

# ACTIVIDADES ECONOMICAS (MEJOR, EMPRESARIALES) DE LAS FUNDACIONES<sup>1</sup>

Ricardo de Angel Yágüez

Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Deusto. Bilbao, España

*Sumario:* I. Motivo y propósito de la presente aportación. II. El artículo 22 de la Ley de 1994. El antecedente constituido por el artículo 28 del Reglamento de Fundaciones culturales privadas, de 21 de junio de 1972. Normas (legales y reglamentarias) sobre esta materia, de Comunidades Autónomas. III. El ejercicio *directo* de actividades mercantiles o industriales, en la Ley de 1994. IV. La «novedad» de la Ley de 2002. V. Alguna posible conclusión sobre todo lo anterior. VI. Concordancias sobre las «actividades económicas» del artículo 24, dentro de la propia Ley de 2002 y en relación con la denominada Ley del mecenazgo. Y algunas cuestiones de orden práctico sobre la fundación-empresa que permite la Ley de 2002.

## I. Motivo y propósito de la presente aportación

1. A mi juicio, entre las novedades más significativas de la Ley de Fundaciones de 26 de diciembre de 2002 está la constituida por la expresa previsión —con ese rango normativo de Ley, puntualizo— de que la fundación pueda desarrollar actividades económicas *directamente*, esto es, por sí misma; no de la forma *indirecta* consistente en participar en el capital de sociedades mercantiles.

A esa previsión legal se une, también por vez primera en la legislación estatal sobre la materia, una regulación —si bien muy parca y llena de incógnitas— sobre las condiciones que deben cumplirse para ese desarrollo *directo* de actividades económicas por parte de la fundación.

Interesa aproximarse ya al texto del artículo 24 de la nueva Ley, que, inserto en su capítulo V, reza: «*Actividades económicas. 1. Las fundaciones podrán desarrollar actividades económicas cuyo objeto esté relacionado con los fines fundacionales o sean complementarias o*

---

<sup>1</sup> Este trabajo constituye la contribución del autor al Libro-homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García, que prepara la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba a través del Profesor González Porras.

*accesorias de las mismas, con sometimiento a las normas reguladoras de la defensa de la competencia.*

*Además, podrán intervenir en cualesquiera actividades económicas a través de su participación en sociedades, con arreglo a lo previsto en los siguientes apartados.*

*2. Las fundaciones podrán participar en sociedades mercantiles en las que no se responda personalmente de las deudas sociales. Cuando esta participación sea mayoritaria deberán dar cuenta al Protectorado en cuanto dicha circunstancia se produzca.*

*3. Si la fundación recibiera por cualquier título, bien como parte de la dotación inicial, bien en un momento posterior, alguna participación en sociedades en las que deba responder personalmente de las deudas sociales, deberá enajenar dicha participación salvo que, en el plazo máximo de un año, se produzca la transformación de tales sociedades en otras en las que quede limitada la responsabilidad de la fundación».*

2. El objetivo de este trabajo es, en primer término, formular una opinión sobre si la nueva reglamentación constituye novedad significativa respecto a la antigua (me refiero a la del artículo 22 de la Ley homónima de 1994), y en su caso en qué medida.

En segundo lugar, intenta desentrañar alguna de las incógnitas del régimen introducido por la vigente Ley. Se trata de especular sobre si la nueva norma da carta de naturaleza en nuestro Derecho a la llamada *fundación-empresa*. Y no puede prescindirse, en esa segunda parte, de lo que podríamos llamar «aspectos prácticos» del ejercicio de actividad empresarial por parte de una fundación, tanto desde el punto de vista formal como desde el sustantivo.

## II. El artículo 22 de la Ley de 1994

1. En el capítulo V de la precedente Ley estatal (esto es, la 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general), comprensivo de los artículos 21 a 26, se encontraba uno, el 22, equívocamente rotulado o rubricado con las palabras «actividades mercantiles o industriales»<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Aquel capítulo V versaba sobre «funcionamiento y actividad de la fundación», según su rúbrica.

No está de más recordar su redacción, precisamente para destacar la novedad que en la materia objeto de este estudio ha podido introducir la actual Ley de 26 de diciembre de 2002: «*Actividades mercantiles e industriales. 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 en cuanto ésta se produzca».*

2. Es probable que algunos de los preceptos de la Ley de 1994 de los que pudiera extraerse la conclusión de que las fundaciones podían desarrollar actividades económicas *directamente* (preceptos a los que luego me referiré) tuvieran explicación —sólo— en el marco del artículo 28 del Reglamento de las Fundaciones culturales privadas y entidades análogas y de los servicios administrativos encargados del Protectorado sobre las mismas, de 21 de julio de 1972.

Recordando que aquel Decreto de 1972 se mantuvo en vigor por virtud del párrafo sexto de la disposición derogatoria única de la Ley estatal de 1994<sup>3</sup>, interesa reproducir los apartados 1 y 2 del artículo 28 del Decreto en cuestión. Rezaban: «*1. Las Fundaciones podrán realizar las actividades industriales o mercantiles que sean estrictamente necesarias para el mejor cumplimiento del fin fundacional, dando cuenta el Protectorado de la estructuración y funcionamiento de estas actividades.*

*2. En los demás casos, las Fundaciones no podrán ejercer por sí mismas actividades industriales o mercantiles, sin previa y expresa autorización del Protectorado».*

3. Aunque no es mi propósito analizar el objeto de este trabajo a la luz de la legislación autonómica, no está de más recordar lo que disponen al respecto leyes y reglamentos de algunas de nuestras Comunidades.

---

<sup>3</sup> Aunque con la obvia reserva de que esa declaración de vigencia no alcanzaba a disposiciones que se opusieron a la propia Ley de 1994, circunstancia que parecía no concurrir en la materia que nos ocupa.

Ley 12/1994, de 17 de junio, del País Vasco. Artículo 25: «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».

Ley 2/1998, de 6 de abril, de Canarias. Artículo 27: «1. La fundación podrá realizar por sí misma actividades empresariales sólo cuando éstas estén directamente relacionadas con el fin fundacional o sean estrictamente necesarias para el sostenimiento de la actividad fundacional.

El Patronato deberá comunicar al Protectorado de Fundaciones Canarias el inicio de las actividades en un plazo no superior a veinte días.

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

Las fundaciones podrán participar en sociedades no personalistas. Si la participación es mayoritaria, será necesaria la autorización previa del Protectorado de Fundaciones Canarias para que la misma pueda llevarse a cabo. En caso contrario bastará con que el Patronato comunique al Protectorado de Fundaciones Canarias la participación».

Ley 8/1988, de 9 de diciembre, de la Comunidad Valenciana. Artículo 20.3: «También podrán obtener rendimientos mediante el ejercicio por sí mismas de actividades mercantiles o industriales, siempre que coincidan con el objeto o finalidad específica de la fundación. En el caso de que no coincidan tales actividades con el fin fundacional, éstas deberán realizarse a través de cualquier tipo de sociedad que tenga limitada la responsabilidad de sus socios. Se comunicarán al Protectorado las actividades comprendidas en este apartado».

Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Cataluña. Artículo 36: «Las fundaciones pueden llevar a cabo directamente explotaciones económicas, de acuerdo con lo que dispone la legalidad vigente, en los casos siguientes:

a) Si el ejercicio de la actividad constituye por sí mismo el cumplimiento del fin fundacional o de una parte de este fin.

b) Si se trata de una actividad accesorio, complementaria o subordinada respecto al fin fundacional o a una parte de este fin».

Por su parte, el artículo 21 del Decreto 248/1992, de 18 de junio, de la Xunta de Galicia, sobre organización y funcionamiento del Protectorado de las fundaciones de interés gallego, dispone: «1. *Las Fundaciones podrán realizar directamente las actividades económicas que estimen procedentes para el mejor cumplimiento de los fines fundacionales, pero deberán informar al Protectorado, a través de la memoria anual, de la estructura y funcionamiento de las mismas con la debida separación.*

*La participación mayoritaria de la Fundación en sociedades mercantiles deberá comunicarse al Protectorado tan pronto como se produzca.*

2. *Las actividades y servicios prestados directamente por la Fundación a sus beneficiarios sólo podrán ser retribuidos cuando concurren las siguientes condiciones: a) Que las actividades o servicios de que se trate sean de interés general para la Comunidad Autónoma; b) Que el conjunto de las percepciones que la Fundación reciba de los beneficiarios no sea superior al coste real del servicio o actividad prestados; c) Se obtenga autorización del Protectorado para iniciarla, a cuyo efecto deberá de acompañarse con la solicitud la correspondiente memoria justificativa.*

3. *En el caso de libros o publicaciones audiovisuales, las Fundaciones deberán remitir al Protectorado un ejemplar de cada uno de los libros y publicaciones que editen o produzcan.»*

La Ley de la Comunidad Autónoma de Madrid de 2 de marzo de 1998, en su artículo 19, sobre «actividades mercantiles e industriales», sólo las contempla en la forma *indirecta* consistente en participar en sociedades mercantiles.

En el caso de Castilla y León, su Ley de 15 de julio de 2002, en el artículo 22.1, rotulado «actividades mercantiles e industriales», determina que «*las fundaciones pueden realizar actividades económicas coincidentes con los fines fundacionales o relacionados directamente con el cumplimiento de los mismos*».

### III. El ejercicio *directo* de actividades mercantiles o industriales, en la Ley de 1994

1. El artículo 22 de la Ley de 1994 no fue precisamente un dechado de rigor ni de claridad.

Su título o rúbrica («actividades mercantiles e industriales») no se ajustaba en absoluto, a mi entender, al contenido del precepto, porque lo que en él se contemplaba —según su letra— era un *ejercicio indirecto*

to de tales actividades, mediante la participación de la fundación en sociedades mercantiles en las que aquélla no debiese responder personalmente de las deudas sociales<sup>4</sup>.

En efecto, sólo con mucha imaginación podía sostenerse, a mi entender, que una fundación ejerciera una «actividad mercantil o industrial» por el mero hecho de ser titular de una participación, más o menos significativa, en una sociedad mercantil.

Decir que una fundación «desarrolla» una actividad mercantil o industrial si es titular del 1% del capital de una sociedad del sector eléctrico o del bancario, pongamos por caso, es sólo una «ficción», que como tal no resiste la más moderada y benigna crítica.

Podría parecer diferente a primera vista (digo sólo *parecer*) el caso en el que la fundación participa de forma muy significativa —o incluso mayoritaria— en una sociedad capitalista. Pero, en realidad, también aquí me parece que es una entelequia decir que *la fundación desarrolla una actividad mercantil o industrial*.

Verdad es que en esta segunda hipótesis puede haber motivos para que el régimen legal de *fiscalización de la fundación* se endurezca o haga más riguroso. Pienso, por ejemplo, en la posibilidad de que una participación muy relevante en una sociedad capitalista (con su consiguiente —probable— presencia en el órgano de administración de la sociedad) pueda prestarse a la sospecha de confabulaciones en fraude del fin fundacional. Pero ni siquiera esta posibilidad bastaría para afirmar que *la fundación como tal* ejerce una actividad empresarial. Como mucho, podrían justificarse cautelas del tono de la establecida en el apartado 3 del antiguo artículo 22, esto es, la de que las fundaciones con participación mayoritaria en una sociedad no personalista deban dar cuenta de dicha participación al Protectorado<sup>5</sup>.

Pero, en definitiva, en lo que respecta a la que podríamos llamar *preservación* de la genuina naturaleza y régimen jurídico específico o propio de la fundación, la circunstancia de que ésta sea titular de *alguna* participación en una sociedad mercantil no es bastante, a mi entender, para afirmar que es la propia fundación la que desempeña o desarrolla la «actividad económica» que constituye el objeto de esa sociedad.

En suma, creo que el artículo 22 en cuestión no brindaba soporte bastante para considerar que aquella Ley de 1994 reconociera la posi-

---

<sup>4</sup> Quedaba excluida la participación en sociedades en las que la «responsabilidad personal» sí se diera (apartado 1 del mismo artículo 22). A las demás se las denominaba «sociedades no personalistas» en el apartado 3 del precepto.

<sup>5</sup> Cautela que se mantiene en el apartado 2 del artículo 24 de la vigente Ley.

bilidad de actividad mercantil o industrial *directa* por parte de la fundación.

Y ello, en notable contraste con una afirmación del párrafo séptimo del apartado IV de la exposición de motivos, donde se leía: «Merecen destacarse, además, dos aspectos que inciden sobre la actividad de las fundaciones: el primero es la posibilidad de que ejerzan *directa o indirectamente* actividades mercantiles e industriales...». Estas palabras del preámbulo no encontraban reflejo en el artículo en el que, en buena técnica, tenían que haberse materializado.

Creo, por tanto, que parece cuando menos dudosa la opinión de que la Ley de 1994 permitía a la fundación desarrollar *directamente* una «actividad económica», esto es, sin «interposición» de una sociedad mercantil.

Cuestión distinta, desde luego, es que ese *ejercicio directo* pudiera sustentarse en el Decreto de 1972 sobre Fundaciones culturales, arriba citado, aunque con dos importantes limitaciones: de un lado, que se tratara de ese tipo de fundaciones, y no de otras; en segundo término, que las «actividades industriales o mercantiles» a las que se refería el Decreto fuesen «*estrictamente necesarias para mejor cumplimiento del fin fundacional*», restricción esta última sobre cuyo alcance no es necesario mayor encarecimiento.

Y también era cuestión distinta, ciertamente, la consistente en que la fundación, según el artículo 24 de aquella Ley, pudiera «obtener ingresos por sus actividades», hipótesis que nada tiene que ver con lo que en esta aportación me ocupa; que —repito— es el *ejercicio directo* por la fundación de una actividad empresarial.

2. No han faltado autores, sin embargo, que vieron las cosas de otro modo.

Refiriéndome a quienes escribieron al socaire de la vigencia de la Ley anterior, y procediendo «hacia atrás» en el tiempo, BARRAL VIÑALS<sup>6</sup> opina que la posibilidad de que la fundación realizase una actividad económica *directamente*, esto es, como agente económico de bienes o servicios a través de la actividad empresarial, aparecía avalada por el artículo 10 de la Ley de 1994, por cuanto permitía que la dotación estuviese integrada por cualquier tipo de bienes o derechos.

---

<sup>6</sup> BARRAL VIÑALS, I., «El ejercicio de actividades económicas por parte de las fundaciones», *Aspectos jurídico-económicos de las fundaciones* (coordinadores, BELLO JANEIRO, D. y LUNA SERRANO, A.), Escola Galega de Administración Pública, La Coruña, 2003, pp. 85 ss.

No obstante, el argumento no me parece convincente, precisamente porque el artículo 10 se refería a la «dotación», cosa bien distinta de la «actividad» de la fundación. Ambos extremos (ya que no *momentos*) se encontraban razonablemente residenciados en lugares distintos de aquella Ley, capítulos II y V respectivamente.

Que una *empresa* fuese el objeto de dotación no significaba por sí solo que su actividad pudiese ser la de la fundación. Basta recordar que, por ejemplo, el apartado 2 del artículo 22 imponía a la fundación el deber de promover la transformación de las sociedades mercantiles en las que, debiendo responder personalmente los socios de las deudas sociales, la fundación tuviese una participación mayoritaria<sup>7</sup>.

Añade la misma autora el argumento constituido por el apartado 2 del artículo 19 de la hoy derogada Ley de Fundaciones, en tanto en cuanto preveía el procedimiento de enajenación y gravamen de, entre otros, establecimientos mercantiles o industriales.

Pero tampoco en este caso me parece del todo convincente el argumento. Y si digo esto es porque una cosa es que la fundación sea *titular* de un establecimiento mercantil o industrial (circunstancia que puede tener su origen en la «dotación» o en cualquier otro acto jurídico gratuito traslativo, en favor de la fundación), y otra distinta es que la fundación pueda *seguir* desplegando la actividad empresarial con sede en el «establecimiento» al que se refería la norma<sup>8</sup>.

Por fin, BARRAL VIÑALS<sup>9</sup> concluye que la idea de realizar actividades empresariales de modo directo se compagina con la disposición del artículo 24 (evidentemente, hablamos de la Ley anterior), que permitía a las fundaciones percibir ingresos a precio de mercado por los servicios que prestan.

Más tampoco esta última razón me parece concluyente. Lo que el artículo 24 de la Ley de 1994 disponía era que las fundaciones podían obtener ingresos *por sus actividades*, siempre que ello no implicase una limitación injustificada del ámbito de sus posibles beneficiarios. Me

---

<sup>7</sup> La *provisionalidad* de la titularidad societaria por parte de la fundación, en este caso, viene refrendada e incluso robustecida en el artículo 24.3 de la vigente Ley, al establecerse que la fundación deberá enajenar dicha participación, salvo que, en la plazo máximo de un año, se produzca la transformación de la sociedad en otra en la que quede limitada la responsabilidad de la fundación.

<sup>8</sup> Si utilizo la expresión *seguir desplegando*, es porque, a todas luces, nada impedía que una fundación recibiese en legado, por ejemplo, un negocio de imprenta. La cuestión no está (no estaba entonces) en si, por obvias razones, la fundación podía ser *provisionalmente* titular de tal negocio (cuya atención, por otra parte, no podía descuidar la fundación), sino en si esta última se hallaba facultada para desarrollar el negocio con carácter de continuidad.

<sup>9</sup> Todo esto se encuentra en la página 89.

parece que de aquella norma (por otra parte impecable en su lógica) no podía inferirse que las «actividades» en ella mencionadas fuesen las propias de una *empresa*.

Más concluyente podía considerarse, a mi juicio, el apartado 6 del artículo 23 de la Ley de 1994, al disponer que «*la contabilidad de las fundaciones se ajustará a lo dispuesto en el Código de comercio cuando realicen directamente actividades mercantiles o industriales*». Me parece que era el único lugar de aquella Ley (me refiero a su articulado) en el que se hablaba de realización *directa* de actividades mercantiles o industriales.

No obstante, lo que BARRAL VIÑALS sostuvo era lo que también otros autores anteriores habían opinado.

CABRA DE LUNA, en su obra de 1998<sup>10</sup>, escribió contundente: «*En definitiva, la fundación propiamente dicha puede ejercer actividades mercantiles e industriales que le proporcionen recursos para sus fines propios, sin mayor particularidad (salvo el espinoso tema de su responsabilidad ilimitada por deudas derivadas de esa actividad), pero también puede ejercer actividad empresarial propiamente dicha bajo la forma jurídica de la llamada fundación empresa, que merece consideración separada y especial, después de examinar la otra posibilidad de titularidad de empresa por fundaciones: la titularidad indirecta o con sociedad mercantil interpuesta. En ambos supuestos el ejercicio de actividades mercantiles o industriales puede tener que ver o no, directa o indirectamente, con el cumplimiento de los fines fundacionales. En caso positivo la fundación es acreedora de determinados beneficios fiscales, en caso negativo no tendrá derecho a ellos*<sup>11</sup>».

Por su parte, LINARES ANDRÉS<sup>12</sup>, en 1997, escribía: «*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*»<sup>13</sup>.

Y poco más adelante<sup>14</sup>: «*La fundación podrá ser titular jurídico inmediato de una empresa, desarrollando una actividad mercantil de forma*

---

<sup>10</sup> CABRA DE LUNA, M.A., *El tercer sector y las fundaciones de España hacia el nuevo milenio (Enfoque económico, sociológico y jurídico)*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1998.

<sup>11</sup> P. 465.

<sup>12</sup> LINARES ANDRÉS, L.: «La actividad económica de las fundaciones», *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 642, setiembre-octubre 1997, pp. 1625 ss. Y también en su libro *Las fundaciones (patrimonio, funcionamiento y actividades)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 230-259.

<sup>13</sup> P. 1634.

<sup>14</sup> P. 1635.

*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.*

*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».*

No tan tajante es la opinión de CARRANCHO HERRERO<sup>15</sup>, pues si bien entiende que la Ley de Fundaciones (de 1994) «parece admitir la posibilidad de que las fundaciones realicen actividades económicas», esta apreciación se desnaturaliza —a los efectos que nos ocupan— al añadir la autora una puntualización: la de que su artículo 22 limitaba la participación de la fundación en sociedades mercantiles en las que deba responder personalmente de las deudas sociales. Es decir, la autora se refería a un *ejercicio indirecto*, no al *directo* que nos ocupa.

NIETO ALONSO<sup>16</sup>, al referirse al artículo 22 de la Ley de 1994, entendió que ese precepto constituyó, sin duda, «el eje de cualquier argumentación realizada en torno a las fundaciones y sus actividades mercantiles e industriales». Añadía la autora que «la aceptación de esta nueva visión de las fundaciones» (entiendo que NIETO ALONSO se refería al desempeño de actividades mercantiles o industriales de forma *directa* por parte de las entidades) se encontraba confirmada en otros artículos de la Ley de 1994: artículos 23, 24 y 44<sup>17</sup>.

No obstante, las reflexiones que hizo esta autora sobre extremos concretos de la *fundación-empresa* (constitución, organización, capacidad y responsabilidad) eran consideraciones *de lege ferenda*<sup>18</sup>, más que conclusiones susceptibles de extraerse de aquella Ley de 1994.

<sup>15</sup> CARRANCHO HERRERO, M.T., *La constitución de fundaciones*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, pp. 204-205.

<sup>16</sup> NIETO ALONSO, A., *Fundaciones: su capacidad*, Fundación Pedro Barrié de la Maza, La Coruña, 1996.

<sup>17</sup> Pp. 349-351.

<sup>18</sup> Pp. 375-431.

En su comparación de la Ley de 1994 con la homónima vasca, GOMEZA VILLA<sup>19</sup> se atiene a la letra del artículo 22 de la Ley estatal, que —interpretado textualmente— parecía exigir la constitución de una sociedad de capital. No obstante, deducía el autor de los artículos 48 y 49 de la Ley estatal la posibilidad del ejercicio *directo* de actividades mercantiles o industriales, siempre que se cumpliesen dos requisitos: de un lado, el carácter instrumental o sirviente de la actividad empresarial respecto del fin de interés general de la fundación y el de la colectividad genérica a la que ésta sirve; y de otro, la aplicación de las reglas del mercado a la actividad empresarial en sí misma, de modo que ésta no genere competencia desleal por el hecho de su carácter sirviente al fin de interés general.

En todo caso, GOMEZA VILLA encontraba en la Ley estatal restricciones a un *pleno* «ejercicio directo» de actividades empresariales, extremo que ilustró con su comparación entre dicha Ley y la vasca. Decía el autor: «*La Ley vasca ha sido en esta materia más progresista que la estatal, aceptando explícitamente tanto el ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones a través de sociedades, incluidas las de economía social, sin más limitaciones que éstas tengan limitada su responsabilidad, como admitiendo el ejercicio directo por las fundaciones de tales actividades, “por sí mismas”, como dice la Ley, tan sólo con una exigencia: que estas actividades mercantiles o industriales tengan relación o estén al servicio de los fines fundacionales*».

También en 1996, y de forma parecida a la en que lo harían otros comentaristas de la Ley de 1994, DEL CAMPO ARBULO<sup>20</sup> señala que, si bien el artículo 22 de aquella Ley no regulaba la realización *directa* de actividades mercantiles e industriales por la fundación, ello no quiere decir que ese ejercicio directo no fuese posible. A tal fin, el autor se basa en los artículos 17, 19.2 y 23.6. Concluye diciendo que la omisión en el artículo 22 de la realización directa de actividades mercantiles o industriales es *una simple falta de sistemática*. Añade DEL CAMPO ARBULO que la admisión, como cosa normal, de la realización de actividades mercantiles o industriales por las fundaciones aparece en la parte sustantiva de la Ley como no condicionada por

<sup>19</sup> GOMEZA VILLA, J.I., «Comparación de la Ley de Fundaciones del País Vasco con la Ley 30/1994», en *La Ley 30/1994 de Fundaciones*, Fundación Ramón Areces, Madrid, 1996, pp. 289 ss.

<sup>20</sup> DEL CAMPO ARBULO, J.A., *Ley de Fundaciones. Comentarios a la Ley 30/1994 de Fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general*, Centro de Fundaciones, Madrid, 1996, p. 255.

circunstancia alguna, pese que en el proceso parlamentario se sugirió establecer uno de estos dos posibles límites: o que la actividad tuviera relación o estuviese al servicio de los fines fundacionales, o que, aunque no tuviese relación con tales fines, los beneficios obtenidos fuesen aplicados a la persecución de los objetivos propios de la fundación.

Con todo, y al margen de opiniones doctrinales, lo que creo que se puede afirmar —al menos es así en algunos casos que conozco— es que no pocos estatutos fundacionales regidos por aquella Ley de 1994 hacían explícita alusión al desarrollo por parte de la entidad correspondiente de «actividades económicas», siendo frecuente la adición de que esas actividades podían ser «de todo tipo» o para «allegar recursos» a efectos del cumplimiento de los fines de la fundación. Luego me referiré a estas fórmulas *de estilo*<sup>21</sup>.

#### IV. La «novedad» de la Ley de 2002

1. Como vengo diciendo desde el comienzo de este trabajo, la primera cuestión que suscita el artículo 24 de la actual Ley es la de si con él se introduce alguna *verdadera novedad* respecto al régimen del artículo 22 de la antigua Ley. De ahí deriva la pregunta de si el actual artículo 24 da cabida en nuestro ordenamiento jurídico a la figura que se ha dado en llamar *fundación-empresa*.

a) En primer lugar, y como si fuese un signo de lo *errático* de la técnica jurídica de nuestra legislación sobre fundaciones, cabe señalar que la rúbrica del artículo («actividades económicas») no parece precisamente la más afortunada de las posibles.

Como contraste, si comparamos los textos propiamente dichos del antiguo artículo 22 y del actual 24 (pues parece claro que este último, en cuanto al *contenido*, es mucho más expresivo que el primero), creo que la rúbrica de aquél 22 era más correcta que la del vigente 24.

Estimo que ninguna de las dos lo son del todo, porque hablar de «actividades mercantiles o industriales» es no decir nada, a mi juicio, si no se puntualiza que se trata de actividades ejercidas *directamente* por la propia fundación. De ahí que me parezca más correcto hablar de

---

<sup>21</sup> No tengo noticia de que hubiera habido en algún caso conflicto con el Protectorado, esto es, a efectos de la inscripción de la fundación en el Registro (artículo 9.2 de aquella Ley, en relación con el 32, funciones del Protectorado).

«actividades empresariales». Pero referirse a «actividades económicas», como lo hace el título del actual artículo 24, es todavía menos correcto, según creo, porque no me imagino que nunca se haya negado o podido negar que una fundación está facultada para desarrollar actividades «pertencientes o relativas a la economía» (me atengo al Diccionario de la Real Academia) o, por hablar de otro modo, determinantes de ingresos y gastos, esto es, de «resultados».

La misma expresión, «actividades económicas», se utiliza en el párrafo primero del apartado 1 del artículo, esto es, el lugar en el que tiene su sede el ahora explícito reconocimiento de un ejercicio *directo* por parte de la fundación.

Pero aquí es donde radica, a mi entender, la escasa propiedad de la expresión que me ocupa (la tan repetida de «actividades económicas»), pues es la misma que se utiliza en el párrafo segundo del mismo apartado 1, claramente relativo a la *intervención* («intervenir» es el verbo al que se acude) en tales actividades, pero en la modalidad de participación en sociedades. Porque, si bien contar en su patrimonio —una fundación— con un paquete de acciones de un banco, por ejemplo, sí es *intervenir en una actividad económica* (aunque sea forzando un tanto el significado de las palabras<sup>22</sup>), estimo que mal puede *desarrollar* una actividad de ese carácter —que es más que *intervenir*, naturalmente— quien se limita a percibir o experimentar sus resultados económicos. Quien *desarrolla* una actividad económica es que la ejerce *él mismo*.

Esto último es lo que resulta de la Exposición de motivos de la Ley de 2002, en cuyo apartado III, párrafo noveno, se dice: «*En el capítulo V se recoge la posibilidad de que la fundación pueda desarrollar por sí misma actividades económicas, siempre que se trate de actividades relacionadas con los fines fundacionales o sean accesorias o complementarias de las mismas*».

b) Mi segunda observación, que ya queda apuntada en los párrafos precedentes, es la de que el actual artículo 24, con su desglose de los dos párrafos del apartado 1, define con claridad (a diferencia de lo que ocurría con el artículo 22 de la Ley de 1994) la distinción entre desarrollo *directo* de actividades económicas y una «intervención» en ellas (*desarrollo indirecto*, si cupiese la expresión) a través de la participación en sociedades.

---

<sup>22</sup> Lo ilustro: nadie diría que un accionista de una sociedad anónima, por el mero hecho de serlo, *interviene en* una actividad económica.

c) En tercer lugar, es un tanto enigmática la alusión a la naturaleza o tipo de las actividades económicas que la fundación puede desarrollar *directamente*.

El inciso primero del párrafo primero del apartado 1 del artículo 24 dice: «1. *Las fundaciones podrán desarrollar actividades económicas cuyo objeto esté relacionado con los fines fundacionales o sean complementarias o accesorias de las mismas...*».

Es obligado insistir en el curioso contraste al que antes me he referido: la rúbrica del artículo 22 de la Ley de 1994 hablaba de «actividades mercantiles e industriales», siendo así que el precepto no contemplaba eso (repito mi opinión de que tener una participación, aunque sea mayoritaria, en una sociedad mercantil, no es *desarrollar una actividad mercantil o industrial*). Y, en cambio, la rúbrica del actual 24 (precepto que sí alude al desarrollo directo de «actividades económicas») utiliza esta misma —y vaga— expresión («actividades económicas»), siendo así que el que ahora merecería constar como rótulo sería el antiguo de «actividades mercantiles e industriales». O, aún mejor, el de «actividades empresariales»<sup>23</sup>.

La formulación gramaticalmente alternativa o disyuntiva del artículo 24.1, párrafo primero, obliga a considerar que las «actividades económicas» permitidas a la fundación son, de un lado, aquellas cuyo objeto esté relacionado con los fines fundacionales; o de otro, las que sean complementarias o accesorias de la propia fundación.

Dejando al margen lo poco correcto que parece que es decir que una actividad pueda ser «complementaria o accesorio» de una fundación<sup>24</sup> (segundo término del binomio), me fijo ahora en el primero de esos términos para señalar que, en buena lógica y en buena gramática, una actividad económica cuyo objeto «esté relacionado con los fines fundacionales» *no es fin fundacional*. De otro modo, carecería de sentido la locución verbal «esté relacionado con». Lo que *está relacionado con algo* no es lo mismo, por definición, que ese *algo*.

Pero lo que importa ahora es dejar constancia de que el texto legal que nos ocupa pone en entredicho (o hace muy difícil) la aplicación de

<sup>23</sup> La Ley vasca permite el desarrollo directo de las correctamente llamadas «actividades mercantiles o industriales». La Ley de Canarias permite a las fundaciones realizar *por sí mismas* «actividades empresariales». La valenciana alude al desarrollo *directo* de «explotaciones económicas». Y el Decreto de la Xunta de Galicia de 18 de junio de 1992 utiliza la expresión de «actividades económicas». Como se deduce del texto, me parece que la más correcta es la de «actividades empresariales».

<sup>24</sup> Choca con el buen sentido admitir que las fundaciones *como tales* tengan algo que sea «complementario o accesorio» de ellas.

la dualidad que en su ya *clásico* libro puso en circulación entre nosotros VALERO AGÚNDEZ<sup>25</sup>.

Me refiero a la distinción entre las llamadas fundaciones-empresa dotacionales y funcionales.

Las primeras son aquellas en las que la finalidad inmediata y exclusiva perseguida por la actividad económica de la fundación es la de obtener unos rendimientos que invertir en fines fundacionales, desligados por completo de aquella actividad<sup>26</sup>. Las fundaciones-empresa funcionales, por el contrario, son las que tienen como fin fundacional, bien sea de modo exclusivo o bien cumulativamente con otras finalidades dotacionales ajenas a la actividad económica en sí misma, la realización permanente de ésta (la actividad económica) según unas directrices beneficiosas para el interés común<sup>27</sup>.

Expresado de otro modo, en las *dotacionales* el fin fundacional es *externo* a la actividad desarrollada en la empresa y consiste en la inversión de los rendimientos producidos por ésta en objetos benéficos en el más amplio sentido. Mientras que en las *funcionales*, su finalidad se realiza en el campo mismo de la actividad empresarial<sup>28</sup>.

La Ley de 2002 parece excluir las fundaciones cuyas «actividades económicas» sean puramente dotacionales, al determinar —procede recordarlo— que han de ser necesariamente de uno de los dos tipos siguientes: o bien las que tengan por objeto uno que «esté relacionado con los fines fundacionales», o las que «sean complementarias o accesorias» de la propia fundación.

Aun reconociendo que este segundo supuesto (actividades «complementarias o accesorias» de la fundación) permite un gran abanico de interpretaciones, no parece que dentro de esa tipificación tengan cabida

<sup>25</sup> VALERO AGÚNDEZ, U., *La fundación como forma de empresa*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1969.

<sup>26</sup> Recordemos el ejemplo propuesto por el propio VALERO AGÚNDEZ: la fundación danesa «Carlsberg». La finalidad de la fundación es la promoción de la ciencia, pero su dotación inicial fue la de las industrias cerveceras transmitidas por el fundador.

<sup>27</sup> VALERO AGÚNDEZ, pp. 121-124. También propuso un ejemplo muy expresivo: la fundación alemana «Carl-Zeiss-Stiftung». Es titular inmediata de empresas mercantiles, pero sus fines están estrechamente relacionados con el objeto de las mismas: el cultivo de los ramos de las industrias de alta técnica óptica creados por el fundador y la promoción de los intereses generales de esa industria, sin perjuicio de actuación en instituciones de utilidad común, medidas diversas en favor de la población trabajadora de Jena y promoción de la investigación y de la enseñanza de los estudios de ciencias naturales y matemáticas.

<sup>28</sup> También en VALERO AGÚNDEZ, p. 139. Sobre esta distinción escribió también EMBID IRUJO, J.M., «Notas sobre la naturaleza jurídica de las Cajas de Ahorros», en *Documentación Laboral*, número 46, 1995, II, en concreto en sus páginas 25 ss.

las actividades económicas *únicamente* encaminadas a dotar a la fundación de recursos económicos. Es decir, aquellas actividades que nada tengan que ver con los fines fundacionales propiamente dichos<sup>29</sup>.

Si se llegase a esta conclusión, estaríamos en presencia de la histórica resistencia del legislador español a admitir que una fundación pueda desempeñar actividad económica *sólo* orientada a la finalidad de allegar recursos para su mantenimiento.

Esta resistencia se halla también en la legislación autonómica sobre la materia. En la Ley del País Vasco se admite la realización directa de actividades mercantiles o industriales «cuando éstas tengan relación con los fines fundacionales o estén al servicio de los mismos». Y aunque este último inciso permitiera pensar en las fundaciones-empresa *dotacionales*, la impresión se disipa cuando el apartado 2 del mismo artículo 25 añade que «en todos los demás supuestos», la fundación deberá realizar dichas actividades a través de sociedades<sup>30</sup>. La Ley de Canarias se refiere a actividades empresariales *sólo* cuando éstas *estén directamente relacionadas con el fin fundacional o sean estrictamente necesarias para el sostenimiento de la actividad fundacional*. En el último inciso se atisba una cierta nota de fundación-empresa *funcional*.

En la Ley de la Comunidad Valenciana, el criterio es más severo. Las actividades mercantiles o industriales pueden ser ejercidas directamente por la fundación, *siempre que coincidan con el objeto o finalidad específica* de la misma. También se sigue criterio restrictivo en la Ley catalana, pues las «explotaciones económicas» que se permite llevar a cabo directamente a la fundación tienen dos límites bien definidos: que su ejercicio constituya por sí mismo el cumplimiento del fin fundacional o de una parte de ese fin, o que se trate de una actividad

<sup>29</sup> Si se admite este punto de vista, la supuesta dualidad o alternativa del apartado 1 de la Ley es, en realidad, una redundancia.

<sup>30</sup> Esto no quita para que alguna fundación al amparo de esa Ley (por ejemplo, «Fundación Labein») contenga en sus estatutos la previsión de que, para el desarrollo y el cumplimiento de sus fines, la entidad podrá «desarrollar actividades económicas de todo tipo, encaminadas a la realización de sus fines *o allegar recursos con ese objetivo*». Estas últimas palabras hacen pensar en la fundación-empresa *funcional*. Similar previsión se encuentra en los estatutos de la «Fundación Tekniker», cuyo objeto es la promoción y el desarrollo de cuantas actividades de investigación científica y desarrollo tecnológico sean de interés para la industria en general. Igual es el caso de la «Fundación para la formación técnica de máquina-herramienta», constituida al amparo del Reglamento de Fundaciones culturales privadas de 21 de julio de 1972. En este último caso, es evidente la laxa interpretación del artículo 28.1 de aquel Reglamento, que hablaba de actividades industriales o mercantiles *estrictamente necesarias para el mejor cumplimiento del fin fundacional*.

accesoria, complementaria o subordinada respecto al fin fundacional o a una parte de éste. Parecido es el principio adoptado por la Ley de Castilla y León, que habla de actividades económicas «*coincidentes con los fines fundacionales o relacionados directamente con el cumplimiento de los mismos*».

La fórmula más amplia se encuentra en el Decreto de la Xunta gallega, pues permite a las fundaciones realizar directamente las actividades económicas *que estimen procedentes para el mejor cumplimiento de los fines fundacionales*. No parece dudoso que en esta expresión quepan las actividades empresariales *únicamente* orientadas a la obtención de recursos económicos para el mantenimiento de la entidad.

2. Pocos son los autores, que yo sepa, que han escrito monográficamente sobre la Ley de 2002 cuando se redactan estas líneas.

Uno de sus primeros comentaristas, GONZÁLEZ CUETO<sup>31</sup>, al referirse a los «precedentes» del artículo 24 de dicha Ley<sup>32</sup>, parece anticipar su opinión de que «la novedad principal del artículo comentado es más nominal que real»<sup>33</sup>, pues cita el artículo 44 de la Ley de 1994<sup>34</sup>. No obstante, el autor reconoce más adelante<sup>35</sup> que, a pesar de lo que pudiera deducirse de algunas previsiones de la normativa anterior, «resulta preferible que la posibilidad de realizar directamente actividades económicas se permita expresamente con toda claridad y sencillez».

No es la misma la opinión de CUSCÓ y CUNILLERA<sup>36</sup>, al considerar que la posibilidad de que las fundaciones desarrollen por sí mismas actividades económicas —que dicen «inexistente en la legislación anterior»— constituye «una de las más importantes novedades de la reciente Ley de Fundaciones, introducida con el ánimo de dotar a las fundaciones de una mayor autonomía de actuación».

<sup>31</sup> GONZÁLEZ CUETO, T., *Comentarios a la Ley de Fundaciones. Ley 50/2002, de 26 de diciembre*, Aranzadi, Cizur Menor, 2003.

<sup>32</sup> P. 191.

<sup>33</sup> P. 192.

<sup>34</sup> En aquel precepto, relativo a «contabilidad», se dispuso: «*Las fundaciones y asociaciones a que se refiere el presente Título tendrán las obligaciones contables previstas en las normas reguladoras del Impuesto sobre Sociedades para las entidades exentas, sin perjuicio de que deban llevar la contabilidad exigida por el Código de comercio y disposiciones complementarias cuando realicen alguna explotación económica*».

<sup>35</sup> P. 198.

<sup>36</sup> CUSCÓ, M. y CUNILLERA, M., *Comentarios a la nueva Ley de Fundaciones. Ley 50/2002, de 20 de diciembre* (sic), DIJUSA, Madrid, 2003, p. 152.

SERRANO CHAMORRO, en la segunda edición de su libro<sup>37</sup>, de fecha posterior a la vigente Ley, opina que el artículo 24 permite a las fundaciones «ejercer actividades mercantiles e industriales, tengan o no que ver directa o indirectamente con el cumplimiento de los fines fundacionales». Entiende la autora que «*este reconocimiento es un paso fundamental en nuestra legislación de fundaciones*».

## V. Alguna posible conclusión sobre todo lo anterior

1. Del examen que precede puede deducirse, a mi entender, que el artículo 24 de la vigente Ley ha supuesto una novedad muy considerable en el Derecho de fundaciones español.

No faltaban argumentos, antes de esta Ley, para considerar que el desarrollo de «actividades económicas» de forma *directa* no estaba vedado a la fundación. Así lo entendió la mayor parte de los comentaristas de la legalidad anterior, como hemos visto.

No obstante, esa posibilidad se hallaba tan «escondida» desde el punto de vista formal (es claro que no encontraba sustento en ninguna disposición con rango de ley), y tan «entreverada» con la regulación de lo que, sin duda, constituye la *esencia* de la fundación (la ausencia de fin de lucro y la realización de fines de interés general), que, a mi juicio, quedaba oculto el fondo del problema, esto es, si la fundación puede o no desarrollar de forma permanente, más que una «actividad económica», una genuina *actividad empresarial*.

2. Me parece, repito, que la nueva Ley constituye una novedad muy significativa, desde el punto de vista conceptual o de principios.

No es menester adentrarse en la argumentación doctrinal del pasado. Creo que a estos efectos basta la remisión al ya citado estudio de VALERO AGÚNDEZ, de 1969.

En aquel luminoso libro, cuyo eje, creo yo, se encontraba en su capítulo cuarto («la posibilidad de la fundación-empresa»), se planteaba la cuestión medular en la materia, que el autor rotuló con las palabras «la posibilidad de la fundación-empresa, como problema de licitud»<sup>38</sup>. El autor, hay que decirlo, proponía como cuestión de «licitud» (o parte de ella) algo que cabría plantear todavía en términos más radicales: no ya de licitud en sentido estricto, sino de simple *posibilidad jurídica*.

---

<sup>37</sup> SERRANO CHAMORRO, M.E., *Las fundaciones: dotación y patrimonio*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 2003, pp. 246 ss.

VALERO AGÚNDEZ vino a decirlo así en un pasaje preliminar de su capítulo cuarto: «*La cuestión en este planteamiento queda reducida a preguntarse si una institución jurídica, la fundación, surgida inicialmente y utilizada durante largo tiempo para actividades distintas de la gestión económica de empresas, a las que se ajusta de hecho la configuración jurídica de la misma, puede ser utilizada para realizar una nueva función: la de servir como forma jurídica de empresa en el sentido expuesto anteriormente*»<sup>39</sup>.

Como es sabido, VALERO AGÚNDEZ sorteó con notable agudeza los obstáculos *conceptuales* que parecían poner coto a la por él llamada fundación como forma de empresa. Esos obstáculos procedían de un doble frente: del Derecho de la fundación y del Derecho de la empresa<sup>40</sup>.

Pero, como no podía menos de ser, el autor formuló la mayor parte de sus sólidas argumentaciones en un plano *de lege ferenda*. Este es el significado básico de la obra, que se manifiesta expresamente en toda ella. Baste como botón de muestra lo que VALERO AGÚNDEZ decía ser el objetivo de su fundamental capítulo cuarto: «*El examen sobre la aptitud de la figura fundacional, tal como se presenta y se regula en nuestro Derecho, para ser utilizada en la nueva aplicación de que se trata y la posibilidad de superar los inconvenientes que pueda presentar en su estructura fundamental y en su regulación, mediante las oportunas adaptaciones del Derecho fundacional a las finalidades que en el campo de la actividad económica se ofrecen a la fundación, sin que sus rasgos típicos desaparezcan*»<sup>41</sup>.

Ahora, con la vigente Ley de Fundaciones, lo que procede es preguntarse si las «oportunas adaptaciones» del Derecho fundacional a las que se refería VALERO AGÚNDEZ se han producido o no; y en caso afirmativo, de qué forma permiten articular en la práctica la figura de una fundación *con actividad empresarial directamente desarrollada por ella*. Estas últimas palabras son las que permitirían decir que estamos en presencia de lo que doctrinalmente solemos llamar *fundación-empresa*, por cuanto, como puntualizó VALERO AGÚNDEZ, para la existencia de

<sup>38</sup> Es el citado capítulo cuarto, pp. 143-185.

<sup>39</sup> La dualidad posibilidad-licitud se aclara por el autor en la página 147: «*El problema de la posibilidad, en términos de licitud, de la utilización de la fundación como forma de empresa encierra dos cuestiones: la posibilidad de ejercicio de actividad económica por parte de la fundación, y la posibilidad de que, en consecuencia, se le aplique el tratamiento jurídico propio de los sujetos que se dedican a tal actividad*».

<sup>40</sup> Merece la pena releer sobre todo las páginas 155-185 del libro de VALERO AGÚNDEZ.

<sup>41</sup> P. 147. En esta perspectiva es como se entiende toda la segunda parte del libro, que versa sobre régimen jurídico de la fundación-empresa (constitución, órganos, protectorado y modificación y extinción).

esa figura es requisito básico que la fundación sea inmediato titular de la empresa<sup>42</sup>.

3. Sin entrar —eso sería nominalismo— en si lo que la Ley permite es en rigor una *fundación con empresa* —denominación que vendría avalada por la accesoriedad que las «actividades económicas» habrán de tener respecto de los fines fundacionales (párrafo primero del apartado 1 del artículo 24)—, lo que parece que puede afirmarse ahora es que la Ley da cobijo a la *empresa bajo forma jurídica de fundación*. Lo que significa que la fundación puede ser *empresario* en sentido jurídico.

No es tanto, a mi juicio, cuestión de si la empresa puede revestir la forma jurídica de fundación, sino de si la fundación —dados los requisitos del caso— es un genuino empresario.

Por eso, no estoy del todo de acuerdo con VALERO AGÚNDEZ<sup>43</sup> cuando dice que «para poder hablar de fundación como forma jurídica, la fundación debe ser empresario en sentido jurídico». Aunque es posible que estas últimas palabras sean sólo un modo de hablar, estimo que el problema debe plantearse en sentido contrario: si la actividad de la fundación es empresarial, la fundación es empresario. El propio VALERO AGÚNDEZ hace pensar en este planteamiento que he propuesto, cuando en la misma página dice: «*Parece por ello más acertado restringir la denominación de empresas bajo forma jurídica de fundación a los casos en que sólo con estricta propiedad de las palabras se puede hablar así, e identificar estos casos, abandonando otros criterios, con aquellos en los cuales la fundación es, incluso en un sentido formal, titular jurídico inmediato no sólo del patrimonio afecto a la empresa, sino también de la actividad económica constitutiva de la misma, a la que, por tanto, se anudan, como derechos u obligaciones, las consecuencias jurídicas, de orden predominantemente patrimonial, que de aquélla derivan*».

Sugiero, por tanto, que a lo que hay que estar es a la *realidad* de la actividad que desarrolla la fundación (sería la premisa), no a la supuesta *cuestión previa* de si la fundación es empresario<sup>44</sup>. Y esto supone la necesidad de examinar, solamente, si una fundación puede desplegar una genuina *actividad empresarial*, cosa bien distinta de una «actividad económica».

<sup>42</sup> P. 126. En otro lugar de la misma página, el autor repite que «*sólo en el caso de que una fundación ostente y ejerza su titularidad inmediata sobre una empresa, se puede hablar de fundación como forma jurídica de la misma*».

<sup>43</sup> P. 127.

<sup>44</sup> Porque a mi juicio, repito, si la actividad es empresarial, quien la ejerce es empresario.

A mi juicio, VALERO AGÚNDEZ dio en el *quid* de la cuestión al sentar que la fundación es empresa cuando es titular no sólo del patrimonio afecto a una *empresa*, sino cuando además es titular de la *actividad económica* constitutiva de la misma. Idea que el mismo autor desarrolló en un pasaje inmediato de su obra<sup>45</sup>: «... para que una fundación pueda ser considerada como forma de empresa, es preciso que la conexión entre fundación y empresa responda a una exigencia institucional de aquélla. La razón de este requisito está en que la forma jurídica de la empresa no sólo implica la creación de un sujeto jurídico de la actividad económica, sino, además, la creación de una organización adecuada para el ejercicio de dicha actividad. Y esta organización sólo se da en aquellas fundaciones a las que el fundador ha asignado la función de desarrollar una actividad de empresa; porque de lo contrario, la organización fundacional típica no es una organización adecuada al ejercicio de una empresa, sino a la administración patrimonial de un patrimonio de conservación. El carácter institucional del ejercicio de la empresa por parte de la fundación implica el que, aun siendo la empresa para aquélla medio de realizar sus fines específicos, sin embargo, la fundación existe en su forma concreta por y para el ejercicio de la empresa, que en sí misma forma generalmente parte de los fines de aquélla; de forma que puede decirse correctamente que la razón de ser de la fundación es el ejercicio de la empresa».

## VI. Concordancias sobre las «actividades económicas» del artículo 24, dentro de la propia Ley de 2002 y en relación con la denominada Ley del mecenazgo. Y algunas cuestiones de orden práctico sobre la fundación-empresa que permite la Ley de 2002

Para una mejor comprensión de lo que puede ser la *actividad empresarial* de una fundación, así como para acercarse a aspectos prácticos de su desempeño conforme a la Ley, procede examinar los pasajes de la Ley de 2002 concordantes con el artículo 24, que es la pieza fundamental del sistema normativo que ocupa mi atención.

1. La concordancia más complicada, a primera vista, consiste en conciliar el artículo 24 con el concepto mismo de fundación, contenido en el artículo 2. En él se repite la tradicional definición de las fundaciones como «*organizaciones constituidas sin fin de lucro que, por voluntad*

---

<sup>45</sup> P. 128.

*de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general».*

Si digo que la dificultad es «a primera vista», es porque nadie dudará a estas alturas que seguimos todos afectados por un histórico pero inaceptable prejuicio sobre el principio de «*sin fin de lucro*»<sup>46</sup>.

No creo necesario insistir en los argumentos conceptuales que permiten decir que una entidad no tiene ánimo de lucro aun cuando desempeñe una actividad que sí lo persiga. A estos efectos, basta dejar constancia de la existencia misma del artículo 24, que al «permitir» a la fundación el desarrollo de «actividades económicas» (a partir de ahora diré sobre todo «empresariales»), está dando por sentado que esas actividades se encaminan, precisamente, a obtener beneficio, esto es, lucro.

2. También parecería difícil (y recalco el «parecería», porque en rigor no hay tal dificultad) conciliar el artículo 24 con la alusión que el 2, y luego el 3, hacen a la afectación del patrimonio de la fundación —de modo duradero— a la realización de *fines de interés general*.

Esos *fines de interés general* (demasiado enraizados históricamente en la idea de «beneficencia») no dejan de serlo, a mi juicio, cuando se trata de actividades (quiero decir las generales de la fundación, no sólo las empresariales) cuyos destinatarios (¿por qué no decir *beneficiarios*, palabra que no necesariamente implica idea de «beneficencia»?) sean, como dice el apartado 2 del artículo 3, colectividades genéricas de personas.

---

<sup>46</sup> Por cierto, se me ocurre la *curiosidad semántica* de que la actual Ley de 2002, al definir las fundaciones (artículo 2), dice de ellas que son «organizaciones constituidas *sin fin de lucro*». Hago notar la eventual diferencia respecto de la definición del artículo 1 de la Ley de 1994, que hablaba de «organizaciones *sin ánimo de lucro*». No quiero decir que la distinción entre *sin fin de lucro* y *sin ánimo de lucro* quisiera ser, en la supuesta «voluntad del legislador», un objetivo consciente y querido, esto es, revelador de un auténtico propósito de diferenciar, pero entre *fin de lucro* y *ánimo de lucro* atisbo (dejo la cuestión para los lingüistas) una diferencia de matiz. Me parece que la palabra *fin*, en la acepción que conviene al caso, que es la de «objeto o motivo con que se ejecuta una cosa» (Diccionario de la Real Academia), es más —diríase— «contundente» que el vocablo *ánimo*, que, también según el Diccionario, y así mismo en la acepción más próxima a nuestro contexto, revela «intención, voluntad». Quiero decir, si mi sugerencia no encuentra reparos por parte de los expertos, que hablar de *fin de lucro* entraña dar a éste (el «lucro») un carácter más marcado, vale decir más «comprometedor», que si se dice *ánimo de lucro*. En otras palabras, quizá no sea tan aventurado pensar que, cuando se dice de alguien que tiene *fin de lucro*, ese «fin», sin ser necesariamente el único, destaca de tal manera que se erige en objetivo principal del actor. Mientras que, si es cierto lo que pienso, la expresión *ánimo de lucro* implica que ese objetivo —el lucro— está en el terreno de las intenciones de quien actúa, entendidas como posibilidades que no se descartan, pero no con el carácter de *objetivo dominante* que implicaría la palabra «fin».

Una colectividad de personas es «genérica» cuando, como corresponde a la gramática, consiste en un conjunto de seres que tienen uno o varios caracteres comunes<sup>47</sup>.

Nada hay, por tanto, que impida decir que una fundación realiza fines de interés general cuando sus actividades, las que sean, se orientan en favor —quiere decir en provecho— de una colectividad, en tanto en cuanto cualquier miembro de la misma no se vea injustificadamente privado (esto es, privado sin causas objetivas) de la acción de la fundación.

Entender las cosas de otro modo es confundir «general» con «universal». Esto último, también según el Diccionario, es lo que comprende o es común a todos en su especie, sin excepción de ninguno.

Por decirlo de otro modo: una fundación dedicada a la atención de inmigrantes es de interés general, en el sentido más amplio de este último adjetivo, porque entraña potencial provecho a todos los miembros de la más amplia colectividad. Pero mal podrá decirse que se encamina a la particular utilidad de algunos de ellos; por ejemplo, de quienes no se han visto en la necesidad de inmigrar.

De la misma manera, una fundación que tuviere por objeto la realización de pruebas, ensayos y dictámenes en materia de construcción es de interés «general» en tanto en cuanto sus actividades en ese terreno puedan contribuir al objetivo de una mejor calidad de las edificaciones. Pero, desde luego, esa «generalidad» del *interés* no podrá predicarse de quien, por su dedicación, nunca tenga necesidad de ser instruido sobre lo que es construir bien o construir mal.

Debe superarse la vieja noción de lo que es ausencia de ánimo de lucro, de suerte que sea compatible con ella la realización de una actividad empresarial.

Y para determinar qué debe entenderse por eso (actividad empresarial), habrían de tenerse en consideración no sólo el objetivo inherente a la empresa, que es el lucro (sólo que, en el caso de la fundación, únicamente destinado a incrementar el patrimonio de la entidad), sino los presupuestos que definen la empresa desde el punto de vista económico: organización de medios materiales y humanos para el ejercicio de una actividad industrial, comercial o de servicios, la actuación jerarquizada y la habitualidad<sup>48</sup>.

<sup>47</sup> Voz «género», en el Diccionario de la Real Academia, por remisión de la palabra «genérico», en el mismo Diccionario.

<sup>48</sup> Este último requisito, la habitualidad, dejaría fuera de nuestro ámbito, por obvio, el principio de que «las fundaciones podrán obtener ingresos por sus actividades» (artículo 26). Esta regla, que ya se encontraba en el 24 de la Ley de 1994, nada tiene que ver, desde luego, con el ejercicio de una actividad empresarial en sentido estricto.

En este sentido, puede ser de utilidad lo que dispone el párrafo segundo del artículo 3.3.º de la Ley de 23 de diciembre de 2002, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo (para abreviar, Ley del mecenazgo<sup>49</sup>). Se dispone allí que, a efectos de dicha Ley, «*se considera que las entidades sin fines lucrativos desarrollan una actividad económica cuando realicen la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos, o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios*».

3. Mas no se me oculta que lo que acabo de decir (una argumentación *teórica* sobre la posibilidad de que una fundación tenga por fin estatutario *único* el desarrollo de una actividad empresarial, aunque con el inexcusable requisito de que ésta sea *de interés general*), no pasa de ser una especulación en nuestro Derecho.

En efecto, por mucho que se quiera forzar el texto del artículo 24.1, párrafo primero, es incontestable que la Ley de 2002 atribuye a las *actividades empresariales* de la fundación un carácter no ya sólo accesorio o subordinado, sino —por eso— distinto de los llamados *finances fundacionales* y «añadido» a éstos.

La lectura de la Ley pone de manifiesto el empeño del legislador en distinguir entre la actividad *propia de los fines fundacionales* y la *empresarial*, esto es, la denominada «económica»<sup>50</sup>.

Las expresiones más visibles se hallan en las siguientes normas:

El apartado 3 del artículo 25 («contabilidad, auditoría y plan de actuación») dispone: «*Las fundaciones podrán formular sus cuentas anuales en los modelos abreviados cuando cumplan los requisitos establecidos al respecto para las sociedades mercantiles. La referencia al importe neto de la cifra anual de negocios, establecida en la legislación mercantil, se entenderá realizada al importe del volumen anual de ingresos por la actividad propia más, si procede, la cifra de negocios de su actividad mercantil*».

<sup>49</sup> No está de más recordar que, con ocasión de la promulgación de la vigente Ley de Fundaciones, el legislador optó por la fórmula de técnica legislativa de dejar para dicha Ley el que podríamos llamar «régimen sustantivo» de la fundación, dedicando otra Ley —precisamente la del mecenazgo— a la reglamentación del régimen fiscal de todas las entidades sin fines lucrativos; entre ellas (por tanto, no sólo) las fundaciones —véase el artículo 2, en el que se enumeran las entidades sin fines lucrativos a efectos de la propia Ley—.

<sup>50</sup> El mismo propósito está presente en la Ley del mecenazgo. Y, desde luego, en el Reglamento para la aplicación del régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, aprobado por Real Decreto 1270/2003, de 10 de octubre.

Repárese en que la norma distingue claramente entre «*actividad propia*» de la fundación y la «*actividad mercantil*» de la misma, en su caso<sup>51</sup>.

Otro tanto ocurre en el apartado 5 del mismo artículo 25, en el que, al tratarse sobre la auditoría externa de las cuentas anuales de las fundaciones, se dispone la obligación de someterse a ella (la auditoría), entre otros, en el caso de que el importe neto del volumen actual de ingresos por la *actividad propia* más, en su caso, el de la cifra de negocios de su *actividad mercantil*, sea superior a 2.400.000 euros.

Por su parte, el apartado 9 del mismo artículo 25 dice: «*Cuando se realicen actividades económicas, la contabilidad de las fundaciones se ajustará a lo dispuesto en el Código de comercio, debiendo formular cuentas anuales consolidadas cuando la fundación se encuentre en cualquiera de los supuestos allí previstos para la sociedad dominante.*

*En cualquier caso, se deberá incorporar información detallada en un apartado específico de la memoria, indicando los distintos elementos patrimoniales afectos a la actividad mercantil*»<sup>52</sup>.

Es claro el designio de la norma de someter a un régimen *formal* distinto las «*actividades económicas*»<sup>53</sup> y la denominada «*actividad propia*»<sup>54</sup>.

Como he apuntado antes, la misma distinción —aunque formulada en los términos propios de una disposición tributaria— se halla en la Ley del mecenazgo.

En su artículo 3, sobre «*requisitos de las entidades sin fines lucrativos*», está (número 3.º) el de «*que la actividad realizada no consista en el desarrollo de explotaciones económicas ajenas a su objeto o finalidad estatutaria*». Y añade el texto que «*se entenderá cumplido este requisito si el importe neto de la cifra de negocios del ejercicio correspondiente al conjunto de las explotaciones económicas no exentas*

<sup>51</sup> Se observará que aquí no se utiliza la poco afortunada expresión de «*actividad económica*», sino la más correcta de «*actividad mercantil*». Circunstancia que se da en otros preceptos a los que luego aludiré.

<sup>52</sup> Sobre esta materia, en lo sustancial, sigue siendo de aplicación lo escrito por FIGUEROA DORREGO, R., en su colaboración «*Régimen económico de las fundaciones: presupuestos, cuentas anuales y auditoría*», en la obra colectiva *Manual de fundaciones* (coord. RUIZ OJEDA, A.), Civitas, Madrid, 1999, pp. 108-172.

<sup>53</sup> Es de hacer notar que en un mismo apartado del artículo se habla, sin duda en términos de identidad, de «*actividades económicas*», de un lado (párrafo primero), y de «*actividad mercantil*» de otra parte (párrafo segundo).

<sup>54</sup> Esta última denominación se encuentra también en el párrafo segundo del artículo 27, al referirse a la transmisión onerosa de inmuebles en los que la entidad desarrolle «*la actividad propia de su objeto o finalidad específica*».

*ajenas a su objeto o finalidad estatutaria no excede del 40 por 100 de los ingresos totales de la entidad, siempre que el desarrollo de estas explotaciones económicas no exentas no vulnere las normas reguladoras de defensa de la competencia en relación con empresas que realicen la misma actividad».*

Es decir, a efectos de lo que es objeto de la Ley (el goce de los beneficios tributarios que en ella se establecen), se distingue entre explotaciones económicas *exentas* de las cargas fiscales a las que se refiere la propia Ley y las *no exentas*. Estas últimas son, según el texto transcrito, las «ajenas» al «objeto o finalidad estatutaria» de la entidad de la que en cada caso se trate.

Con ello, viene a trasladarse al terreno tributario la distinción sustantiva (esto es, de la Ley de Fundaciones, en lo que a ellas respecta<sup>55</sup>), entre la *actividad propia* de la entidad y la *actividad mercantil*.

Todavía está más claro esto en la misma Ley del mecenazgo cuando en su artículo 6, relativo a las rentas exentas del impuesto sobre sociedades, se incluyen entre ellas «*las obtenidas en el ejercicio de las explotaciones económicas exentas a que se refiere el artículo siguiente*».

Acudiendo a ese artículo siguiente, el 7, encontramos allí una larga serie de «explotaciones económicas», que van desde las de prestación de servicios y gestión de la acción social hasta las de servicios de carácter deportivo, pasando por las de hospitalización o asistencia sanitaria, las de investigación científica y desarrollo tecnológico, las de enseñanza y formación profesional, las artísticas, las editoriales, etc.

Pero lo que importa es poner de relieve que el párrafo primero del propio artículo 7, al formular la regla general, declara exentas del impuesto sobre sociedades las rentas obtenidas por entidades sin fines lucrativos que procedan de las explotaciones económicas que a continuación se enumeran; con la adición de «*siempre y cuando sean desarrolladas en cumplimiento de su objeto o finalidad específica*».

Si comparamos estas últimas palabras con las del artículo 3, número 3.º, antes transcrito, concluimos que las explotaciones económicas exentas son las desarrolladas en cumplimiento del objeto o finalidad específica de la entidad, mientras que las no exentas son las *ajenas a su objeto o finalidad estatutaria*.

Es digno de señalarse que en los dos casos habla la Ley de «explotaciones económicas», aunque la calificación respectiva —como corresponde a una norma tributaria— sea de *exentas* y de *no exentas*.

---

<sup>55</sup> Porque, desde luego, hay otras entidades sin fines lucrativos que no son fundaciones; ejemplo característico, las asociaciones declaradas de utilidad pública.

Es particularmente significativo el texto del número 11.º del artículo 7 (recordemos, el que enumera las «explotaciones económicas exentas»), puesto que en él se consideran así —exentas— las que se definen en ese número. La formulación legal es: «11.º *Las explotaciones económicas que tengan un carácter meramente auxiliar o complementario de las explotaciones económicas exentas o de las actividades encaminadas a cumplir los fines estatutarios o el objeto de la entidad sin fines lucrativos. No se considerará que las explotaciones económicas tienen un carácter meramente auxiliar o complementario cuando el importe neto de la cifra de negocios del ejercicio correspondiente al conjunto de ellas exceda del 20 por 100 de los ingresos totales de la entidad*».

4. En presencia de este panorama legal, es obligado preguntarse cómo se puede articular en la práctica —es decir, en las reglas estatutarias de la fundación— una *actividad empresarial* que se ajuste a los principios del artículo 24 de la Ley reguladora.

Si el eje de esa norma es la diferenciación entre los *finés fundacionales* y las «*actividades económicas*» cuyo objeto esté relacionado con aquéllos, parece que lo ortodoxo es que la descripción de los fines en cuestión no incluya a aquéllas, las «*actividades económicas*», por cuanto propiamente no son *finés*. A lo más, cabría su mención en calidad de «*actividades relacionadas*» con esos fines.

Parece que lo más razonable es que en el artículo estatutario en el que se describan los *finés* —es práctica habitual que se enumeren a continuación de la formulación de la «finalidad fundacional» u «objeto general»— se incluya una genérica descripción de la *actividad empresarial* de la que en cada caso se trate<sup>56</sup>.

---

<sup>56</sup> Es la circunstancia de una fundación cuyo objetivo básico o fin general es la promoción de la investigación científica y desarrollo tecnológico de interés para la industria y la difusión tecnológica, añadiéndose luego, entre las actividades para alcanzar dicho objetivo, la de efectuar los informes, peritajes, análisis y demás servicios que demanden las empresas, la Administración Pública y la Administración de Justicia. O el caso de la que tiene como objeto y finalidad la promoción y el desarrollo de cuantas actividades de investigación científica y desarrollo tecnológico sean de interés para la industria en general, con posterior enumeración de actividades entre las que se cita la creación, el desarrollo y la gestión de un laboratorio de análisis, calibración y ensayos industriales. O el de la fundación cuyo fin es la investigación de las mejoras técnicas en la fabricación y utilización de las máquinas-herramienta, incluyéndose luego, entre los *finés* concretos, el de prestar asistencia técnica a las empresas que la soliciten y montar un eficaz servicio de consultas. Hay que reconocer, no obstante, que con fórmulas de este estilo se produce una *cierta desnaturalización* de la regla del artículo 24, porque la «*actividad económica*» se convierte en *fin*, no limitándose a ser algo *complementario del fin*, que es lo que el precepto realmente dispone.

No obstante, para diferenciar debidamente fines y actividades, se hace aconsejable dedicar una previsión estatutaria según la cual la entidad pueda, por ejemplo, «desarrollar actividades económicas de todo tipo para la realización de sus fines». Esta es una «redacción de estilo» que se observa en muchos estatutos. En algunos se lee: «Desarrollar actividades económicas de todo tipo para realizar sus fines o para allegar recursos con ese objeto». Las palabras «de todo tipo» encuentran reparo a la luz del artículo 24 de la Ley de Fundaciones, por cuanto las «actividades económicas» que permite han de tener un objeto relacionado con los fines fundacionales o han de ser complementarias o accesorias de la propia fundación. No parece tener cabida, al menos en su aplicación, cualquier actividad económica. Del mismo modo, entiendo que el objetivo de «allegar recursos» ha de ser acumulativo, no alternativo, respecto de la naturaleza de la actividad empresarial que la fundación desempeñe<sup>57</sup>.

Pero no cabe ignorar, como antes apuntaba, que existe otra interpretación: la de entender que una *actividad empresarial* que sea *sólo* «complementaria o accesorio» de la fundación puede ser la exclusivamente orientada a la obtención de recursos económicos. Es decir, lo no permitido por el primer término de la alternativa del artículo 24.1 quedaría tolerado al amparo del segundo<sup>58</sup>.

##### 5. Tiene interés lo relativo al concepto de «beneficiario».

Cuando la fundación desarrolla una *actividad empresarial*, y dentro de su marco, quienes contratan con ella la adquisición de bienes o servicios son realmente *clientes*, más que beneficiarios en el sentido que tradicionalmente se da a esta palabra en el Derecho de fundaciones.

Ahora bien, no se violenta demasiado con ello el sentido gramatical propio de la palabra beneficiario, esto es, el de quien goza de la utilidad

---

<sup>57</sup> Curiosamente, parece ser más flexible el criterio de la Ley del mecenazgo, dado que, como ya hemos visto, admite (aunque no siempre con los beneficios fiscales que en ella se establecen) las «explotaciones económicas» ajenas al objeto o finalidad estatutaria de la entidad. Pero tampoco cabe olvidar que la Ley del mecenazgo contempla como entidades sin fines lucrativos, también, a otras distintas de las fundaciones. Lo que permite entender, en buena lógica, que el régimen *sustantivo* de la fundación condiciona la aplicación del tributario de la Ley del mecenazgo.

<sup>58</sup> Este es el criterio de SERRANO CHAMORRO, M.E., *op. cit.*, p. 248, pues encuentra en el artículo 24 tres supuestos de ejercicio de actividades mercantiles o industriales: por aportación empresarial a la dotación fundacional, a través de la creación de empresas instrumentales que sirvan para el cumplimiento de los fines fundacionales y por la constitución de empresas para captar recursos que se alleguen como ingresos de la fundación. LINARES ANDRÉS, L., *Las fundaciones...*, cit., p. 244, nota 137, sostuvo la misma opinión incluso a la luz de la Ley de 1994: «Hoy no se exige expresamente que la actividad mercantil o industrial tenga relación y esté al servicio de los fines fundacionales».

o provecho de algo o de alguien. De otra parte, tampoco se produce un desajuste respecto a lo que el artículo 3.2 dice a efectos de definir el concepto de beneficiario. Recuérdese que lo allí dispuesto es que «*la finalidad fundacional debe beneficiar a colectividades genéricas de personas*».

Si la *actividad empresarial* de una fundación se establece como algo *complementario* al fin fundacional, parece que ninguna dificultad debe suscitarse, de suerte que la fundación, en lo que hace a esa actividad, gozará del principio de libertad característico del empresario. La única limitación es la del «sometimiento a las normas reguladoras de la defensa de la competencia» (último inciso del párrafo primero del artículo 24.1, que coincide con la prescripción del último inciso del párrafo primero del número 3.º del artículo 3 de la Ley del mecenazgo<sup>59</sup>).

En el caso de que la *actividad empresarial* sea en sí misma un *fin fundacional* (hipótesis que, repito, no parece casar muy bien con el artículo 24, pero presente en muchos estatutos), estimo que los reales *clientes* de bienes o servicios de la fundación son *beneficiarios* de ella, en tanto en cuanto no estén predeterminados por ninguna regla estatutaria ni por el efectivo modo de desarrollo de la actividad, puedan acceder a ésta sin discriminación o *acepción de personas* y satisfagan una contraprestación (un precio) en régimen de igualdad.

Estimo que a estos efectos es suficiente identificar a los beneficiarios como personas no individualmente determinadas, con el añadido de que cuando la fundación exija el abono de precio por los bienes o servicios, la determinación de los beneficiarios o destinatarios, por parte de la fundación, se realice exclusivamente en función del abono o pago de la cantidad correspondiente<sup>60</sup>.

---

<sup>59</sup> Por cierto, merece señalarse que el párrafo primero del número 4.º del mismo artículo de la Ley del mecenazgo establece, respecto a las por ella denominadas «entidades sin fines lucrativos», una limitación que, interpretada *a sensu contrario*, otorga al concepto de beneficiario una gran amplitud. Esa limitación consiste en que los fundadores, asociados, patronos, representantes estatutarios, miembros de los órganos de gobierno y los cónyuges o parientes hasta el cuarto grado, no sean los destinatarios principales de las actividades que se realicen por las entidades, ni se beneficien de condiciones especiales para utilizar sus servicios.

<sup>60</sup> Creo que es una fórmula muy correcta la que encuentro en los estatutos de una determinada fundación: «*La Fundación, dentro de sus fines de interés general, habrá de actuar con criterios de objetividad y de imparcialidad en la determinación de sus beneficiarios, sin que pueda producirse discriminación alguna. En este sentido, podrán ser beneficiarios de la Fundación las personas, físicas o jurídicas, públicas o privadas, que quieran desarrollar y colaborar con la Fundación dentro de sus fines genéricos*». Más dudoso me parece el texto que encuentro en otros estatutos: «*El Patronato se reserva la facultad de determinar en cada caso la aceptación de personas físicas o jurídicas como beneficiarios de las actividades o servicios de la Fundación*».

De otra parte, se impone la concordancia con la definición de principios de actuación que se halla en el artículo 23, principios consistentes en: a) Destinar efectivamente el patrimonio y sus rentas, de acuerdo con la Ley y con los estatutos, a los fines fundacionales; b) *dar información suficiente de los fines y actividades de la fundación, para que sean conocidos por sus eventuales beneficiarios y demás interesados*; y c) *actuar con criterios de imparcialidad y no discriminación en la determinación de los beneficiarios de la entidad*. Es evidente la aplicabilidad de los principios b) y c) en el extremo que nos ocupa.

Siempre habrá de tenerse presente la concordancia con el artículo 26 de la propia Ley de Fundaciones, que dice: «*Obtención de ingresos. Las fundaciones podrán obtener ingresos por sus actividades siempre que ello no implique una limitación injustificada del ámbito de sus posibles beneficiarios*».

**6.** Si la fundación desarrolla una *actividad empresarial*, cobra particular relieve el mandato del párrafo primero del apartado 1 del artículo 27.

«*Artículo 27. Destino de rentas e ingresos. 1. A la realización de los fines fundacionales deberá ser destinado, al menos, el 70 por 100 de los resultados de las explotaciones económicas que se desarrollen y de los ingresos que se obtengan por cualquier otro concepto, deducidos los gastos realizados para la obtención de tales resultados o ingresos, debiendo destinar el resto a incrementar bien la dotación o bien las reservas según acuerdo del Patronato. Los gastos realizados para la obtención de tales ingresos podrán estar integrados, en su caso, por la parte proporcional de los gastos por servicios exteriores, de los gastos de personal, de otros gastos de gestión, de los gastos financieros y de los tributos, en cuanto que contribuyan a la obtención de los ingresos, excluyendo de este cálculo los gastos realizados para el cumplimiento de los fines estatutarios. El plazo para el cumplimiento de esta obligación será el comprendido entre el inicio del ejercicio en que se hayan obtenido los respectivos resultados e ingresos y los cuatro años siguientes al cierre de dicho ejercicio*».

Debe hacerse notar, en primer término, que el correlativo artículo de la Ley de 1994, el 25, refería el 70 por 100 a «las rentas o cualesquiera otros ingresos netos» de la fundación, mientras que el texto actual —otro dato significativo de la relevancia que se ha querido otorgar a las *actividades empresariales*— hace girar ese porcentaje sobre «los resultados de las explotaciones económicas que se de-

sarrollen y de los ingresos que se obtengan por cualquier otro concepto»<sup>61</sup>.

Tiene interés, y considero acertada, la enumeración de conceptos que, según el artículo 27.1, constituyen los llamados «gastos realizados para la obtención» de los ingresos derivados de la explotación económica<sup>62</sup>. Al darse cabida, entre esos «gastos», a los tributos, el 70 por 100 en cuestión gira sobre los resultados netos en sentido estricto, no sólo sobre el llamado «resultado de las actividades ordinarias»<sup>63</sup>.

De otro lado, la facultad que el artículo 27 otorga, de destinar el 30 por 100 restante a reservas, parece también muy realista, por el significado que ese capítulo (reservas) tiene de ordinario en cualquier actividad empresarial.

**7. Dedicemos alguna consideración al problema de la responsabilidad patrimonial de la fundación-empresa.**

Sabido es que una «constante» del Derecho de fundaciones es la conservación del patrimonio fundacional, principio que fácilmente puede entrar en colisión con el riesgo económico inherente a la actividad empresarial<sup>64</sup>.

El principio en cuestión subsiste en la vigente Ley de Fundaciones. Me remito al apartado 2 del artículo 14, cuando, al referirse a las funciones o incumbencias del Patronato, se formula la apostilla de «*manteniendo el rendimiento y utilidad de los mismos*» (esto es, de los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación).

Observar esta regla es relativamente fácil en fundaciones de corte «tradicional», aunque, como todo el mundo está de acuerdo en decir,

---

<sup>61</sup> Es un imperativo que se encuentra también en la Ley del mecenazgo, artículo 3, número 2.º. Se considera requisito para ser entidad sin fines lucrativos el de destinar a la realización de fines de interés general al menos en 70 por 100 de rentas e ingresos procedentes, entre otras, «de las explotaciones económicas que desarrollen». Sin embargo, téngase en cuenta, a efectos de esta Ley, que ese requisito condiciona el goce de los beneficios tributarios en ella establecidos. Goce que es voluntario, como puntualiza —aunque sea obvio— el párrafo quinto del apartado II de la exposición de motivos.

<sup>62</sup> Se mejora considerablemente, y con gran realismo, el texto del artículo 25 de la Ley de 1994.

<sup>63</sup> Procede recordar el epígrafe 21 de la Memoria, del Plan General de Contabilidad aprobado por Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre. Según ese formato, el «resultado de las actividades ordinarias» implica la deducción del a veces muy importante capítulo de «gastos financieros». Pero la Ley de Fundaciones, con buen criterio, acude a la última casilla del mentado epígrafe 21, que es la que corresponde al contablemente conocido como «resultado después de impuestos», esto es, deducido en su caso el impuesto sobre sociedades.

<sup>64</sup> VALERO AGÚNDEZ, *op. cit.*, pp. 166-172, se ocupó cuidadosamente de este punto.

eso haya tenido la contrapartida —en muchos casos, quizá la mayoría— de una lánguida vida económica de las entidades.

Si la fundación, sin embargo, ejerce una *actividad empresarial*, los riesgos patrimoniales son evidentes: basta pensar en la responsabilidad que pueda derivar de un informe técnico incorrecto o de un producto defectuoso puesto en el mercado. Frente al «patrimonio estático» de una fundación tradicional, la que desarrolla actividades empresariales gestiona un «patrimonio dinámico» y, por ello, arriesgado.

Por eso, no está de más plantearse la pregunta acerca de la eventual *responsabilidad patrimonial limitada* de la fundación-empresa<sup>65</sup>.

Partiendo de la premisa de que la Ley nada dispone en contra de la, en principio, obligada responsabilidad patrimonial universal que sienta el artículo 1.911 del Código civil, resultaría sin embargo *tentadora* la idea (con sede en la Ley actual, no así en la de 1994) de una especie de «*patrimonio separado*», como sería el constituido por los bienes y derechos precisamente afectos al desarrollo de la actividad empresarial de la fundación.

Me remito a lo que he puesto de relieve en el número 3 del presente apartado VI. Es decir, recuerdo cómo de los artículos 25.3, 25.5 y 25.9 de la vigente Ley se desprende una —desde luego clara— distinción entre la *actividad propia* de la fundación y la *actividad mercantil* de la misma, con reflejo también en la Ley del mecenazgo, en este caso en sus artículos 3, 6 y 7<sup>66</sup>.

Sin embargo, lo que ahora sugiero no pasa de ser ciertamente más que eso, una *tentación*.

Porque, en efecto, a las reglas legales que sientan aquella distinción no puede atribuirse, a mi juicio, más significado que el de constituir instrumentos *formales* para garantizar, por vía de la acción del Protectorado, una eficaz fiscalización de las fundaciones; no otro carácter puede asignarse a las reglas contables y de auditoría.

---

<sup>65</sup> Lo hizo LINARES ANDRÉS en su trabajo: «La actividad económica...», cit., pp. 1644-1645. La autora consideró, creo que con todo acierto, que la fundación que sea titular inmediata de una empresa mercantil responde, como el empresario mercantil individual, ilimitadamente, de suerte que será responsable con todos sus bienes presentes y futuros (artículo 1.911 del Código civil). Con anterioridad, NIETO ALONSO, A., *Fundaciones ...*, cit., p. 232, afirmó que «la fundación responde por sus deudas ilimitadamente, como toda persona jurídica».

<sup>66</sup> Recuérdese que las normas que acabo de citar hacen llegar su distinción a los dos grandes conceptos de la empresa, de cualquier empresa: el patrimonio afecto a ella y sus rendimientos.

Por tanto, como decía, no hay argumentos que permitan sustentar, ni siquiera hoy, esa idea de *patrimonio separado* a la que antes me he referido<sup>67</sup>.

8. Sin embargo, la cuestión que acabo de tratar se anuda a otra de más calado y no fácil respuesta, cual es la consistente en determinar si la *actividad empresarial* debe haber sido necesariamente establecida en el acto fundacional o si, por el contrario, puede ser objeto de un acuerdo del patronato, de modificación de los estatutos en tal sentido. Creo que la pregunta no es ociosa, pues es fácil suponer que existirán no pocas fundaciones «antiguas» (quiero decir, anteriores a la nueva Ley, o en su caso a la de 1994) para cuyo patronato puede ser sugestiva la idea de desarrollar una *actividad empresarial* como instrumento para lucrar recursos en favor de la propia fundación. Haciendo así posible, al amparo de la legalidad actual, lo que acaso el fundador no pudo siquiera imaginar a la luz del régimen legal vigente cuando la entidad se constituyó.

En principio, podría pensarse que se está en uno de los supuestos que tienen cabida en el artículo 29.1 de la Ley, en cuanto permite al patronato («podrá acordar») la modificación de los estatutos de la fundación siempre que «*resulte conveniente al interés de la misma, salvo que el fundador lo haya prohibido*».

Se estaría, así, en presencia de la única opción que el apartado 4 del mismo artículo parece otorgar al Protectorado, esto es, la de oponerse a la modificación «*por razones de legalidad*».

Ahora bien, debe tenerse presente que si se da entrada en los estatutos a una *actividad empresarial* antes no existente, se está introduciendo un innegable factor de riesgo de *compromiso* —en términos económicos, y por ende jurídicos— de la propia *dotación* de la entidad. Y en este punto adquiere particular relieve la distinción entre dotación y patrimonio, que con razón ha ocupado a la doctrina<sup>68</sup>.

Limitándome a los bienes constitutivos de la *dotación*, cabe preguntarse si no es razonable que, si para la enajenación y gravamen de

<sup>67</sup> Cuestión distinta es que, *de lege ferenda*, una idea así no sea nada absurda, sino, al contrario, razonable y justificada. Lo que ocurre es que requeriría arbitrar instrumentos suficientemente eficaces enderezados a la garantía de terceros (esto es, destrucción de cualquier signo de «confianza en la apariencia»).

<sup>68</sup> Entre las aportaciones más recientes, recuérdese la obra de SERRANO CHAMORRO, M.E., *Las fundaciones...*, ya citada, sobre todo pp. 111-230. V. también la ponencia de GONZÁLEZ PORRAS, J.M., *La dotación fundacional: algunos puntos susceptibles de discusión*, en prensa, presentada en las *Jornadas sobre aspectos jurídico-económicos y fiscales de las fundaciones*, La Coruña, 18 y 19 de diciembre de 2003.

los mismos se requiere la previa autorización del Protectorado, que se concederá si existe justa causa debidamente acreditada (artículo 21.1 de la Ley)<sup>69</sup>, no será igualmente necesaria una previa autorización del Protectorado para que los estatutos de la fundación puedan incluir el ejercicio directo por su parte de una *actividad empresarial*.

Conviene tener presente que la Ley es tan refractaria a la posibilidad de que la dotación pueda ser jurídicamente *comprometida* (esto es, sujeta a riesgos de agresión por parte de acreedores), que el artículo 24.3 obliga a la fundación a enajenar toda participación en sociedades en las que deba responder personalmente de las deudas sociales, tanto si se recibe como parte de la dotación inicial, como si es en un momento posterior<sup>70</sup>.

Por todo ello, creo fundado opinar que la *incorporación* a los estatutos de una *actividad empresarial* debería requerir la autorización del Protectorado.

Sin embargo, no existiendo como no existe en la Ley una expresa previsión de esta autorización a que me refiero, parece que no cabe otra posibilidad que la de que el Protectorado, al amparo del artículo 29.4, *se oponga* a la modificación estatutaria que como hipótesis me ocupa. Y esa oposición, que sólo puede fundarse en «razones de legalidad», consistiría en entender —el Protectorado— que la modificación en cuestión *no resulta conveniente en interés de la fundación* (según el criterio del apartado 1 del mismo artículo 29). Es lógico suponer que en este caso el Protectorado, en su «acuerdo motivado», podría y debería razonar en función de la *voluntad* del fundador.

**9.** Me refiero, por fin, a una cuestión de la que a veces se ha ocupado la doctrina en punto al régimen de la fundación-empresa, e incluso de la fundación en general. Hablo del aplicable en el caso de insolvencia conducente a la ejecución universal, esto es, a lo que hoy podemos llamar *presupuestos del concurso*.

La Ley concursal de 9 de julio de 2003 elimina las dudas que antes podían plantearse. En efecto, ahora es claro que la unitaria reglamenta-

---

<sup>69</sup> Con la advertencia, además, de que este artículo 23.1 se refiere no sólo a los bienes y derechos que formen parte de la dotación, sino también a aquellos que «estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales».

<sup>70</sup> Como se recordará, esta imposición es salvo que en el plazo máximo de un año se produzca la transformación de la sociedad (en la que se tiene la participación) en otra en la que quede limitada la responsabilidad de la fundación. Dicho sea de paso, es curioso que el artículo 22 de la Ley de 1994 restringía el ámbito del mandato a participaciones que formasen parte de la dotación, no a las recibidas por otro concepto.

ción del concurso somete a esta figura el caso de insolvencia de una fundación-empresa. Al igual, por cierto, que al poco probable pero no imposible de una fundación de, por así decirlo, corte tradicional. Basta tener en cuenta el apartado 1 del artículo 1: «*La declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica*».