el órgano de administración fundacional, como socio mayoritario.

VICENT considera dos propuestas teóricas para solucionar este problema:

1. Se entiende que la estructura orgánica de la sociedad dominada va a ser sustituida por la de la dominante (teoría de la penetración que algunos autores piensan que está recogida en el art. 75.1.2 LSA); 2. Teoría de la legitimación: este traspaso de poder desde la Junta General al órgano de administración sólo será posible si lo permite la ley, los estatutos o así se acuerda por la Junta General. La doctrina entiende que esta posibilidad la ofrece en nuestro Derecho el artículo 117.4 RRM: «si se pretendiera que las actividades integrantes del objeto social puedan ser desarrolladas por la sociedad total o parcialmente de modo indirecto, mediante la titularidad de acciones o de participaciones en sociedades con objeto idéntico o análogo, se indicará así expresamente» (al inscribir una SA en el Registro Mercantil).

Es decir, será posible el traspaso de poder de decisión desde la Junta de la sociedad dominante a los administradores siempre que en los estatutos (en

---

(69) Así, EMBID IRUJO, en «Los grupos de sociedades en el Derecho Comunitario y Español», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 599, 1990, pág. 40, señala textualmente: «Si bien la mayor parte de las normas legales y una buena dosis de la reflexión doctrinal habían tomado a la Sociedad Anónima como la forma "natural" de las sociedades integradas en el grupo, los últimos años han puesto de relieve la frecuencia con que se pueden identificar grupos compuestos por sociedades de responsabilidad limitada, y, en medida ciertamente menor, por sociedades personalistas. Ante la inexistencia de normas legales, el régimen jurídico de tales grupos tiene que componerse, o bien por analogía del establecido para los grupos integrados por Sociedades Anónimas, o bien, en los casos en que no proceda tal analogía, por adaptación de ciertos principios propios del tipo específico a la nueva realidad que supone el grupo». Parece que esta solución apuntada por el autor será también aplicable en el caso de las fundaciones.

nuestro caso, sería en los estatutos fundacionales) figure expresamente no sólo la facultad de explotar el objeto social indirectamente, sino de incluir en el objeto social una nueva actividad, que es la dirección unitaria del grupo, y en consecuencia, será el órgano de administración de la sociedad dominante el que lleva la dirección unitaria del grupo, aunque ello no significa que la Junta General de la Sociedad dominante pierda la voz en relación con la sociedad dominada, pues se entiende que siempre mantendrá el mando acerca de ciertas decisiones (decidir la modificación estatutaria o de la estructura de la sociedad dominada, la disolución de la misma, la aprobación y aplicación del resultado —por ejemplo, decide si se van a hacer reservas o no—, tomar medidas de financiación externa (aumentos de capital o emisión de obligaciones). Además, los accionistas externos de la sociedad dominante también podrán utilizar todos los medios de defensa que les otorga la LSA.

f) *La fundación-empresa*

Conviene dejar apuntada la inquietud doctrinal sobre la posibilidad de la fundación-empresa, en nuestro Derecho.

No es una cuestión pacífica, pues en este caso nos encontraríamos: por una parte, con la titularidad jurídica inmediata de una fundación sobre una empresa, conectándose las consecuencias patrimoniales de la empresa con la fundación y la intención de la fundación de intentar obtener rendimientos de su actividad mercantil; y por otra, con que *el ejercicio de la actividad económica empresarial, comercial o industrial sería el fin o uno de los fines fundacionales*.

VALERO AGÚNDEZ estudió el tema en profundidad (70). Después de describir las distintas posibilidades de participación de las fundaciones en actividades económicas, y de constatar que en el Derecho español no existía un régimen privativo de la fundación-empresa que se ajustara a las exigencias peculiares de la misma, admite que esta regulación se podría realizar bien legalmente, bien mediante las disposiciones estatutarias.

Partiendo de esta base, configura el régimen de la fundación-empresa por medio de disposiciones estatutarias del fundador, tomando como punto de partida el régimen común de las fundaciones y el derecho de la empresa; y aportando ideas del Derecho extranjero, sobre todo de la doctrina alemana (y legislación y estatutos de fundaciones-empresa como la **Carl Zeiss**, **Doctor Arthur Pfungst**, **Hans Soldan**, **Calsberg**, etc.), pasa después a determinar los puntos del régimen de las fundaciones que deben ser adaptados o completados estatutariamente para acomodarlos al particular supuesto, y termina por

---

(70) VALERO AGÚNDEZ, U., *La fundación como forma de empresa*, Valladolid, 1969.

sugerir orientaciones para el momento en que se aborde una elaboración legal de dicho régimen.

Recientemente, NIETO ALONSO (71) ha vuelto a proponer, con apoyo en la nueva Ley de Fundaciones y legislación mercantil, el régimen jurídico de la fundación-empresa.

SÁENZ DE MIERA (72) considera que la dinámica de la fundación-empresa está ya aceptadamente experimentada en otros países (Alemania, EE.UU.) y funciona en una doble vertiente, es decir, tanto en los casos en que el ejercicio de la industria constituye por sí el fin fundacional como en aquéllos otros en los que la industria se ejerce para con sus ganancias lograr el cumplimiento del fin fundacional.

El Tribunal Constitucional español, en la Sentencia 49/1988, de 22 de marzo, al tratar la naturaleza de las Cajas de Ahorros, no entró a decidir si en España pueden existir o no fundaciones-empresa. Se limitó a afirmar que en todo caso «resultaría discutible en qué medida tal concepto encajaría en el de fundación protegido por la Constitución», pues ésta no puede tener ánimo de lucro (art. 1 LF) (73).

LUCÍA LINARES ANDRÉS  
Universidad de Valencia

---

(71) *Ob. cit.*, págs. 369 y sigs.

(72) SÁENZ DE MIERA, A., «Las bases legales de las fundaciones y su situación en España», en *Revista Situación BBV*, 1989/4, pág. 58.

(73) Sobre la aplicación de la Ley estatal de Fundaciones a las Cajas de Ahorros, ver EMBID Irujo, J. M., «Notas sobre la naturaleza jurídica de las Cajas de Ahorros», en *Documentación Laboral*, núm. 46, 1995-II, págs. 13 y sigs.