

PERSPECTIVAS del SISTEMA FINANCIERO

91

Fundaciones



FUNDACIÓN DE LAS CAJAS DE AHORROS

PERSPECTIVAS del SISTEMA FINANCIERO

91

2007



FUNDACIÓN DE LAS CAJAS DE AHORROS



FUNDACIÓN DE LAS CAJAS DE AHORROS

PATRONATO

JUAN R. QUINTÁS SEOANE
(Presidente)
JOSÉ MARÍA MÉNDEZ ÁLVAREZ-CEDRÓN
(Secretario)
PERE ANTONI DE DORIA LAGUNAS
JULIO FERMOSE GARCÍA
JULIO FERNÁNDEZ GAYOSO
ROBERTO LÓPEZ ABAD
JESÚS MEDINA OCAÑA
RICARD PAGÈS FONT
ANTONIO PULIDO GUTIÉRREZ
ATILANO SOTO RÁBANOS

Presidente de honor
ENRIQUE FUENTES QUINTANA (†)

PERSPECTIVAS DEL SISTEMA FINANCIERO

Director
VICTORIO VALLE SÁNCHEZ

Coordinadores
JOSÉ ANTONIO ANTÓN PÉREZ
SANTIAGO CARBÓ VALVERDE

Redactor-Jefe
FERNANDO GONZÁLEZ OLIVARES

Coordinadora de Publicaciones
M^a PILAR LÓPEZ ISARRÍA

Edita
Fundación de las Cajas de Ahorros
Caballero de Gracia, 28; 28013-Madrid

Imprime
Raíz Técnicas Gráficas, S.L.
Calle Gamonal, 19; Polígono Industrial de Vallecas
28031-Madrid

PERSPECTIVAS DEL SISTEMA FINANCIERO no se solidariza necesariamente con las opiniones, juicios y previsiones expresadas por los autores de los artículos incluidos en la publicación, ni avala los datos que éstos, bajo su responsabilidad, aportan.

Depósito legal: M. 7.461.-1993
ISSN: 1132-9564

SUMARIO

■ INTRODUCCIÓN.....	V
■ LAS FUNDACIONES EN ESPAÑA: UN BALANCE ECONÓMICO Y SOCIAL. <i>Enrique Viaña Remis</i>	1
■ SISTEMAS DE EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO ORGANIZATIVO E IMPACTO SOCIAL DE LAS FUNDACIONES. UTILIDADES DEL <i>MARKETING</i> NO LUCRATIVO. <i>Marta Rey García</i>	9
■ EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES EMPRESARIALES POR LAS FUNDACIONES (FUNDACIÓN-EMPRESA Y FUNDACIÓN CON EMPRESA): SU SIGNIFICADO EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS CAJAS DE AHORROS EN ESPAÑA. <i>José Miguel Embid Irujo</i>	29

LEGISLACIÓN

■ LEY 50/2002, DE 26 DE DICIEMBRE, DE FUNDACIONES	77
■ REAL DECRETO 1337/2005, DE 11 DE NOVIEMBRE, POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO DE FUNDACIONES DE COMPETENCIA ESTATAL	93

Introducción

La creciente importancia que la actividad de las fundaciones españolas viene teniendo en los últimos años ha impulsado la preparación de un número de *Perspectivas* en el que se abordarán algunos de los aspectos que ofrecen estas entidades y que, hasta el momento, no han sido objeto de una atención específica. Tres trabajos integran el tratamiento de tales cuestiones.

En primer lugar, el profesor **Enrique Viaña Remis**, catedrático de Economía Aplicada de la Universidad de Castilla-La Mancha, ofrece un panorama general de las fundaciones españolas. Algunas notas de su trabajo merecen especial atención. Así, ha de subrayarse la consideración de las fundaciones como algo más que una mera unidad de consumo. Frente a esta posición, ha de entenderse que son entidades básicamente productivas por la naturaleza de sus actividades.

Segundo aspecto trascendente es el del número de fundaciones existentes en nuestro país, ya que las que efectivamente tienen una vida activa sólo son una tercera parte de las oficialmente registradas. Depurar los censos, atendiendo a la realidad, sería una tarea necesaria para calibrar con ponderación la importancia de estas entidades.

Por último, el autor ofrece un importante conjunto de datos que permiten obtener una fotografía nítida de las fundaciones españolas.

Marta Rey García, directora de la Fundación Pedro Barrié de la Maza y profesora de la Universidade da Coruña, aborda un tema absolutamente novedoso en el ámbito en que nos movemos: la necesidad de evaluar las actividades desarrolladas por cada fundación y el impacto social que tales actividades tienen. Ha sido la filantropía científica, sustituta de la filantropía caritativa, la que ha puesto de manifiesto la necesidad de que la actuación de las fundaciones sea efectiva y eficiente,

que contribuya de modo real y directo a mejorar las condiciones de vida de las sociedades. Para ello, ha sido preciso buscar, para efectuar la evaluación de las fundaciones, herramientas que hayan podido sustituir al mercado como mecanismo evaluador de las empresas convencionales. La evaluación tiene para las fundaciones una especial importancia en cuanto que permite rediseñar sus actividades y fijar nuevas estrategias a la vista de los resultados obtenidos.

Por último, el tercero de los trabajos, debido al profesor **José Miguel Embid Irujo**, catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad de Valencia, aborda con profundidad un tema tradicional y siempre polémico: el ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones. Ese análisis previo le permite, en una segunda parte de su artículo, pronunciarse sobre la naturaleza y el régimen jurídico de las cajas de ahorros españolas. Partiendo del ordenamiento constitucional, que ampara la libertad de empresa y la forma en que ésta pueda desarrollarse, aborda el análisis de la legislación reguladora de las fundaciones españolas y distingue las dos posibilidades fundamentales que pueden darse en la realidad: la fundación-empresa y la fundación con empresa, según que sea la propia fundación la que realice las actividades empresariales por sí misma o interponga una sociedad que actúe en el tráfico mercantil, siendo la fundación la titular de las acciones o participaciones sociales.

El estudio general le permite abordar el análisis específico de las cajas de ahorros como fundaciones-empresa (y como fundaciones con empresa), marcando sus rasgos característicos por su condición adicional de entidades de crédito.

Como complemento de estos trabajos, se incluye la Ley estatal de Fundaciones y su reglamento, con objeto de hacer accesible a los lectores la normativa española en esta materia.

Las fundaciones en España: un balance económico y social

Enrique Viaña Remis (*)

I. INTRODUCCIÓN

El tamaño agregado de las fundaciones españolas, variable sin la que es imposible estimar ninguna otra magnitud económica o social, es un gran desconocido. Y ello a pesar de la información sobre el sector que obra en poder de las administraciones públicas. Más de una treintena de protectorados y registros, repartidos entre la Administración central y las comunidades autónomas, recaban periódica y puntualmente información de estas entidades *no lucrativas*. Sin embargo, tales obligaciones informativas, que pesan sobre la débil estructura de las mismas, no se traducen en un compromiso recíproco de las administraciones de devolver esa información a la sociedad para conocimiento general del sector.

Quizá sobre este desinterés de la Administración española por las fundaciones gravita poderosamente el concepto económico que se tiene de ellas. Nada refleja mejor dicho concepto que su consideración en la Contabilidad Nacional. Con arreglo al llamado Sistema Europeo de Cuentas, versión 1995 (SEC-95), que es el que se aplica actualmente en España, las fundaciones forman parte del sector institucional Instituciones Sin Fines de Lucro al Servicio de los Hogares (ISFLSH). La característica primordial de este sector institucional es ser el presunto protagonista, conjuntamente con los hogares propiamente dichos, del consumo privado que se realiza en la economía española. En otras palabras, y aunque no se descarta que las ISFLSH puedan realizar ciertas actividades productivas, éstas, como sucede también con los hogares, se consideran marginales. El fundamento teórico de esta visión de las ISFLSH parece radicar en el presupuesto de que ellas, como los hogares, no tienen a quien trasladar el pago del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA).

En 2004 se publicó la obra *Las cuentas de la economía social. El Tercer Sector en España* (1). Dicha obra

era el producto final de un proyecto de investigación patrocinado por la Fundación ONCE y cuyo origen se remontaba a varios años atrás. La visión del sector no lucrativo que allí se daba difería substancialmente de la incorporada a la noción de ISFLSH. Las entidades no lucrativas se concebían, de acuerdo con el enfoque teórico que predomina en el mundo anglosajón, como *empresas no lucrativas*, es decir, como entidades básicamente productivas por la naturaleza de sus actividades, y a despecho de la normativa tributaria que les hace contribuir a la recaudación de un impuesto determinado. En su consideración de este tipo de entidades, la Unión Europea parece excesivamente condicionada por la importancia financiera del IVA, hasta el punto de que dicha importancia ciega completamente sus agencias estadísticas a la realidad de un sector que produce bienes y servicios, y ésta es su principal actividad.

II. CUANTIFICACIÓN DEL SECTOR FUNDACIONAL EN ESPAÑA

La *Encuesta a directivos de entidades, FONCE-2001*, realizada por la empresa TSN-Demoscopia mediante un extenso trabajo de campo entre diciembre de 2001 y enero de 2003, que proporcionó la base empírica al proyecto de investigación mencionado antes, puso de relieve la existencia de 7.150 fundaciones registradas en los diversos protectorados y directorios españoles a fecha 31 de diciembre de 2001 (2). El desglose por comunidades autónomas aparece reflejado en el cuadro núm. 1.

El problema que suscita la lectura de este cuadro es estimar el número de entidades activas y el de entidades que tan sólo existen en los registros. Con arreglo a técnicas de muestreo de general aceptación y los correspondientes índices de respuesta obtenidos por TSN-Demoscopia, los investigadores del Proyecto FONCE estimaron en 2001 que dos tercios de las fundaciones

CUADRO NÚM. 1
CENSO DE FUNDACIONES

	2001
Andalucía	828
Aragón.....	237
Asturias	74
Baleares	146
Canarias	163
Cantabria.....	213
Castilla-La Mancha	220
Castilla y León.....	330
Cataluña.....	1.646
Comunidad Valenciana	466
Extremadura.....	138
Galicia	474
Madrid	1.556
Murcia	103
Navarra.....	144
País Vasco.....	362
Rioja (La)	44
Ceuta y Melilla.....	6
Total	7.150

Fuente: TSN-Demoscopia.

registradas (4.660 de 7.150) eran inexistentes, o su nivel de actividad era insignificante (3). La causa de su aparición en los registros radicaría en que la mayoría de directorios tienen carácter *histórico*; por lo general, las entidades no son eliminadas de ellos más que cuando expresamente se dan de baja. Pero muchas entidades dejan virtualmente de existir, aunque nunca

lo comunican. Estas entidades continúan existiendo en la *estadística*, aunque, evidentemente, no en la realidad (cuadro núm. 2).

Así pues, si las estimaciones del Proyecto FONCE son correctas, el número de fundaciones *activas* en 2001 ascendía a 2.490; de ellas, 2.163 tenían empleados remunerados, mientras que las 327 restantes carecían de ellos y funcionaban estrictamente por medio de voluntarios. Algo más de la mitad de las fundaciones con empleo remunerado también disfrutaban del apoyo de voluntarios, con lo que casi tres de cada cinco fundaciones activas contaban con ellos. Aproximadamente, 45.000 personas trabajaban como voluntarios para el sector fundacional español. Aunque lejos de los casi cuatro millones de voluntarios que prestaban su apoyo al sector asociativo, esta participación de las fundaciones en la oferta de oportunidades para el voluntariado es una contribución adicional a la *sociedad del bienestar* en España.

III. ACTIVIDAD PRODUCTIVA

Tanto desde el punto de vista de la oferta como desde el de la demanda, existen razones para admitir que la producción de bienes y servicios, y no el consumo de éstos, como no sea con propósitos productivos, es la finalidad fundamental de las fundaciones. Por el lado de la oferta, Hansmann (4) ha mostrado que la *empresa no lucrativa* puede ser una alternativa a la empresa lucrativa cuando se dan ciertas condiciones en los costes de

CUADRO NÚM. 2
DATOS BÁSICOS DEL SECTOR FUNDACIONAL, 2001

Fundaciones activas con empleo remunerado:	
Número de entidades	2.163
Número de empleados remunerados	85.835
Número equivalente de empleos a jornada completa.....	74.934
Número de entidades con voluntarios	1.103
Número de voluntarios	41.865
Número equivalente de empleos a jornada completa.....	4.817
Número de entidades sin voluntarios.....	1.060
Fundaciones activas sin empleo remunerado:	
Número de entidades	327
Número de voluntarios	2.587
Número equivalente de empleados a jornada completa.....	298
Fundaciones activas:	
Número de entidades	2.490
Número de empleados	85.835
Número de voluntarios	44.452
Número equivalente de empleos a jornada completa.....	80.049
Entidades sin actividad	4.660
Total entidades registradas.....	7.150

Fuente: J. L. García Delgado, *Las cuentas de la economía social. El Tercer Sector en España*.

transacción que redundan en una insuperable asimetría informativa, como cuando quien paga un determinado bien o servicio y quien disfruta de él son personas distintas. Por el lado de la demanda, Weisbrod (5) ha mostrado que existe un incentivo para la producción de bienes y servicios de los que no disfruta (o no solo disfruta) quien paga por ellos cuando algunas personas desean contribuir al bienestar general con un importe superior a los impuestos que pagan. Estas dos aportaciones enmarcan el enfoque teórico adoptado por el Proyecto FONCE.

Las *empresas no lucrativas*, de las que las fundaciones constituyen un tipo característico, emplean tres factores productivos: capital (obtenido de la dotación fundacional y de posteriores donaciones), trabajo remunerado y trabajo voluntario. La combinación de esos tres factores da origen a la producción de estas entidades. Con frecuencia, los tres factores, o dos de ellos, aparecen juntos conformando un factor mixto, que predomina en las fundaciones de carácter familiar.

Sólo una parte de la producción de las *empresas no lucrativas* da lugar a ingresos de mercado (6). La mayor parte de sus actividades está constituida por actividades por las que la entidad no cobra. ¿Cómo valorar en tal caso su producción? ¿Cómo valorar la producción agregada de un sector en el que el cobro por la entrega de bienes y/o la prestación de servicios es la excepción y no la regla general?

Como en todo problema de estimación dentro de la Contabilidad Nacional, hay para resolverlo dos enfoques admitidos. El primero, o enfoque de la demanda, consistiría en estimar la producción de bienes públicos que la producción de la *empresa no lucrativa* sustituye. Por ejemplo, si una Fundación gestiona un museo, la entrada al cual supóngase, para simplificar, que es gratuita, para valorar su producción habría que estimar los impuestos que se ahorra el contribuyente por el hecho de que el museo es privado (aunque gratuito) y no público. Básicamente, aquí se está suponiendo que las *empresas no lucrativas* sustituyen, al menos parcialmente, al sector público, lo que en la literatura se conoce como la conversión del Estado del bienestar en *sociedad del bienestar*.

El problema que presenta el enfoque de la demanda aplicado a la estimación del valor de la producción del sector no lucrativo estriba en que, en el caso español, el propio sector no lucrativo está fuertemente subvencionado (aunque no tanto en el caso de las fundaciones como en el de las asociaciones). Esta situación podría describirse como que la sociedad española se ha vuelto en los últimos años extremadamente generosa con su tiempo, y de ahí el importante número de voluntarios; aunque no lo es tanto con su dinero, lo que obliga a que

el sector público tenga que subvencionar los costes pecuniarios inherentes a la actividad de ese voluntariado. De ahí la casilla que acompaña a la declaración del IRPF, entre otras muchas medidas de apoyo.

Así las cosas, la estimación del valor agregado de la producción con arreglo al enfoque de la demanda adolece de serios problemas de aplicación. ¿Habría que calcular el importe de los impuestos ahorrados por la realización directa de actividades no lucrativas, *netos* de subvenciones pagadas al sector? Da la impresión de que, de ese modo, se infravaloraría su contribución productiva.

El enfoque de la oferta estima el valor de la producción con arreglo a la aportación de los factores productivos, a saber, capital, trabajo remunerado y trabajo sin remunerar (voluntario). Este enfoque suele conocerse como *valoración a coste de factores*, y se utiliza, por ejemplo, para valorar la producción de bienes y servicios públicos no destinados a la venta. En el caso del sector no lucrativo en general, y de las fundaciones en particular, el problema radica en que el coste de los factores tan sólo es explícito en el caso de la remuneración de asalariados; tanto para el capital fundacional (y posteriores donaciones) como para el trabajo voluntario, el coste de factores únicamente existe como *coste oportunidad de la filantropía*. Así, el capital fundacional tiene como coste de oportunidad la rentabilidad que podría estar obteniendo en empleos alternativos. De la misma forma, el trabajo voluntario tiene como coste de oportunidad la utilidad que el individuo podría estar obteniendo del mejor empleo alternativo de su tiempo de ocio. La estimación de ambos costes de oportunidad presenta diversos problemas prácticos, que el Proyecto FONCE trató de resolver de forma razonable a la luz de la información disponible.

Concretamente, el coste de oportunidad del capital fundacional se estimó calculando los intereses que los donantes podrían haber obtenido de su inversión en activos financieros de mínimo riesgo, lo cual constituye, a la vez, el coste que la *empresa no lucrativa* se ahorró por emplear recursos procedentes de donación en vez de capitales ajenos. Por su parte, el coste de oportunidad del trabajo voluntario se estimó, previa traducción de su cuantía en empleo equivalente remunerado a jornada completa, calculando el ahorro en costes laborales de que se beneficia la *empresa no lucrativa* por emplear trabajo voluntario en lugar de trabajo remunerado; en otras palabras, se supuso que el mejor empleo alternativo del tiempo de ocio de los voluntarios habría sido el empleo remunerado en el propio sector no lucrativo.

La contrapartida contable de estos dos recursos *no pagados* por la entidad no lucrativa, respectivamente el capital en forma de donaciones y el trabajo voluntario, resulta ser un valor añadido *excedente*, esto es, que

supera al valor de los factores remunerados. El Proyecto FONCE dio en llamar *excedente social* a este sobrevalor neto, por su naturaleza enteramente comparable al excedente de explotación de las empresas lucrativas. El calificativo de «social» hace alusión al hecho de que no son los propietarios de los factores productivos quienes se apropian de dicho excedente en forma de dividendos (por ejemplo), sino que se traduce en un mayor valor de las transferencias sociales en especie, que son el objeto primordial de la mayor parte de las actividades de las entidades no lucrativas.

El cuadro núm. 3 recoge, de forma simplificada, la cuenta satélite de las Fundaciones españolas para 2001, elaborada en el marco del Proyecto FONCE con ayuda de la *Encuesta a directivos de entidades, FONCE-2001*. En dicho cuadro destaca la rúbrica de transferencias sociales en especie, próxima a 2.400 millones de euros, importe estimado de la contribución de las fundaciones en bienes y servicios no destinados a la venta, que, en definitiva, vienen a enriquecer a la *sociedad del bienestar*.

También sobresale la última rúbrica, que registra una capacidad de financiación del sector fundacional de

49 millones de euros. Esto se considera un indudable signo de salud financiera, sobre todo en comparación con el voluminoso déficit que el Proyecto sacó a la luz en el caso de las asociaciones. Lo modesto del superávit financiero de las fundaciones muestra una virtud añadida: no sólo están éstas lo suficientemente bien gestionadas como para no necesitar endeudarse, sino que, además, el superávit que generan es pequeño porque los recursos a ellas confiados se emplean en aquello en lo que deben emplearse: generar transferencias sociales en especie en beneficio de la *sociedad del bienestar*.

En el cuadro núm. 4 se constata que el tamaño relativo del sector fundacional se mueve en dos órdenes de magnitud muy diferentes. Por un lado, el sector representa algo así como medio punto porcentual de la economía española en términos de empleo y masa salarial, con ésta en un nivel ligeramente inferior que denota una remuneración per cápita que resulta ser más reducida. Por otro, tanto en valor añadido bruto como en excedente empresarial, el sector apenas representa un cuarto de punto porcentual de la economía española, lo que parece revelar menor productividad del primero comparativamente a la segunda.

CUADRO NÚM. 3
CUENTA SATÉLITE DE LAS FUNDACIONES ESPAÑOLAS, 2001
(Millones de euros)

Recursos	6.576
Producción de bienes y servicios.....	4.326
— Producción de mercado.....	1.714
— Otra producción no de mercado.....	2.612
Rentas de la propiedad.....	36
Transferencias corrientes diversas.....	2.214
Empleos	6.527
Consumos intermedios.....	2.629
Remuneración de los asalariados.....	1.398
Rentas de la propiedad.....	18
Impuestos sobre la renta, el patrimonio, etcétera.....	16
Prestaciones sociales distintas de transferencias sociales en especie.....	34
Transferencias corrientes diversas.....	1
Transferencias sociales en especie.....	2.391
Formación bruta de capital fijo.....	38
— Consumo de capital fijo.....	25
Adquisiciones/cesiones de activos no financieros no producidos.....	3
Saldos contables (R-E):	
Valor añadido bruto.....	1.697
Excedente.....	299
— Bruto de explotación.....	221
— Social.....	78
Renta disponible bruta.....	2.480
Ahorro bruto.....	90
Variaciones del patrimonio neto debidas al ahorro y las transferencias de capital.....	65
Capacidad (+) o necesidad (-) de financiación	49

Fuente: Proyecto FONCE.

CUADRO NÚM. 4

RESUMEN DE FUNDACIONES EN ESPAÑA, 2001

CONCEPTOS	FUNDACIONES (1)	TOTAL ECONOMÍA ESPAÑOLA (2)	(1)/(2) PORCENTAJE
Entidades:.....	2.490	2.645.317	0,094
— Con asalariados.....	2.163	1.236.525	0,175
— Sin asalariados.....	327	1.408.792	0,023
Asalariados.....	85.835	13.612.400	0,631
Empleo asalariado equivalente.....	74.934	13.021.700	0,575
Empleo equivalente (con voluntarios).....	80.049	13.480.854	0,594
Remuneración de asalariados (millones de euros).....	1.398	327.045	0,427
Excedente bruto de explotación y social (millones de euros) .	299	159.113	0,188
Valor añadido bruto (millones de euros).....	1.697	658.162	0,258

Fuente: DIRCE, EPA, Contabilidad Nacional y Proyecto FONCE.

IV. OTROS INDICADORES SOCIO-ECONÓMICOS

El Proyecto FONCE ha evidenciado otros aspectos de las fundaciones que ayudan a completar su imagen.

Así, las fundaciones españolas son entidades relativamente jóvenes, en promedio. La media de antigüedad es 18,6 años y la mediana es 9 años; esto significa que más de la mitad tienen menos de diez años. En cuanto al tamaño, medido en número de empleos remunerados, resulta ser de 40 para las que tienen ese empleo y 34 para todas las fundaciones, lo que son números relativamente elevados; de ahí que el peso del sector fundacional sea mayor en empleo que en número de empresas.

En cuanto al ámbito de actuación, el 28 por 100 declaran actuar en el ámbito provincial o inferior, el 32 por 100 en el ámbito autonómico, el 19 por 100 en el ámbito nacional y el 21 por 100 en el internacional. La actividad más frecuente es servicios sociales (40 por 100), seguida de educación e investigación (25 por 100) y cultura, deporte y ocio (23 por 100); todas las demás tienen porcentajes inferiores al 3 por 100. El 63 por 100 declara que su misión es prestar servicios; un 9 por 100 declara que garantizar valores, y otro porcentaje similar, que dar información; las restantes misiones reconocidas en las fundaciones tienen porcentajes del 5 o inferiores. En particular, la misión de aportar innovaciones tan sólo es declarada por el 5 por 100, lo que es una cifra excesivamente baja para una sociedad moderna que pretende impulsar las nuevas tecnologías. El 52 por 100 afirma que su población-objetivo es el conjunto de la población; el 27 por 100, la juventud; el 16 por 100, los discapacitados; el 14 por 100 la infancia, y otro 14 por 100 la mujer.

Casi tres de cada cinco fundaciones (59 por 100) mantienen relaciones con administraciones públicas que se traducen en subvenciones recibidas de alguna de ellas. Poco más de una de cada cuatro fundaciones

(26 por 100) declara no mantener ninguna relación económica con el sector público. Por ámbito de Administración, el 39 por 100 se relacionan con comunidades autónomas, el 21 por 100 con ayuntamientos, el 18 por 100 con la Administración central, el 16 por 100 con diputaciones provinciales y el 9 por 100 con la Unión Europea. Estos datos parecen de gran interés. De corroborarse, vendrían a confirmar que las fundaciones españolas, casi en bloque, están sustituyendo de forma parcial al sector público, sobre todo en los ámbitos autonómico y local.

Una función que parece insuficientemente desarrollada entre las fundaciones españolas es la *capitalista*, es decir, la promoción empresarial mediante el mantenimiento de paquetes accionariales de sociedades mercantiles. Sólo el 12 por 100 desarrolla esa actividad, que alcanza porcentajes más importantes que los países del Norte de Europa. De igual forma, sólo una cuarta parte de las fundaciones españolas mantiene convenios, contratos u otras formas de colaboración con, y/o recibe subvenciones de, empresas lucrativas.

Entre los datos sociolaborales, destaca el elevado empleo femenino en el sector fundacional: 61 por 100 de los asalariados del sector, frente al 39 por 100 de la economía española. También, el alto porcentaje de titulados universitarios: 51 por 100 frente a 29 por 100 del registro nacional. Dado que el porcentaje de empleados con estudios primarios o sin titulación específica es prácticamente el mismo en ambos ámbitos (24 por 100 en las fundaciones frente a 23 por 100 en la economía española), se desprende la conclusión de que empleos que en otras actividades son ocupados por personal con estudios medios en las fundaciones los desempeñan universitarios, lo que es un importante dato sobre la formación de su fuerza de trabajo.

Por lo que respecta a las modalidades de contratación laboral, sobresale la proporción de empleos fijos

(78 por 100) frente a temporales (22 por 100) en las fundaciones en comparación con la economía española (68 y 32 por 100, respectivamente). También destaca el peso relativo de los contratos a tiempo parcial (25 por 100), tres veces superior al que alcanzan en el conjunto nacional (8 por 100). Muy probablemente, esta nota está relacionada con la importancia del empleo femenino en el sector fundacional.

Un indicador de eficiencia podría ser la distribución del empleo asalariado de las fundaciones por tipo de puesto de trabajo. Así, el 51 por 100 de los puestos de trabajo están asignados a servicios centrales, el 44 por 100 al desarrollo de proyectos y el 5 por 100 restante a otras tareas. De lo que resulta que menos de 50 céntimos de cada euro donado se traduce directamente en servicios para los beneficiarios. Éste parece un indicador que debería mejorar.

En cuanto a niveles retributivos, el salario medio de las fundaciones, que no llegaba en 2001 a 15.000 euros anuales, estaba entonces por debajo del salario medio nacional y del salario medio del sector servicios. Sin embargo, la importancia del trabajo a tiempo parcial obligaría a matizar la comparación, de la misma forma que el predominio de titulados universitarios entre los asalariados la agravaría. Dentro del sector fundacional, los empleados mejor pagados son los que trabajan en fundaciones de carácter profesional, empresarial o de sindicatos; les siguen las que tienen por actividad la cultura, el deporte y el ocio; luego van las educativas o dedicadas a la investigación, y sigue el resto. Los de la actividad que paga menos —desarrollo comunitario y vivienda— cobran la cuarta parte de los que cobran más, lo cual parece indicativo de que la contratación a tiempo parcial tampoco se reparte uniformemente.

Cuando de los asalariados se pasa a los voluntarios, las mujeres también predominan sobre los varones (54 frente a 46 por 100). El tramo de edades más frecuente es de 25 a 45 años (46 por 100), seguido de 45 a 65 años (30 por 100). La mitad de ellos son titulados superiores, mientras que la mitad restante se reparte, a partes casi iguales, entre titulados medios y con estudios primarios. Estos dos rasgos del voluntariado, que encuentran una estrecha correspondencia con la distribución del empleo remunerado, parece dar fuerza a la hipótesis de que quienes tienen un empleo remunerado en las fundaciones han sido extraídos de entre quienes trabajaban voluntariamente para ellas; al menos, en su mayor número.

En cambio, los voluntarios se dedican en más elevada proporción a la ejecución de proyectos (61 por 100) que a apoyar los servicios centrales (31 por 100). Quizá pueda deducirse de esto la existencia de cierta división del trabajo entre asalariados y voluntarios en las fundaciones, según la cual los primeros tienden a especiali-

zarse en la organización del trabajo de los segundos. (Esta conclusión, muy provisional, deberá, como otras muchas de este mismo artículo, someterse a reconsideración durante la fase II del Proyecto FONCE.)

Entre los directivos de las fundaciones predominan los titulados en Derecho, Economía, y Administración y Dirección de Empresas (casi 40 por 100) y en otras Ciencias Sociales (20 por 100). Los ingenieros se quedan en un muy modesto 10 por 100.

V. CONCLUSIONES

El resumen de actividades económicas y sociolaborales de las fundaciones españolas permite caracterizarlas, en su conjunto, como un sector productivo bien definido, con cerca de 2.500 entidades activas que ofrecen bienes y servicios (en su mayor parte) no destinados a la venta y sustitutivos de la producción del sector público, emplean casi 86.000 trabajadores asalariados y reciben el apoyo de 45.000 voluntarios. La fundación, *de promedio*, tiene menos de veinte años de antigüedad y probablemente ha surgido para cubrir necesidades sociales, educativas o culturales relacionadas con el desarrollo de las administraciones autonómicas y/o locales.

En términos de macromagnitudes, el sector fundacional representa medio punto porcentual del empleo agregado y un cuarto de punto del PIB español. Su principal aportación al bienestar se traduce en la producción de casi 2.400 millones de euros de transferencias sociales en especie, lo que representa el 3,5 por 100 de las transferencias sociales en especie realizadas por las administraciones públicas en 2001. El sector parece razonablemente bien administrado, a la luz del modesto superávit financiero que muestra su cuenta satélite.

Las fundaciones han realizado su contribución particular a la modernización de la sociedad española dentro de los límites de sus modestas dimensiones. Emplean más mujeres que varones, lo que constituye una notable excepción entre los sectores productivos; también ofrecen más empleo fijo y más a tiempo parcial que las demás actividades. Es lo que podría denominarse un sector *ilustrado*: en sus plantillas, los titulados universitarios son mayoría. Sus empleados también participan de los intereses *filantrópicos* del sector, a juzgar por el nivel comparativo de sus remuneraciones. Esto configuraría un factor mixto de trabajo remunerado y trabajo voluntario que contrasta con el factor mixto de capital fundacional y trabajo voluntario que predomina en las fundaciones familiares que carecen de personal remunerado. Son precisamente las fundaciones familiares sin empleo remunerado la parte del sector a la que, con toda probabilidad, se ha hecho menos justicia en este estudio.

NOTAS

(*) El autor desea hacer constar que el profesor Juan Carlos Jiménez, de la Universidad de Alcalá de Henares, ha contribuido tanto como él mismo a la producción de los datos que aquí se hacen públicos. La doctora Ángela Triguero Cano, doña Beatriz Calderón Milán y don Miguel Ángel Alarcón Conde, todos de la Universidad de Castilla-La Mancha, también han participado activamente en esta parte de la investigación general sobre el Tercer Sector dirigida por el profesor José Luis García Delgado y patrocinada por la Fundación ONCE para Personas Discapacitadas.

(1) J. L. GARCÍA DELGADO (dir.), *Las cuentas de la economía social. El Tercer Sector en España*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

(2) A 31 de diciembre de 2005, CIRIEC-España ha levantado un nuevo censo de fundaciones para la Fase II del Proyecto FONCE, totalizando 7.907 entidades, aunque los resultados son demasiado provisionales para detallarlos aquí.

(3) Esta conclusión se extrajo de los hechos, de acuerdo con los técnicos de Demoscopia. Ésta hizo visitar por un entrevistador el domicilio social de cada entidad de la muestra, declarado en el correspondiente registro. Si no se encontraba rastro de ella y nadie en el vecindario daba razón de su localización actual, se realizaba una búsqueda exhaustiva en las páginas blancas y en Internet. Si tampoco esta búsqueda daba resultados, la inferencia más razonable pareció a todos que la entidad presentaba una alta probabilidad de no existir más que sobre el papel.

Esta inferencia fue contestada en The 5th EFC Summer Academy on Philanthropy: *Managing Change in Foundations: Strategic Shifts in a Complex Environment*, organizado por el European Foundation Centre y la Fundación Pedro Barrié de la Maza en Vigo, del 30 de agosto al 1º de septiembre de 2006. En el debate tras la lección inaugural, impartida por el autor de estas líneas bajo el título «An Overview of the Spanish Foundation Sector», los representantes de las

fundaciones europeas allí reunidos pusieron de manifiesto dos hechos de gran interés para el Proyecto FONCE. En primer lugar, que una investigación como ésta es pionera en Europa; segundo, que el número de fundaciones españolas sin empleos remunerados les parecía excesivamente bajo para el total de entidades activas estimadas. En opinión de la gran mayoría de los presentes, las fundaciones familiares que utilizan un factor mixto de capital fundacional y trabajo voluntario, en la terminología propuesta más abajo, deberían superar claramente al número de fundaciones con empleo asalariado. Al menos, así parece ocurrir en toda Europa. Tal observación obligará a ser mucho más cuidadosos en la estimación de la proporción de entidades activas e inactivas en la Fase II del Proyecto FONCE. En todo caso, de ser aplicable a España indicaría que los resultados de la Fase I subestimaron la importancia económica del sector fundacional en la cuantía de la actividad de las fundaciones familiares indebidamente descartadas como «inactivas».

(4) Principalmente, en H. HANSMANN, «The role of the nonprofit enterprise», *Yale Law Journal*, 89, 1980:835-901, y H. HANSMANN, «Economic theories of the nonprofit sector», en W. POWELL (ed.), *The Nonprofit Sector*, Nueva York: Yale University Press, 1987: 27-42.

(5) B. A. WEISBROD, *The Nonprofit Economy*, Cambridge (Massachusetts, EE.UU.), Harvard University Press, 1988.

(6) Un ejemplo muy significativo es la Fundación estadounidense Johns Hopkins, que gestiona una Universidad y un hospital de avanzadas tecnologías, ambos en la ciudad de Baltimore. La entidad cobra por todos los servicios que presta en sus dos establecimientos, pero revierte los beneficios en su totalidad a la mejora de la calidad de dichos servicios y a otras obras sociales. Una de ellas es el estudio más notable que se ha hecho hasta la fecha sobre el sector no lucrativo a escala internacional. Véase L. M. SALAMON y H. K. ANHEIER, *Defining the Nonprofit Sector. A Cross-National Analysis*, Manchester (Reino Unido), Manchester University Press, 1997; por lo que se refiere a España, J. I. RUIZ-OLABUÉNAGA, *El sector no lucrativo en España*, Madrid: Fundación BBV, 2000.

Sistemas de evaluación del desempeño organizativo e impacto social de las fundaciones. Utilidades del *marketing* no lucrativo

Marta Rey García

I. INTRODUCCIÓN: LA EVALUACIÓN EN CONTEXTO

La conveniencia de medir el desempeño organizativo y el impacto social de las fundaciones con el objeto de mejorar el grado de cumplimiento de su misión y objetivos, y las fórmulas alternativas para conseguirlo, se han convertido durante los últimos años en el tema más reiterado en los foros profesionales y académicos relacionados con el mundo fundacional, a la par que las cuestiones de la transparencia y la *accountability* (que traduciremos como responsabilidad) de las fundaciones (1). Existe un amplio consenso en el sector acerca de la necesidad de evaluar (medir para mejorar), y existe además una casuística relativamente amplia de experiencias de evaluación e indicadores utilizados. A pesar de este sostenido interés, del consenso sectorial y del repertorio de indicadores citados, la evaluación sistemática dista de haber sido implementada en el día a día de la gestión de la mayoría de las fundaciones europeas y, en el caso de las estadounidenses, se aplica en mayor medida, pero de manera desigual (Bertelsmann, 2001; Ostrower 2004) (2).

Evaluación, transparencia y responsabilidad son, además de objetos de debate simultáneo, conceptos interrelacionados. Existe sin embargo una diferencia significativa entre una y otras preocupaciones. Mientras que el debate acerca de la transparencia y de la responsabilidad se formula a finales del siglo XX, la necesidad de evaluar, o al menos de medir, el trabajo de las fundaciones arranca con el amanecer del modelo de filantropía científica abanderado por los barones del capitalismo industrial un siglo antes. Las iniciativas filantrópicas de los Rockefeller, Carnegie y Rowntree en los Estados Unidos y en la Gran Bretaña de los albores del siglo XX nacieron con el deseo de dejar atrás la «vieja» filantropía caritativa con su enfoque sintomático de los problemas

sociales, y su resolución paliativa e irreflexiva de éstos, para adoptar, en cambio, un modelo de reflexión profunda sobre las raíces de dichos problemas al objeto de resolverlos con una aproximación factual y mensurable propia de la gestión empresarial (Anheier y Leat, 2006).

El debate acerca de la transparencia y de la responsabilidad surge en el seno de una economía y de una sociedad de la información globalizadas, donde los consumidores son cada vez más exigentes y la información fluye a bajo coste y en tiempo real. Por un lado, la reputación de las organizaciones es mucho más vulnerable y, por otro, la dificultad para obtener un posicionamiento diferenciado en un mercado altamente competitivo en precios y calidades es mucho mayor. En este contexto, las organizaciones recurren cada vez más a la diferenciación basada en servicios y en intangibles (reputación, experiencias, valores), de ahí el auge, a pesar de las voces críticas, de fenómenos como la responsabilidad social corporativa. Este nuevo entorno tiene su reflejo en la literatura de *management* de finales del siglo XX, en la que se imponen la visión sistémica de las organizaciones, la teoría de los *stakeholders* y la extensión del concepto de sostenibilidad a la actividad empresarial (Ricart *et al.*, 2005).

En este paradigma, las entidades privadas, tanto lucrativas —empresas— como no lucrativas —fundaciones, asociaciones de utilidad pública y el conjunto vulgarmente denominado como ONG—, son responsables ante la sociedad en su conjunto y ante las comunidades en las que operan y, más en concreto, «rinden cuentas» ante una serie de *stakeholders* o grupos de interés, de los que dependen mutuamente. En el caso de las empresas estos *stakeholders* incluyen, por ejemplo, a los poderes ejecutivo y legislativo, a las entidades supervisoras, a sus propietarios/accionistas, a los

medios de comunicación y a la opinión pública, a sus clientes, proveedores y empleados. En el caso de las entidades no lucrativas los propietarios/accionistas son reemplazados por los patronos para las fundaciones y los socios para las asociaciones. Las estrategias de sostenibilidad basadas en las relaciones mutuamente beneficiosas entre la organización y los *stakeholders* son ahora fuente de ventaja competitiva. La transparencia, la responsabilidad y, en general, el buen gobierno son conceptos que ponen de manifiesto la aparición de preocupaciones éticas en las organizaciones en respuesta a este nuevo contexto competitivo (3).

El interés de las empresas por el bien común ha sido recibido en no pocas ocasiones con escepticismo, al ser interpretado como una pose más estética que ética, e incluso ha sido abiertamente rechazado recogiendo las ideas de Milton Friedman de que la única responsabilidad social de las empresas debería consistir en incrementar sus beneficios, y de que los directivos no deberían gastar el dinero de los accionistas en acciones de RSC de su elección alegando difusos beneficios de imagen (4). Esto ha llevado a algún autor a concluir que la prueba del algodón para distinguir la «buena filantropía corporativa» consiste en comprobar si la mejora social deseada es tan beneficiosa para la empresa como para que la organización la persiga aunque nadie tenga conocimiento de ello (Porter y Kramer, 2002).

Tanto en el caso de las empresas como en el de las fundaciones, ha habido distintas aproximaciones a este debate. Algunas han hecho propios los conceptos de transparencia y de responsabilidad de manera proactiva, otras los han adoptado en respuesta a la repercusión de escándalos empresariales de ámbito transnacional o a situaciones de crisis específicas. El debate se ha visto espoleado en el seno del Tercer Sector en los Estados Unidos, de financiación esencialmente privada, al conjugarse la cobertura mediática de casos de mala gestión con sospechas de financiación de grupos cercanos al terrorismo internacional, amplificadas por circunstancias como el 11-S (Rey, 2004b). Los últimos años del siglo XX han sido testigos además de un cuestionamiento de la labor de las fundaciones tradicionales, es decir, patrimoniales a perpetuidad, tanto desde los medios de comunicación como desde el poder legislativo, que ha debatido propuestas para aumentar el porcentaje de activos que deben dedicar a gasto corriente cada año si quieren conservar su tratamiento fiscal diferencial (Silverman, 2004). En Europa, al estar su *independent sector* fuertemente subvencionado por las administraciones públicas, el debate acerca de la transparencia y la responsabilidad se ha extendido al ámbito del control de los usos de fondos públicos.

De vuelta al contexto del debate, nos encontramos con que entidades de los tres sectores —público, pri-

vado empresarial y privado no lucrativo— compiten y cooperan entre sí, e interactúan con sus respectivos grupos de interés. El patrón resultante se asemeja a una red donde las fronteras sectoriales se han desdibujado, hasta el punto de que las empresas asumen iniciativas de interés general en el marco de su estrategia maximizadora de beneficios (responsabilidad social corporativa —mal llamada «filantropía corporativa»— y otros conceptos relacionados como compromiso comunitario, acción social, etc.), y las entidades no lucrativas asumen tácticas empresariales para maximizar sus ingresos y mejorar sus sistemas de gestión (Dees, 1998). El mercado del interés general o el beneficio social se amplía además con la entrada de millonarios de la nueva economía, preocupados por conseguir un impacto filantrópico mensurable y que adoptan en muchos casos la *venture philanthropy* como modelo de gestión (5).

El argumento de que tanto la responsabilidad social de las empresas como la labor puramente filantrópica no sólo pueden, sino que deben, medirse y evaluarse es pues connatural a este acusado proceso de mercantilización del ámbito de los fines de interés general. Así se pone de manifiesto en la terminología específica de la responsabilidad social corporativa (RSC), que utiliza expresiones como *triple bottom line* para hacer explícita su intención de cuantificar, a modo de documento de corte económico o contable, los resultados sociales o medioambientales de la actividad empresarial. Otro tanto podríamos decir del movimiento de la *venture philanthropy*, nacido en Estados Unidos al calor de las expectativas de una nueva generación de jóvenes (ex) empresarios provenientes, en su mayoría, del sector de nuevas tecnologías.

Los promotores de lo que podríamos traducir como «filantropía del emprendimiento» no están dispuestos a gestionar sus recursos para fines de interés general en la distancia, a través de burocracias y de relaciones de dependencia que se autoperpetúan. Buscan proyectos con los que comprometerse con una masa crítica de recursos financieros, pero también con su *know how* como empresarios (*coaching*, contactos, asesoramiento estratégico o en otras áreas de gestión), y ejercen una gestión micro sobre las entidades beneficiarias. Entran buscando el riesgo y la innovación, exigen y miden avances cuantitativos durante el proyecto y fijan de antemano una estrategia de salida, una vez la entidad beneficiaria ha reforzado sus capacidades organizativas. Se trata, por tanto, de una extrapolación del modelo de capital riesgo al mundo de la filantropía, donde los beneficiarios se convierten en emprendedores sociales y los filántropos en «inversores». Este paradigma ha tenido desarrollo significativo durante las últimas dos décadas en los Estados Unidos, donde ha influido sobre las fundaciones tradicionales fomentando su preocupación por el impacto mensurable de su

actividad (Letts *et al.*, 1999). Sin embargo, ha disfrutado de menor éxito fuera, siendo su aplicación más renombrada internacionalmente Ashoka, como entidad global que apoya a emprendedores sociales a escala local (6). Los riesgos de este modelo son un diagnóstico sintomático o asistémico de los problemas sociales y la falta de paciencia para afrontarlos, pues éstos exigen en su complejidad resolverse en el medio y largo plazo (Tayart de Borms, 2005) (7).

La actividad en pro de fines de interés general se mercantiliza así por partida triple —responsabilidad social de las empresas, nuevos filántropos y entidades no lucrativas que adoptan tácticas empresariales—, redundando en la creciente implantación de prácticas de medición del desempeño organizativo y del impacto social con el objeto de mejorar los sistemas de gestión (evaluación). Por otro lado, la complejidad y la percepción sistémica del entorno hace a las fundaciones humildes al recordarles que sus recursos económicos serán siempre escasos en relación con la magnitud de los problemas sociales que pretenden abordar y en comparación con los del sector público. La capacidad de las fundaciones para incidir sobre ese entorno dependerá de la claridad, enfoque y acierto de su estrategia, de la eficiencia y eficacia de su gestión, y de la medida en que consigan posicionarse de manera diferencial y reputada para ganarse la colaboración de los mejores *partners* en el cumplimiento de esos objetivos estratégicos (Meffert, 2005; Rey, 2007). Los recursos de una fundación se verán multiplicados si consigue seleccionar a los mejores destinatarios, atraer a otros financiadores, mejorar la eficiencia y la eficacia de las organizaciones y programas financiados, y avanzar el estado de conocimiento y práctica en un campo concreto (Porter y Kramer, 1999). Conseguir estos objetivos requiere de planificación y evaluación.

II. LA PREOCUPACIÓN POR LA EVALUACIÓN EN LA FILANTROPÍA CIENTÍFICA

La preocupación por medir el trabajo de las fundaciones arranca a finales del siglo XIX con la irrupción de la filantropía científica, en la que confluyen metodologías propias de la ingeniería social con prácticas de gestión empresarial. Este paradigma sustituye al de la filantropía caritativa, que no precisaba de medición y evaluación al tratarse de un modelo autojustificativo. El mecenazgo de los patricios romanos con poetas o artistas, la beneficencia de inspiración cristiana en la Europa anterior a la Ilustración e incluso la filantropía «de las Luces» privada y no confesional de la Europa liberal del XIX eran esencialmente necesarias y buenas (Rey, 2004a). La filantropía científica, desde el punto y hora en que importa enfoques del modelo de producción típico de la industrialización, introduce ya una preocupa-

ción primordial por la eficiencia en términos de procesos internos (productividad, especialización, etc.). Se manejan por vez primera una serie de ideas vinculadas a la filantropía estratégica en general y a la evaluación como uno de sus componentes característicos en particular: la mensurabilidad de los objetivos filantrópicos, el reparto de tareas y la especialización, la utilidad de técnicas de gestión empresarial, la necesidad de hacer una reflexión analítica y diagnóstica antes de intervenir filantrópicamente, y la preocupación por las consecuencias no queridas de la acción filantrópica no planificada. Estos desarrollos no son ajenos a la progresiva asunción, por parte del Estado, de la provisión de ciertos servicios sociales, desplazando así a las fundaciones hacia un rol de complementariedad que impulsa la necesidad de justificar de manera objetiva y externa su labor (Anheier y Leat, 2006).

Así, en 1889, el industrialista y filántropo escocés Andrew Carnegie deplora la «caridad indiscriminada» e impulsiva por infligir más daño del que resuelve al generar dinámicas de dependencia, y propugna la introducción de dosis de reflexión y competitividad en la acción filantrópica. Se trata de «ayudar a aquéllos que se ayudan a sí mismos; de proveer de parte de los medios necesarios para que los que desean mejorar puedan hacerlo; de dar a aquéllos que desean prosperar el apoyo con el que puedan lograrlo; de apoyar, pero rara vez o nunca hacerlo todo». Introduce por lo tanto la necesidad de evaluar a los potenciales beneficiarios de la acción filantrópica al objeto de seleccionar a aquéllos que merecen apoyo y estímulo (Carnegie, 2006). Rockefeller comienza dedicando personal y directamente el 10 por 100 de sus ingresos a contribuciones benéficas hasta que el volumen y complejidad de la tarea le aconsejan rodearse de expertos en distintos ámbitos. Con su colaboración, pondrá en marcha la Universidad de Chicago en 1890, el Instituto Rockefeller de Investigación Médica en 1901, la Comisión General de Educación y la Fundación Rockefeller en 1913, que encarnará el paradigma de filantropía científica, y en la década de los cuarenta liderará la llamada «revolución verde». A estas iniciativas filantrópicas trasladará tanto sus acendradas creencias baptistas como su visión empresarial. En palabras de uno de sus nietos, «el abuelo siguió los mismos principios que antes había probado en la Standard Oil: contrató buenos profesionales y les dio capacidad de maniobra» (Rockefeller, 2004). El fabricante de chocolates y filántropo cuáquero Joseph Rowntree sentenciará, a principios del siglo XX, que «la caridad de las emociones, la caridad que ocupa el lugar de la justicia, crea mucha de la miseria que alivia, pero no alivia toda la miseria que crea», y aleccionará a sus patronos en «la necesidad de investigar las causas subyacentes de la vulnerabilidad y el mal en la comunidad, más que de remediar sus manifestaciones superficiales» (Anheier y Leat, 2006).

No es casualidad que la idea de evaluación del trabajo fundacional esté ligada a los padres fundadores de la filantropía científica y que todos ellos fuesen empresarios de éxito. La ciencia moderna del *management*, o gestión empresarial, está basada en una lógica inductiva de naturaleza empírica y medible, es decir, en la medición de la experiencia de gestión a través de indicadores (características medibles de productos, servicios o procesos). La medición provee de información factual acerca del desempeño empresarial y permite realizar análisis causa-efecto, proyecciones a futuro y comparaciones con competidores o *best practices*; la evaluación de los resultados extraídos sirve, en definitiva, para generar mejoras continuas tanto operativas como estratégicas. Este círculo de excelencia se ha visto amplificado por la reciente implantación internacional en organizaciones de todo tipo de estándares genéricos de calidad relativos a los sistemas de gestión (familia ISO 9000), que certifican que la entidad, por un lado, cumple los requerimientos de calidad de sus clientes y la regulación aplicable, y por otro, consigue la mejora continua de su desempeño al cumplir con el objetivo de satisfacer a sus clientes. La evaluación entendida como proceso de extracción y explotación de la información adecuada y coherente con la estrategia juega un papel fundamental en los sistemas de gestión de calidad, pues permea todos sus principios constituyentes: orientación a cliente, liderazgo, compromiso de las personas, aproximación a los procesos, enfoque sistémico de la gestión, mejora continua, aproximación factual a la toma de decisiones y relaciones mutuamente beneficiosas con los proveedores (8).

La idea de evaluación es también connatural al concepto de filantropía organizada. Si la filantropía directa se caracteriza por trabajar a impulsos personales, la filantropía mediada por organizaciones (fundaciones, *trusts*, *charities*) confía la administración de unos recursos, y la distribución a fines de interés general de las rentas que generan, a órganos impersonales y perdurables en el tiempo, que se rigen por una serie de objetivos y criterios estatutarios y de gestión con los que se pueden, por tanto, comparar los resultados obtenidos.

III. UNA DEFINICIÓN DE EVALUACIÓN

Existen, como veremos más adelante, diferentes ámbitos y tipos de evaluación aun dentro del estrecho mundo de las fundaciones. Ahora bien, y a los efectos del desarrollo argumental que seguirá, definiremos evaluación como un esfuerzo consciente y sistemático por medir los resultados de la actividad de las fundaciones, tanto en el ámbito de su desempeño como organizaciones como en el de su impacto sobre el resto de la sociedad, y de compararlos con una serie de objetivos o hitos, al objeto de poder aprender de las desviacio-

nes y de corregir de manera acorde la estrategia y tácticas de la fundación.

Hemos visto cómo la evaluación surge en el contexto de una ciencia de la gestión empresarial basada en un empirismo medible mediado por estrategias. La evaluación es, en este sentido, una pieza imprescindible del círculo virtuoso de la mejora continua, que permite trasladar la visión a la acción y ésta a resultados evaluables, en un proceso que se retroalimenta. Se planifica, se ejecuta, se evalúa y se vuelve a actuar en un entorno modificado por la nueva información recabada en el proceso evaluador (9). Este tipo de planificación estratégica, de amplio uso en el entorno empresarial, no sólo es aplicable en su totalidad al mundo fundacional, sino que es obligada si las fundaciones pretenden crear valor para la sociedad (Porter y Kramer, 1999).

La planificación estratégica de una fundación emanaría, por un lado, del análisis del entorno general (sociedad) y específico (mercado) que le rodea y, por otro, del análisis de las debilidades, amenazas, fortalezas y oportunidades de la propia organización en dicho entorno (*dafo*). En este contexto, la fundación concretaría y ponderaría de forma explícita su misión, visión y valores, y traduciría esa amplia hoja de ruta en objetivos para el largo plazo (*goals*), de los que se derivarían objetivos específicos y priorizados para períodos más cortos (*objectives*). Para la consecución de estos objetivos, se pergeñarían planes operativos, articulados en términos de presupuesto y tiempos, y desglosados al nivel de detalle necesario (por ejemplo, por programas o proyectos y/o por funciones de actividades, *marketing*, financiero, etc.). Para la evaluación de los procesos y de los resultados obtenidos durante y tras la implementación de los planes operativos, se utilizarían indicadores o hitos que, idealmente, habrían sido fijados al inicio del proceso mismo de planificación, es decir, en el momento de la definición de los objetivos estratégicos a alcanzar. Durante el proceso de implementación en su conjunto, se recogerían datos que serían analizados, sintetizados e interpretados a través de dichos indicadores, permitiendo así detectar cualquier desviación respecto a los objetivos marcados y corregir el rumbo de la organización de forma acorde (TPCT, 2001; Tayart, 2005).

Estos indicadores o hitos serán tan amplios y diversos como la propia actividad de las fundaciones, pero, en esencia, en el proceso de evaluación serán siempre los directivos y miembros de la propia fundación quienes afloren las respuestas a una serie de preguntas básicas, por sí solos o con asistencia externa. En cierto modo, la metodología evaluadora aplicada a las organizaciones tiene importantes puntos de encuentro con la mayéutica socrática o con la dialéctica platónica, como procesos inductivos basados en la razón, la interrogación y la búsqueda colectiva de la verdad (10).

¿Qué queremos ser? ¿Qué debemos hacer para conseguirlo? ¿Qué somos hoy en relación con lo que éramos? ¿Y en relación con lo que queremos ser? ¿Y con nuestro potencial? ¿Dónde estamos hoy respecto de dónde queremos estar? ¿Y respecto a dónde estábamos? ¿Y en relación con nuestras entidades de referencia? ¿Hemos recorrido el camino entre uno y otro punto de la mejor manera posible? Las conclusiones de la evaluación, las respuestas a estas preguntas, se plasmarían, a su vez, en correcciones estratégicas y operativas.

A los efectos de este texto, pues, entenderemos la evaluación como un proceso formal, orientado a la mejora continua de los sistemas de gestión, que permite a la fundación cumplir con su misión y sus objetivos estratégicos, que implica la participación de una serie de actores relevantes en la fundación, y que se basa en mediciones y comparaciones cuantitativas (indicadores) y cualitativas (hitos). Este proceso iterativo y sostenido sirve de brújula a las fundaciones que saben a dónde quieren llegar. Por lo tanto, no puede existir evaluación efectiva sin planificación estratégica.

IV. LA EVALUACIÓN COMO HERRAMIENTA SUSTITUTIVA DE LOS MECANISMOS DE MERCADO

Como el propio Carnegie nos recuerda, administrar el gasto filantrópico de manera que se obtenga un resultado verdaderamente beneficioso para la comunidad es, como mínimo, tan difícil como acumular riqueza (Carnegie, 2006). Bill Gates, co-fundador de la Bill & Melinda Gates Foundation, ha insistido, algo más de un siglo después, sobre la misma idea ante diferentes foros: «Distribuir dinero de manera efectiva a fines de interés general no es tan fácil como podría pensarse. La disciplina y la estrategia son esenciales. Es imperativo dar sabiamente» (WEF, 2003).

La evaluación ha sido considerada un mecanismo sustitutivo de la competencia en organizaciones que, como es el caso de las fundaciones, no están sujetas a la disciplina del mercado. En este contexto, la evaluación permitiría medir el éxito de unas entidades en ausencia de mecanismos externos de valoración (Bertrams, 2001).

Si bien es cierto que no existe en Europa un mercado fundacional competitivo como tal (con muchos agentes y transacciones numerosas y transparentes en cuanto a precio), sí constatamos que, durante la última década, han ido introduciéndose en el sector ciertas dosis de mercado en términos de transparencia, impulsadas desde cuatro frentes distintos a demanda última de la opinión pública y de la sociedad en general: el del regulador, el de las administraciones públicas financiadoras de las

organizaciones del Tercer Sector, el de la autorregulación y *benchmarking* del propio sector y el de las empresas que colaboran con el mundo fundacional.

El primer y más evidente frente impulsor de prácticas de transparencia es el del regulador, con sus exigencias generales de *reporting* contable y fiscal hacia las fundaciones. En el caso español, por ejemplo, estas exigencias pueden incluir documentos financieros, como el balance, la cuenta de resultados, o la auditoría externa y/o documentos relativos a la actividad material de la fundación, como la memoria de actividades o el presupuesto por actividades. Las exigencias de *reporting* que soportan muchas fundaciones españolas sobrepasan con creces las impuestas a sociedades mercantiles de tamaño comparable. Sin embargo, este gravoso caudal informativo sólo redundará en el desarrollo de un mercado en la medida en que los registros que lo acogen sean no sólo públicos, sino sobre todo accesibles mediante nuevas tecnologías y se encuentren, si no unificados, al menos coordinados. Entre tanto, algunas entidades no lucrativas hacen un uso proactivo de estas exigencias en su comunicación externa. Así, el marchamo de declaración de utilidad pública en el caso de las asociaciones está funcionando de facto como señal diferenciadora para el incipiente segmento de donantes individuales e institucionales.

El segundo frente es el de las administraciones públicas, que, al haberse convertido en ciertos países europeos en una fuente de financiación altamente significativa para el sector no lucrativo, bien por la vía de la subvención, bien por la de la subcontratación de la prestación de servicios, aplican una serie de criterios evaluadores a entidades y proyectos del sector con ánimo selectivo. Si bien estos criterios son objeto de publicidad desigual, muchos donantes privados institucionales utilizan las listas de entidades beneficiarias de convocatorias públicas competitivas como mecanismo de preselección. El caso más notorio de criterios evaluadores públicos en España es probablemente el de la convocatoria anual de subvenciones a entidades de acción social financiada con la mayor parte del 0,52 por 100 de la recaudación del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) destinado por los contribuyentes a fines de interés social; la otra parte la distribuye a programas de cooperación en el exterior el Ministerio de Asuntos Exteriores, vía Agencia Española de Cooperación Internacional. Entre los criterios utilizados por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (MTAS, 2005) para la selección de programas destacan:

— Criterios evaluadores de las entidades solicitantes: implantación territorial y social; antigüedad; especialización, estructura, capacidad y eficacia de gestión; desarrollo de sistemas de evaluación y control de calidad; auditoría externa; presupuesto y fuentes de finan-

ciación; participación social y voluntariado; adecuación de los recursos humanos; cumplimiento de obligaciones derivadas de subvenciones recibidas; trabajo en red o en colaboración.

— Criterios evaluadores de los programas presentados: evaluación de las necesidades sociales; determinación de los objetivos; contenido técnico; presupuesto; cofinanciación de comunidades autónomas o Unión Europea; corresponsabilización en la financiación del programa; ámbito territorial; voluntariado; innovación; continuidad; experiencia; colaboración con otras administraciones públicas.

El tercer frente es el del *benchmarking* y la autorregulación en el seno del propio sector no lucrativo. Los estudios comparativos sobre el sector o sus partes integrantes, aun siendo agregados, redundan en la formulación de indicadores cuantitativos que pueden ser utilizados por las entidades en sus propios procesos de evaluación. Un buen ejemplo de ello en España podría ser el estudio publicado por CECA sobre *Valoración del impacto de la Obra Social en 2005*. Las cajas de ahorros españolas son entidades financieras de naturaleza fundacional, esto es, sin fines de lucro y con finalidad social, que a su vez pueden crear fundaciones para gestionar una parte o la totalidad de su presupuesto de obra social. El citado informe tiene por objetivo primordial medir la labor de sus obras sociales en términos de impacto social. Para ello, dicho impacto se cuantifica «en términos de reducción de exclusión social, aumento de la igualdad de oportunidades y extensión de la asistencia social, la educación y la cultura a la mayor parte de la población posible, y especialmente a los segmentos más desprotegidos». A tal fin, se elabora una serie de indicadores que matizan los grandes números de obra social habitualmente publicados en las memorias anuales de la CECA o de cada una de las cajas de ahorros (total invertido, distribución del presupuesto por áreas, número de centros gestionados, número de actividades, número de beneficiarios, gasto promedio de obra social por habitante, ratio de centros por cada 100.000 habitantes, desglose obra social propia/en colaboración, etc.). Los indicadores son los siguientes:

1) Indicadores de *cohesión*: miden la existencia de igualdad de oportunidades o redistribución.

a) Cohesión geográfica: distribución del gasto de las obras sociales según tamaño de municipio, provincia y comunidad autónoma.

b) Cohesión social: distribución del gasto según presencia relativa de determinados colectivos sociales en situación de vulnerabilidad (personas mayores, discapacitados, inmigrantes).

c) Cohesión económica: distribución del gasto según nivel económico de los municipios y las provincias.

2) Indicadores de *cobertura*: evalúan el grado de capilaridad y penetración de las cajas y la satisfacción de la demanda de distintos tipos de servicios según el público potencial.

3) Indicadores de *complementariedad*: analizan la cuota de mercado cubierta por las administraciones públicas y otras entidades públicas y privadas frente a las actuaciones de las obras sociales.

4) Indicadores de *estrategia de expansión territorial*: permiten analizar la forma en que las cajas realizan obra social fuera de sus ámbitos tradicionales de actuación (vía centros/actividades, o gestión directa/indirecta, entendiendo por gestión indirecta obras en colaboración y subvenciones).

La primera dificultad metodológica para este tipo de análisis es concretar el concepto de beneficiario, básico para la confección de casi todos los indicadores. Beneficiarios pueden ser, entre otros, los receptores de una ayuda monetaria, los visitantes a un centro propio o en colaboración, o los usuarios o participantes de un servicio o de una actividad durante un determinado período de tiempo. Aun disponiendo de una definición clara, no siempre se lleva un registros de beneficiarios, de manera que muchas estimaciones se hacen por proporcionalidad. Otra dificultad es la relativa a las inevitables duplicidades: personas contadas varias veces como beneficiario de distintas actividades de un centro, de una caja o de varias cajas. O la diferencia entre beneficiarios directos e indirectos (CECA, 2005).

En lo tocante a autorregulación, un número creciente de fundaciones europeas está, si no elaborando códigos de buen gobierno centrados en la transparencia o adhiriéndose a los códigos de conducta ya existentes, sí al menos intentando mejorar los procesos de comunicación externa e interna, y muy en particular los que conectan a los patronos con los equipos de personal asalariado y voluntario y, sobre todo, a la organización con sus donantes. Todos los códigos de conducta inciden sobre la mensurabilidad y la transparencia. Podríamos citar, a modo de ejemplo, los *Principios de buenas prácticas* del European Foundation Centre o, en España, el *Código de conducta* de las ONG de desarrollo promovido por su Coordinadora (11).

El cuarto frente de «mercado» y transparencia es, sin duda, el impulsado por las empresas como donantes y entidades colaboradoras del sector fundacional (Rey, 2007). Buen ejemplo de esta tendencia es en España la *Guía de la transparencia y las buenas prácticas de las ONG* (Fundación Lealtad, 2006), que evalúa en su cuar-

ta edición para 115 ONG, muchas de ellas fundaciones, el grado de cumplimiento de nueve principios relativos a la transparencia, la *accountability* y el buen gobierno de estas entidades:

1. Funcionamiento y regulación del órgano de gobierno.
2. Claridad y publicidad del fin social.
3. Planificación y seguimiento de la actividad.
4. Comunicación e imagen fiel en la información.
5. Transparencia en la financiación.
6. Pluralidad en la financiación.
7. Control en la utilización de fondos.
8. Presentación de las cuentas anuales y cumplimiento de las obligaciones legales.
9. Promoción del voluntariado.

Son de particular relevancia para la cuestión que nos ocupa los principios tercero y séptimo. El principio de planificación y seguimiento de la actividad requiere de una planificación formal, aprobada por el órgano de gobierno y adecuada a la actividad, y con objetivos cuantificables que, en el caso del área de proyectos, serán además públicos. Los programas deberán contar con sistemas formalmente definidos de control y evaluación de objetivos que incluirán la identificación de los beneficiarios, y los informes de evaluación de proyectos estarán a disposición del público. En cuanto al principio de control en la utilización de fondos, incluye sistemas de seguimiento de fondos dirigidos y, para el caso de fondos privados captados para proyectos concretos por importe superior a 600.000 euros, una auditoría de cumplimiento que compruebe sobre el terreno la utilización de dichos fondos y los resultados obtenidos.

La participación de las entidades no lucrativas en esta guía es voluntaria y gratuita, aunque la propia Fundación Lealtad pone a su disposición una serie de herramientas complementarias dirigidas a ayudarles a captar fondos entre empresas usuarias de los informes de transparencia. La propia fundación se financia con colaboraciones de instituciones (Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, AECI, empresas activas en el ámbito del mecenazgo o la acción social) que están interesadas en su metodología. La guía es pública y gratuita, como lo son los informes completos de cada una de las ONG participantes y las formas de colaborar con ellas. Las ONG, a su vez, están autorizadas a utilizar en su

comunicación el logotipo de los informes de transparencia a modo de marchamo diferenciador. Aunque esta iniciativa no es un *ranking*, ni una auditoría ni un proceso de certificación de calidad, sí pretende introducir de forma paulatina, pública e independiente, en la medida en que la fundación no cobra por servicios ni a las ONG ni a los donantes, información objetiva, comparativa y contrastada con las propias organizaciones en un sector al que queda mucho camino por recorrer en términos de transparencia (12).

V. ¿POR QUÉ ES NECESARIO EVALUAR?

La evaluación no es sólo el rodamiento de la planificación que permite dimensionar el avance (o retroceso) en el cumplimiento de la estrategia de la fundación. La evaluación puede ser también un poderoso instrumento de cohesión y aprendizaje interno, y la base de la estrategia de comunicación de la organización. La evaluación se convierte así en la vía primordial para gestionar conocimiento dentro de las fundaciones, y compartirlo de modo que genere valor para sus colaboradores y para la sociedad en general más allá de sus aportaciones económicas, siempre limitadas en comparación con los presupuestos de las administraciones públicas. La evaluación, así entendida, no es tanto un instrumento de control que se utiliza puntualmente en la gestión de las fundaciones como un proceso iterativo que debería trascender el ámbito de la planificación estratégica para impregnar la cultura de la organización y permitirle, por un lado, aprender de sus errores, rectificar su rumbo si fuese necesario y tomar las decisiones adecuadas para avanzar en dirección a sus nuevos objetivos, y por otro, transmitir a la sociedad logros mensurables y conocimiento útil (Bertelsmann, 2001; Tayart, 2005).

Si tuviésemos que sistematizar los motivos que aconsejan a las fundaciones evaluar su actividad, podríamos hablar de tres categorías: razones tácticas, estratégicas y normativas. En primer lugar, motivos tácticos u operativos. Internamente, porque la evaluación de la eficiencia a escala de organización, programas y proyectos debería ser el núcleo duro de la gestión del día a día de estas organizaciones, por definición siempre cortas de recursos en relación con los problemas sociales sobre los que pretenden incidir. Desde un punto de vista externo, porque la fundación que no evalúa su actividad ni está dispuesta a comunicar sus resultados al entorno, en un ejercicio de transparencia, quedará fuera del muy incipiente mercado no lucrativo en lo que a captación de recursos se refiere. Y recursos no son sólo fondos y activos materiales, sino también los mejores clientes (beneficiarios, usuarios) y colaboradores, el posicionamiento diferencial de una marca o la reputación de una fundación.

En segundo lugar, existe una pléyade de razones estratégicas para evaluar. Evaluar permite una adaptación flexible al entorno y una mejora continua basada en el aprendizaje, y además proporciona a la fundación una ponderación de su alcance social. Permite a los miembros de la fundación comprobar que los objetivos de la entidad a medio y largo plazo se han traducido en itinerarios claros, y que, con los reajustes necesarios, el rumbo sigue orientado en la dirección elegida (Meffert, 2005). El simple hecho de alinear la misión, los objetivos y los indicadores de desempeño de una fundación puede cambiarla profundamente (Sawhill y Williamson, 2001).

Existen, por último, razones normativas o éticas: las fundaciones deben perseguir de forma explícita una misión de verdadero interés general y una cultura o conjunto de valores coherentes con ella, y su estrategia debería emanar de esa misión. Una cultura organizativa basada en la evaluación se formula también preguntas en este ámbito. ¿Es la dirección elegida la dirección correcta? La certeza moral, en su caso —«hacemos el bien»—, debe ser complementada con el conocimiento objetivo —«por qué conseguimos hacer el bien», «qué hemos hecho mal», «cómo podemos hacerlo mejor»— para evitar la autocomplacencia (Tayart, 2005). La evaluación es la brújula que permite trasladar la acción fundacional desde una teoría de la esperanza hasta una teoría del cambio social (Martin y Ernst, 2006).

VI. ÁMBITOS DE EVALUACIÓN: EFICIENCIA VS. EFICACIA; DESEMPEÑO ORGANIZATIVO VS. IMPACTO SOCIAL

Si consideramos a las fundaciones como organizaciones de alta complejidad en un entorno sistémico, las alternativas evaluadoras se multiplican. «La gestión integrada de la fundación contempla la combinación de una gestión normativa, estratégica y operativa en un sistema de dirección complejo» (Meffert, 2005). En pro de la simplicidad, sugerimos mapear todas las metodologías de evaluación posibles en cuatro ámbitos determinados por las siguientes características:

— de lo cuantitativo y operativo a lo cualitativo y normativo: de la eficiencia a la eficacia;

— del funcionamiento interno de la fundación al rastro que su actividad deja en su entorno: de la evaluación del desempeño organizativo a los indicadores de impacto, influencia o apalancamiento.

El camino de la eficiencia y de la evaluación del desempeño organizativo están más trillados y, en cierto modo, más estandarizados, que el camino de la eficacia y de la evaluación de la huella de la acción fundacional sobre el entorno. El primer camino puede ser

recorrido cómodamente con técnicas de gestión empresarial; el segundo es específico de las fundaciones y de su naturaleza no lucrativa en pro de fines de interés general, y exige un plus de esfuerzo y visión de largo plazo a sus gestores. Una cultura de evaluación ideal intenta cubrir todos esos ámbitos, que son claramente complementarios.

La primera diferencia en cuanto a ámbitos de evaluación se refiere a la eficiencia, por un lado, y la eficacia o efectividad (*effectiveness*), por otro. La eficiencia es un ámbito predominantemente cuantitativo que se refiere a la productividad de los recursos (capital, trabajo), es decir, al uso que la fundación hace de esos factores para mejorar su capacidad para producir más resultados al menor coste (dinero, tiempo) posible. Los resultados se comparan con objetivos operativos de la organización. La evaluación en términos de eficiencia permitiría maximizar los resultados para una asignación de recursos y una finalidad dados. Dentro de este ámbito se incluirían muchas de las metodologías evaluadoras basadas en el análisis coste-beneficio.

La eficacia es un ámbito primordialmente cualitativo que se refiere a la capacidad de los recursos para perseguir los resultados adecuados. Incluye pues un componente de índole estratégico-normativa, pues se trata no tanto de hacer las cosas bien (parafraseando a William S. White, Presidente y CEO de la Fundación Mott, *doing things right*), como de centrar los esfuerzos en las cuestiones correctas (*doing the right things*) (13). La evaluación en términos de eficacia permite validar que los recursos están asignados a programas o proyectos relevantes, es decir, coherentes con la misión de interés general de la fundación y con las demandas del entorno. Este ámbito trasciende el marco del tradicional análisis coste-beneficio e incide sobre un concepto económico básico, el de coste de oportunidad: el valor de la mejor alternativa económica posible a que se renuncia por dedicar los recursos a otra actividad concreta. Los resultados se comparan con la misión y los objetivos a medio y largo plazo de la fundación y con el entorno, y se evalúan por tanto decisiones de naturaleza tanto estratégica como normativa. La elección de una misión fundacional pertenece al ámbito de la eficacia, y lo mismo sucede con otras decisiones de naturaleza constituyente, como la opción entre la filantropía directa (*man-to-man philanthropy*) y la organizada, o entre una fundación a perpetuidad y una de vida limitada (*limited-life philanthropy*). También la responsabilidad social corporativa puede evaluarse desde el ámbito de la eficacia. Éste es precisamente el análisis que hacen Porter y Kramer al argumentar que la «filantropía corporativa» puede ser la forma más coste-efectiva para que una empresa mejore su contexto competitivo, siempre y cuando apoye las causas correctas de la manera correcta, es decir, enfoque su acción filantrópica sobre las

condiciones del contexto más importantes para su industria y sus estrategias (Porter y Kramer, 2002).

Los indicadores de eficacia nada dicen acerca de si la fundación está cumpliendo su misión, e incluso pueden ocultar el fracaso en esa encomienda (14). Veamos, por ejemplo, el caso de *The Nature Conservancy*, una entidad no lucrativa estadounidense dedicada durante cincuenta años a perseguir la misión de preservar la diversidad vegetal y animal a través de la protección de los hábitats de especies raras en todo el mundo. Durante la mayor parte de su historia, la metodología evaluadora de la entidad se centró en el segundo aspecto de su misión, la protección de hábitats, por ser éste más fácilmente cuantificable. Los principales indicadores eran los dólares recibidos de sus miembros en donación para ese fin y el número de acres protegidos. La evolución de ambos indicadores, bautizados como *bucks and acres*, contaba una historia de éxito, pero entre tanto la biodiversidad se reducía incluso dentro de los hábitats protegidos por la entidad. Habían fallado, entre otras decisiones, las relativas al tamaño de los terrenos protegidos (demasiado pequeños para conseguir restaurar y preservar ecosistemas) y su ubicación, determinada por sus cualidades escénicas y cercanía a poblaciones, al objeto de apelar en mayor medida a las preferencias de los donantes (Sawhill y Williamson, 2001).

La segunda diferencia en cuanto a ámbitos de evaluación se refiere al desempeño organizativo, por un lado, y al impacto social o huella que la fundación deja en su entorno, por otro. El ámbito del desempeño organizativo nace de la mirada que la fundación proyecta hacia su interior; el ámbito del impacto social mira hacia el exterior. Esta diferencia, no exenta de artificio, tiene la gran utilidad de ampliar el *zoom* del evaluador y someter a la fundación a un ejercicio de humildad, recordándole además que la colaboración es táctica obligada para conseguir influir en la sociedad. No se trata tan sólo de que la fundación como organización tenga un desempeño óptimo. Se trata también de preguntarse, como lo hace la Annie E. Casey Foundation, en qué medida su actividad consigue influir sobre el entorno social a tres niveles distintos (Silverman, 2004):

— *Impacto*: ¿en qué medida ha mejorado la actuación de la fundación la vida de las personas a las que sirve?

— *Influencia*: ¿ha modificado la actividad de la fundación las pautas de pensamiento y/o comportamiento de políticos, medios de comunicación y prescriptores en general?

— *Apalancamiento*: ¿ha estimulado la intervención de la fundación la realización de otras iniciativas que permitan amplificar sus resultados o darles continui-

dad en el tiempo por parte de otras entidades sin ánimo de lucro, del sector público o del sector privado empresarial?

La evaluación del impacto, influencia y apalancamiento de la acción de las fundaciones traslada su gestión a la contemporaneidad, donde los recursos propios, materiales o inmateriales, pueden verse acrecentados si sus gestores entienden su actividad como parte de un ecosistema susceptible de ser estimulado y adoptan un rol de catálisis o convocatoria de otras fuerzas de cambio social para conseguir ese efecto multiplicador (Tayart, 2005).

Estos ámbitos —eficiencia, eficacia, desempeño organizativo, impacto social— deben interpretarse de forma no sólo complementaria, sino también concurrente. La evaluación desde el punto de vista de la eficiencia permitiría a las fundaciones mejorar su capacidad organizativa a través de la aplicación de herramientas empresariales que les permitan gestionar de forma óptima sus recursos materiales. La evaluación desde el punto de vista de la eficacia permitiría a las fundaciones actualizar su sentido de propósito o su impulso original y, sobre todo, tener permanentemente alineadas su misión y su estrategia, en un proceso de aprendizaje continuo a través de la gestión de recursos inmateriales (conocimientos y valores). Metodologías como la del retorno social de la inversión (RSI), que veremos más adelante, intentan responder desde lo puramente cuantitativo a la pregunta de la eficacia en términos de impacto. Podríamos concluir considerando la eficiencia como requisito previo para la eficacia, y el desempeño organizativo como requisito previo para el impacto social.

VII. TIPOS DE EVALUACIÓN: HACIA UN REPERTORIO DE METODOLOGÍAS E INDICADORES

A día de hoy, existen experiencias evaluadoras en número y diversidad suficientes como para disponer de un acervo del que se puedan extraer y adaptar indicadores para la gran mayoría de fundaciones. Evaluar es una encomienda ardua, pero cada vez lo es menos. Hemos visto cómo la evaluación puede pertenecer al ámbito de la eficiencia o al de la eficacia; puede centrarse sobre el desempeño de la propia fundación o bien intentar dimensionar su impacto, influencia y apalancamiento sociales. El apartado dedicado a la conveniencia de evaluar sugiere la existencia de indicadores puramente operativos, más estratégicos o incluso normativos. O, dicho en otros términos (Sawhill y Williamson, 2001), medidas de capacidad (desempeño organizativo, logros tácticos), medidas de actividad (cumplimiento de objetivos estratégicos) y medidas de impacto (avance hacia el cumplimiento de la misión).

En la práctica, la tipología más obvia es la que distingue entre indicadores cuantitativos y cualitativos (hitos). Existen abundantes ejemplos de indicadores cuantitativos: fondos captados, número de asociados o voluntarios, número de beneficiarios directos/indirectos o usuarios, porcentaje de gastos administrativos sobre el total, número de proyectos o programas gestionados, coste/usuario, impacto mediático, etc. Los indicadores cualitativos o hitos son preguntas del tipo: ¿está nuestra misión suficientemente enfocada y clara?, ¿estamos donde debemos estar?, ¿qué estamos aprendiendo?, ¿cuál es nuestro potencial como fundación?

Otra tipología básica es la que se refiere al objeto de evaluación, pues, de menos a más, podemos intentar evaluar para un período de tiempo determinado:

- Una ayuda.
- Un conjunto o portfolio de ayudas.
- Un proyecto.
- Un programa o conjunto articulado de proyectos.
- El desempeño de una entidad beneficiaria/colaboradora, etcétera.
- El impacto sobre una población/comunidad de una actividad fundacional.
- El impacto sobre un debate o una cuestión social.
- El impacto sobre la formulación de políticas.
- El impacto sistémico.

La evaluación puede ser formal si está basada en un procedimiento o metodología contrastados, o informal si se realiza de manera puntual o está fundada en impresiones personales. Dentro de esta segunda categoría entrarían las visitas de campo no planificadas a las entidades beneficiarias o a las sedes de desarrollo de los programas, y los personajes análogos al *mystery shopper* del sector comercial que, en este caso, sondearían de incógnito a los beneficiarios o usuarios de un programa. Si bien es desaconsejable basarse de manera exclusiva en evaluaciones informales, sí es cierto que estos indicadores subjetivos pueden añadir información muy valiosa como complemento de los sistemas formales de evaluación. El dicho popular de que «el papel lo aguanta todo» es aún más cierto, si cabe, en el ámbito de la evaluación.

Es frecuente encontrar, por último, dos tipologías que han perdido buena parte de su razón de ser en el marco conceptual de este texto. Una distingue entre evalua-

ción interna y externa. No cabe duda de que evaluar exige unos conocimientos y un tiempo del que no todas las fundaciones disponen, y que esos factores son externalizables en la medida en que se encuentran disponibles en el mercado. Es más, existen ciertos indicadores (por ejemplo, índices de satisfacción de clientes) cuyo seguimiento a través de encuestas es conveniente externalizar en pro de una mayor objetividad. Ahora bien, la evaluación externa sólo es efectiva si la propia fundación tiene claros los objetivos que persigue con ella y la manera en que implementará sus resultados dentro de la organización, y si todas las personas que forman parte de ella (patronos, empleados) están dispuestos a «comprar» esos resultados. Otro tanto sucede con la dicotomía entre evaluación *ex ante* y evaluación *ex post*. La evaluación efectiva se inicia en el mismo instante en que arranca el diseño del proyecto o programa a evaluar. Es en ese momento cuando se fijan los objetivos y se «fabrican» los indicadores y/o los hitos que se compararán con ellos.

A lo largo de la última década, una amplia muestra de entidades no lucrativas, y en particular fundaciones relevantes, han hecho públicas sus iniciativas, experiencias y metodologías evaluadoras (15). Por citar sólo algunas de las más significativas, en los Estados Unidos la W. K. Kellogg Foundation es probablemente la fundación más activa en la difusión de sus metodologías evaluadoras. Su manual de evaluación data de 1998. Entiende la evaluación como un instrumento participativo de aprendizaje que mejora la marcha de los proyectos. En estos momentos, su interés se centra en la evaluación sistémica, y requiere a todas las entidades con las que colabora que basen sus programas en una teoría del cambio social y un modelo lógico. La teoría del cambio sirve para clarificar por qué la entidad actúa en el modo en que lo hace. El modelo lógico le ayuda a clarificar qué es lo que hace y cómo lo que hace redundará en la consecución de sus objetivos. La Fundación Kellogg utiliza la evaluación en cuatro ámbitos distintos y sucesivos: predictivo (¿condujeron las intervenciones planificadas a los resultados esperados?), emergente (¿qué cambios espontáneos se han producido durante las intervenciones y cómo podemos capitalizarlos en apoyo de nuestros objetivos?), exploratorio (¿qué factores imprevistos se han convertido en relevantes para la teoría del cambio social?) y sistémico (¿cómo se auto-renueva el sistema en el tiempo?) (16).

La Annie E. Casey Foundation se ha posicionado como paradigma de la filantropía orientada al análisis de datos y la consecución de resultados. Sus ayudas pueden consistir en la provisión gratuita de consultoría estratégica, y tiene entre sus objetivos el fomento de la toma de decisiones, públicas y privadas, basadas en el análisis de datos. Utiliza la colaboración con todo tipo de *stakeholders* y la evaluación continua como herramientas básicas para provocar el cambio sistémico, particularmente

en el área del bienestar infantil y familiar (17). En 2001 los Pew Charitable Trusts publicaron su manual de planificación y evaluación de inversiones filantrópicas en el contexto de su apuesta por difundir conocimiento y buenas prácticas al sector (TPCT, 2001) (18). La Bill & Melinda Gates Foundation considera que la investigación y la evaluación son elementos clave del trabajo fundacional, y ha hecho públicos diversos informes evaluadores externos acerca de sus programas con el objetivo de «reunir evidencias poderosas acerca de los problemas y medir los impactos al objeto de conformar decisiones y programas futuros, y de motivar a otros agentes públicos y privados a participar en la solución de esos problemas». Una de sus más recientes iniciativas, la alianza con la Fundación Rockefeller en pro de la «revolución verde» en África, prevé una partida presupuestaria para evaluación que representa algo más de la sexta parte de los 150 millones de dólares comprometidos en la primera fase del programa (19). En Europa, fundaciones como la Bertelsmann o la King Baudoin han compartido en foros especializados los criterios e indicadores utilizados para evaluar programas existentes de cara a tomar decisiones de mantenimiento o eliminación, en el seno procesos de reorientación estratégica de estas organizaciones (20).

Ahora bien, el esfuerzo trasatlántico e interdisciplinar más importante que se haya hecho por recopilar, examinar y comparar prácticas evaluadoras en el ámbito filantrópico ha sido, probablemente, el realizado por la Global Leaders for Tomorrow Task Force on Philanthropy para el World Economic Forum de Davos, y publicado como informe en enero de 2003 bajo el título de *Philanthropy Measures Up*. Este informe cataloga las prácticas evaluadoras de un total de 22 organizaciones de distintos tipos y pondera en qué medida son aplicables a terceras entidades: seis *venture philanthropies*, seis fundaciones, seis grupos proveedores de infraestructura para el sector y cuatro empresas consultoras. Deja además apuntadas las tendencias en la medición

de la «filantropía corporativa» como parte de la responsabilidad social de las empresas.

Philanthropy Measures Up agrupa todas esas aproximaciones a la medición en organizaciones filantrópicas bajo tres tipologías: resultados, desempeño y comparativo o benchmarking (WEF, 2003). A continuación los describimos con un ejemplo ilustrativo de cada uno de ellos.

1. Resultados: retorno social de la inversión (RSI)

Esta aproximación resulta en un sumario cuantitativo de logros que suelen estar basados en el análisis coste-beneficio. Los equivalentes en el mundo empresarial serían los beneficios de una empresa y otros indicadores financieros; o el valor neto actualizado (NPV) o tasa interna de retorno (IRR) de un proyecto. Este es el enfoque más tradicional y más utilizado en la actualidad para evaluar programas y proyectos (cuadro núm. 1). Se basa en el siguiente modelo lógico básico (WKKF, 2002):

Recursos → Actividades → Productos →
→ Resultados → Impacto

Es importante diferenciar entre *output* y *outcome*. *Output*, o producto, es el resultado inicial de un proceso (programa, proyecto), y revela poco acerca del cumplimiento de sus verdaderos objetivos. *Outcome*, o resultado, es la consecuencia de esos *outputs* o, dicho de otro modo, el resultado final de las actividades de un programa o proyecto en términos de cambios de comportamiento, actitud o mentalidad generados por él y, en ese sentido, es revelador de si ha cumplido sus objetivos. Un ejemplo de *output* en un programa educativo sería el número de centros, alumnos o profesores participantes en él o el número de impactos mediáticos del programa; ejemplos de *outcomes* serían el

CUADRO NÚM. 1

APROXIMACIÓN TRADICIONAL A LA MEDICIÓN DEL IMPACTO FILANTRÓPICO: RESULTADOS

TRABAJO PLANIFICADO		RESULTADOS INTENCIONADOS		
Inputs, recursos o insumos	Actividades	Outputs o productos	Outcomes o resultados	Impacto
Recursos dedicados al programa	Realizaciones del programa con esos <i>inputs</i> al objeto de cumplir la misión encomendada	Resultados directos de las actividades del programa: servicios, productos	Beneficios específicos para los participantes durante y después de las actividades del programa	Cambio fundamental que ocurre en las organizaciones, comunidades o sistemas como resultado del programa tras su finalización

nuevo conocimiento adquirido (medido, por ejemplo, vía mejora en las calificaciones obtenidas por los alumnos participantes), las habilidades y capacidades nuevas, el cambio en actitudes o valores, la modificación de comportamientos, las mejoras en la calidad de vida, etc. En este sentido, los indicadores son medidas objetivas que pueden referirse tanto a los procesos como a los *outputs* o los *outcomes* (WKKF, 2002; TPCT, 2001).

El ejemplo paradigmático de esta aproximación es la metodología del *social return on investment* (SROI) o retorno social de la inversión (RSI). El RSI se basa en la idea de que la inversión de una fundación tiene un retorno financiero mensurable, entendido bien en términos de reducción en los recursos públicos o privados dedicados a ese fin, bien en términos de un aumento de actividad económica positiva, o en ambos. La entidad no lucrativa estadounidense REDF fue pionera en aplicarla y en documentar el proceso, que puede desglosarse en seis pasos:

- a) Se empieza por definir los impactos sociales deseados.
- b) Se diferencian los *outputs* de los *outcomes*.
- c) Se cuantifica cada impacto potencial y se calcula el valor neto actualizado (NPV) de los flujos de caja correspondientes.
- d) Se documentan las hipótesis.
- e) Se contrasta con la realidad.
- f) Se delimita la responsabilidad sobre los resultados (21).

El informe *Philanthropy Measures Up* incluye un caso de aplicación práctica del modelo de RSI, titulado «Windows of opportunity» (22). Se trata de evaluar un programa de reemplazo de ventanas susceptibles de provocar envenenamiento por plomo en comunidades de bajos ingresos. En este caso, los beneficios monetizables de la prevención del envenenamiento por plomo —responsable, entre otros males, de daño cerebral en edades tempranas— incluyen el aumento de ganancias futuras, los costes de educación especial evitados, los costes médicos ahorrados y la disminución en la mortalidad de los neonatos. El reemplazo de ventanas redundante, además, en ahorro de energía. Las actividades formativas que se proporcionan a los miembros de las comunidades afectadas para que formen parte de las cuadrillas responsables del reemplazo se traducen, por último, en un incremento de sus ganancias futuras. Existen, además, una serie de beneficios no cuantificables que no entran en el cálculo: mejoras en el metabolismo y estatura infantiles, reducción de la delincuencia juvenil, costes emocionales y de tiempo por cuidado de niños envenenados, reducción en las deman-

das y procesos judiciales por daños personales. Una vez cuantificados y anualizados estos beneficios como flujos de caja, y descontados a su valor presente, utilizando en este caso concreto una tasa de descuento del 4,6 por 100, resulta que el RSI del programa es de 92 dólares en valor social por cada dólar invertido en el programa (WEF, 2003).

2. Desempeño: cuadro de mando integral (CMI)

El enfoque de desempeño mide los logros en relación con objetivos prefijados para las organizaciones, no tanto para programas o proyectos aislados. Los equivalentes empresariales de los indicadores de desempeño de las fundaciones serían las comparaciones de resultados con expectativas de los analistas o con pronósticos o datos históricos propios. El ejemplo más prominente es la metodología del *balanced scorecard* (BS) o cuadro de mando integral (CMI). El CMI es una metodología de medición del desempeño de las organizaciones, en comparación con objetivos predeterminados por ellas mismas, desarrollada por los profesores de Harvard Robert S. Kaplan y David P. Norton en los primeros noventa (Kaplan y Norton, 1992), y relativamente extendida en los sectores empresarial y, en menor medida, público norteamericano y europeo durante la última década (Horváth & Partners, 2001). Esta metodología persigue situar la estrategia de la organización en el centro de todos los procesos y sistemas de gestión. En ese sentido, no es sólo un sistema de medición, sino también un sistema de gestión que ayuda a las organizaciones a clarificar su visión y su estrategia, y a trasladarlas a la acción en un proceso de mejora continua. Aunque continúa utilizando los indicadores financieros tradicionales, añade tres perspectivas más desde las cuales se desarrollan indicadores y se analizan resultados: la del aprendizaje y el potencial de crecimiento (capacidad para cambiar y mejorar), la de los procesos de negocio y la de los clientes. De esta manera, la medición trasciende la información financiera, de corte histórico, y se ajusta a las empresas contemporáneas, cuyo éxito depende de su capacidad para crear valor futuro a través de la inversión en clientes, proveedores, empleados, procesos, tecnología e innovación (23).

El informe *Philanthropy Measures Up* contiene un ejemplo de CMI adaptado por una *venture philanthropy* con la colaboración del propio Dr. Robert S. Kaplan. New Profit Inc., que se dedica a invertir con elevados niveles de compromiso en entidades no lucrativas promovidas por emprendedores sociales visionarios, utiliza el CMI para gestionar su propia organización y para evaluar el desempeño de las organizaciones de su portafolio filantrópico (WEF, 2003). Utiliza para ello cinco perspectivas diferentes:

a) *Impacto social*: mide el impacto, influencia y apalancamiento de la actividad de la organización en la sociedad en general.

b) *Cliente*: mide su desempeño en relación a las necesidades de sus clientes (calidad, servicio, coste, tiempo) a través de una serie de indicadores (adquisición de nuevos clientes, satisfacción de los clientes, retención de clientes, cuota de mercado, clientes que referencian).

c) *Procesos internos de negocio*: mide el desempeño de la organización en una serie de competencias clave (innovación, gestión de clientes, operaciones) a través de una serie de indicadores (retención de empleados, retención de voluntarios, disminución en los ciclos de formación y de prestación de servicios).

d) *Aprendizaje y crecimiento*: mide la preparación de la organización para su futuro crecimiento (su potencial) a través de la capacitación de sus empleados, el desarrollo de sus sistemas de información o su gobernanza. Utiliza indicadores como la formación de los empleados, su satisfacción, el uso de tecnologías de información o los índices de retención, satisfacción y asistencia de los patronos.

e) *Finanzas*: mide el crecimiento y diversificación de los ingresos, el control de costes o la productividad a través de indicadores como el porcentaje de ingresos por prestación de servicios, la desviación de gastos respecto a presupuesto o la estabilidad de los flujos de caja.

3. Comparativo o benchmarking

Este enfoque compara los logros propios con los de otras entidades, preferentemente competidores con las mejores prácticas. Equivalentes empresariales serían la medición con los líderes de un sector o con índices más generales (Ibex, S&P, etc.). Esta metodología ha tenido desarrollos interesantes en el campo de la responsabilidad social corporativa. Al margen del *Global Compact*, lanzado por Naciones Unidas en 1999 para fomentar la RSC, del marco general de *reporting* establecido por la *Global Reporting Initiative* (GRI), o de índices bursátiles que agrupan a empresas líderes en RSC como los FTSE4GOOD o los *Dow Jones Sustainability* (DJSI), que escapan al objeto de este texto, nos centraremos sobre índices comparativos diseñados específicamente para medir, evaluar e introducir mejoras de gestión a en el ámbito de la RSC. Un buen ejemplo es el modelo del *London Benchmarking Group* (LBG), desarrollado en 1994 por seis empresas británicas y extendido hoy como estándar internacional de medición del compromiso comunitario de las empresas. Se trata de un modelo muy sencillo que facilita la comparación de la efectividad del compromiso comunitario de las empresas en tres categorías de

colaboración con entidades comunitarias sin fines de lucro (donaciones puntuales, inversiones a largo plazo, iniciativas comerciales). Pone valor monetario a los costes del compromiso comunitario de la empresa (dinero, tiempo, en especie y costes de gestión) y los compara con los resultados definidos en términos de otros recursos atraídos por la iniciativa, beneficio para la comunidad y beneficio para la empresa (24). *Business in the Community*, una red de más de 700 empresas británicas comprometidas con la responsabilidad social corporativa, lanzó dos años más tarde un índice medioambiental y, en 2002, y a demanda de sus miembros desarrolló el *Corporate Responsibility Index* (CR Index). Este índice resulta de una encuesta anual y evalúa el impacto sobre la comunidad, el mercado y el entorno laboral de las operaciones, productos y servicios de las empresas, así como su interacción con los grupos de interés clave. Incluye aspectos parciales como el compromiso comunitario o la responsabilidad medioambiental (25).

En los Estados Unidos han surgido iniciativas similares. El *Corporate Philanthropy Index* (CPI) permite comparar la efectividad de la mal llamada «filantropía corporativa» de una empresa con las de su sector. Este índice, desarrollado a finales de los años noventa a instancias del estadounidense Council on Foundations, y disponible en el mercado para las empresas activas en RSC, es un *ranking* numérico que resulta de analizar, a través de encuestas, las percepciones de los *stakeholders* de una empresa acerca de su acción filantrópica y, en concreto, las de sus empleados, clientes y accionistas. Los grupos de interés con alto CPI son aquéllos más susceptibles de comportarse de manera beneficiosa para la empresa (por ejemplo, empleados leales o clientes fieles que prescriben). En consecuencia, las empresas con un mayor porcentaje de *stakeholders* en el segmento de alto CPI obtendrían una ventaja competitiva. Las empresas participantes en el índice pueden comparar sus resultados con datos sectoriales consolidados de la base de datos normativa resultante del estudio que, a escala nacional, se realizó en 2001 para validar la metodología (26). Este estudio avanzaba una serie de recomendaciones a las empresas al objeto de incrementar la efectividad de sus acciones de responsabilidad social:

- 1) Establecer un plan estratégico para la filantropía corporativa enfocado y coherente con los objetivos de la empresa.
- 2) Cuantificar todos los costes de todas las actividades de filantropía corporativa (donaciones en dinero y en especie, tiempo de los empleados destinado a trabajo comunitario, etcétera).
- 3) Convertir a los empleados en apóstoles de la filantropía corporativa, aprovechando su predisposición positiva.

4) Comprometer en la filantropía corporativa a los máximos ejecutivos de la empresa.

5) Elaborar un programa de comunicación externa efectivo y realista como elemento clave del programa filantrópico.

6) Evaluar el desempeño de la función filantrópica de la empresa.

En el ámbito específico de las fundaciones, la metodología comparativa o de *benchmarking* ha sido aplicada durante el último lustro en más de 150 entidades estadounidenses por el *Center for Effective Philanthropy*. Esta entidad no lucrativa se dedica a desarrollar instrumentos de evaluación y datos comparativos dirigidos a mejorar el desempeño de las fundaciones. Entre los instrumentos de evaluación que ha desarrollado destaca, por su sencillez y amplia utilización, el *Grantee Perception Report*, basado en una encuesta realizada entre los beneficiarios de la fundación acerca de la percepción de su desempeño. Otros instrumentos comparativos diseñados por el centro son el *Applicant Perception Report*, relativo a las percepciones de los solicitantes, el *Comparative Board Report*, relativo al funcionamiento efectivo de los patronatos, el *Staff Perception Report*, relativo a la percepción y satisfacción de los empleados, o el *Operational Benchmarking Report* relativo al desempeño operativo de las fundaciones (27).

Podríamos concluir este apartado apuntando hacia la última generación de metodologías evaluadoras, basadas en el pensamiento sistémico e impulsadas por la necesidad de herramientas adecuadas a entornos de alta complejidad, y por el apoyo de fundaciones como la estadounidense W. K. Kellogg. Estas metodologías de evaluación sistémica generan descripciones, ricas y simples al tiempo, de escenarios complejos e interconectados, donde se hacen explícitas no sólo las relaciones entre las partes, sino también los límites del análisis dinámico, y se amplían considerablemente las perspectivas o puntos de vista del evaluador y de los evaluados (Williams e Iman, 2007).

VIII. HACIA UN REPERTORIO DE BUENAS PRÁCTICAS EVALUADORAS

Tanto las prácticas evaluadoras de las fundaciones más expertas en este campo (WKKF, 1998) como las conclusiones del simposio internacional organizado por la Fundación Bertelsmann en 2000 en torno a la efectividad y evaluación en las fundaciones (Bertelsmann, 2001), o las del informe realizado en el seno del World Economic Forum (WEF, 2003), coinciden en que no existe una metodología ideal de evaluación aplicable a todas las fundaciones, pero apuntan no obstante hacia un

decálogo de rasgos comunes a todos los sistemas de evaluación implementados con éxito:

1. *Participatividad*. La única forma de utilizar la evaluación como generadora de confianza y aprendizaje mutuo consiste en implicar en el proceso a todos los actores relevantes de la fundación, compartiendo de antemano información sobre sus expectativas y objetivos (donantes-beneficiarios, patronos-empleados, fundación-entidades colaboradoras, etcétera).

2. *Alineamiento estratégico*. Los sistemas de evaluación sólo pueden utilizarse de forma óptima si previamente la fundación ha articulado con claridad su misión y objetivos, y ha alineado la organización y los indicadores con esa estrategia.

3. *Confianza*. Que un proyecto resulte un éxito depende, en buena medida, de la estrategia de la entidad que lo abandera, de manera que, a la hora de seleccionar entidades colaboradoras o beneficiarias, las fundaciones debieran evaluar, como criterio primordial, la misión que persiguen y los valores que alientan a las propias entidades, e impulsar sus capacidades de gestión para lograr esos objetivos antes que centrarse en el proyecto concreto (el árbol que no deja ver el bosque).

4. *Flexibilidad*. Evaluable no equivale a exitoso. La evaluación fecunda se nutre más de los fracasos que de los éxitos, y deja espacio al riesgo y a la innovación. La evaluación debiera ser una fuerza capacitadora, no un corsé para la organización. La concurrencia de distintas perspectivas y metodologías, la tolerancia al fracaso y la disposición a asumir resultados inesperados, si son valiosos, son parte del juego.

5. *Comunicación*. No hay evaluación útil sin comunicación interna y externa. Las fundaciones sólo aprenden si todas las personas implicadas saben a dónde quieren llegar con el proceso de evaluación y comparten con honestidad los resultados; otro tanto sucede con las entidades colaboradoras y demás *stakeholders*. Es esencial conocer las necesidades de la audiencia o público objetivo del esfuerzo evaluador (patronos, empleados, entidades colaboradoras, etcétera).

6. *Transferibilidad*. Los indicadores han de ser coherentes, claros y fáciles de entender (28). La organización no aprende si sus miembros no entienden por qué y cómo serán evaluados. Es preferible implantar adaptaciones de indicadores ya existentes en los sectores empresarial, público o no lucrativo o, si se opta por crearlos *ex novo*, escoger aquéllos susceptibles de ser trasladados a otras entidades y programas (*actionability*). Conviene adoptar y, si acaso, personalizar indicadores ya probados por otras entidades para medir el éxito en determinadas áreas comunes de actuación (por ejem-

plo, educación o servicios sociales) a fin de hacer posible el *benchmarking* con la actividad de otros agentes en esa misma área, públicos o privados.

7. *Financiación*. La evaluación cuesta dinero. Si se exige a una entidad beneficiaria un esfuerzo de evaluación de un programa o proyecto, ese coste debe ser presupuestado como uno más del proyecto financiado (29).

8. *Enfoque*. No es posible ni conveniente medir todo. Para poder escoger de forma idónea el objeto y metodología de evaluación, hay que fijar previamente los objetivos que se persiguen. La primera pregunta a formularse es, pues, por qué queremos evaluar: qué tipo de información queremos conseguir y qué acciones pensamos adoptar una vez la obtengamos. Una vez respondida, procede concretar qué mediremos y cómo.

9. *Proactividad*. La evaluación es tanto más efectiva cuanto antes entra en escena. Esto no significa que la metodología evaluadora (i.e. los indicadores escogidos) deba condicionar el diseño de los proyectos; lo que implica es que la reflexión acerca de por qué y cómo evaluaremos es un *input* valioso en ese proceso de diseño, máxime si aspiramos a implementar los resultados de la evaluación. La evaluación *ex ante* permite recabar la información adecuada durante la marcha del proyecto y rectificar durante su transcurso. La evaluación así entendida mejora los resultados de los proyectos.

10. *Mejora continua*. La evaluación es un proceso no sólo iterativo, sino también perpetuo, enfocado a la mejora continua a través del aprendizaje del equipo de gestión de la fundación.

IX. OBSTÁCULOS Y RIESGOS DE LA IMPLEMENTACIÓN DE SISTEMAS DE EVALUACIÓN

Las oportunidades que la evaluación ofrece a las fundaciones para mejorar su desempeño organizativo y su impacto social, e incrementar su eficacia y su eficiencia, se extraen de lo argumentado hasta el momento con claridad meridiana. ¿Por qué, si la preocupación por la evaluación es tan antigua como la filantropía científica y se ha visto vivificada durante las últimas décadas en foros profesionales y académicos, tanto fundacionales como empresariales, cuesta tanto implantarla en términos prácticos?

El primer motivo es quizá la lógica resistencia de las entidades del Tercer Sector a internalizar metodologías de gestión empresarial. No por casualidad las prácticas evaluadoras son más frecuentes entre las fundaciones estadounidenses, más habituadas a implementar esas metodologías y más profesionalizadas, y también más

cuestionadas en tiempos recientes. Entre muchas fundaciones europeas la profesionalización y las prácticas adaptadas del mundo del *management* —la planificación estratégica en general y la evaluación en particular— se entienden todavía como un corsé limitador de la creatividad, la pasión o la innovación filantrópicas (Bertelsmann, 2001).

La inmensa diversidad del sector fundacional no ayuda tampoco a la implantación de sistemas de evaluación. ¿Qué tiene en común una fundación *grantgiving* pura con una fundación operativa pura en cuanto a sistemas de evaluación del desempeño organizativo? Una fundación *grantgiving* se dedica a distribuir sus recursos corrientes, normalmente monetarios, entre una serie de individuos u organizaciones en forma de becas o ayudas. Existen incluso fundaciones dedicadas a *regrant*, es decir, a redistribuir las ayudas monetarias de gran tamaño que reciben a entidades más pequeñas. En este tipo de fundación la evaluación suele enfocarse sobre la entidad beneficiaria o el programa financiado. Cuando la evaluada es la propia fundación, cobran protagonismo entre los indicadores del desempeño propio los costes de transacción, es decir, todos los costes en los que se ha incurrido en la transacción filantrópica al margen del precio, que normalmente es cero: los costes de investigación y búsqueda de información con vistas a la selección de beneficiarios, los costes de negociación y decisión, los costes del proceso administrativo desde el momento de la solicitud hasta el de la concesión, o los costes de supervisión del cumplimiento de las condiciones de la ayuda. Una fundación operativa, en cambio, dedica sus recursos al diseño y ejecución de sus propios programas. En este tipo de fundación los indicadores de desempeño organizativo se parecen mucho a los de cualquier empresa del sector servicios, pues se trata, en definitiva, de entidades no lucrativas productoras de servicios, de bienes subsidiarios de esos servicios y/o de comportamientos sociales.

Un último obstáculo tiene que ver con que la evaluación bien hecha, de forma sistemática y honesta, contiene la semilla del cambio. La resistencia al cambio, que es connatural a las organizaciones, puede ser incluso más difícil de vencer en el caso de las fundaciones, entidades conservadoras por excelencia (Rey, 2007). La evaluación sería para las fundaciones una fuente de mejora continua basada en la permanente insatisfacción, en las antípodas por tanto de la autocomplacencia o de la inercia organizativa.

El principal riesgo de la implementación de sistemas de evaluación está ligado a su uso controlador o cortoplacista. Si se suprime la posibilidad de aprender de los errores y se priman los resultados ciertos o inmediatos, acabarán siendo seleccionados sólo proyectos o programas que sean fácilmente mensurables, quedando

fuera los proyectos de elevado riesgo o resultados inciertos, o aquellos que, por pretender un impacto social ambicioso, cosechen sólo en el medio y largo plazo. Este riesgo se pone de manifiesto, en el caso de las fundaciones *grantgiving*, cuando las ayudas se concentran sobre un número reducido de iniciativas sintomáticas, debido a su impacto cuantitativo inmediato y a su fácil evaluación, o, en el caso de las fundaciones operativas, cuando la oferta se orienta a indicadores, a modo de profecía autocumplidora. Se consiguen así, por ejemplo, elevados impactos mediáticos para los programas porque previamente se han seleccionado las actividades o diseñado los proyectos que los componen según el criterio de su susceptibilidad de generar máximo interés en los medios.

Evaluar no es, ni mucho menos, un ejercicio fácil o gratuito para las fundaciones. Existen ya ejemplos significativos y diversos; podríamos hablar incluso de un repertorio suficiente, pero apenas contamos con indicadores universalmente aplicables, sobre todo en el ámbito de la eficacia y del impacto. A los responsables de las fundaciones les queda una importante labor de adaptación y/o creación de indicadores específicos que, a día de hoy, está más próxima al mundo de la artesanía (de la mayéutica socrática) que al de los estándares empresariales, pues es intensiva en conocimiento y en tiempo de gestión. La flexibilidad y el sentido común son las cualidades fundamentales para que la evaluación se convierta en una oportunidad para las fundaciones, en vez de en una carga limitadora.

X. UTILIDADES DEL MARKETING NO LUCRATIVO PARA LA IMPLANTACIÓN DE UNA CULTURA EVALUADORA

Tan cierto como que no existe evaluación efectiva fuera del contexto de una planificación estratégica es que no existe evaluación efectiva sin comunicación, tanto interna como externa (Tayart, 2005). Planificación, evaluación y comunicación son actividades interrelacionadas y concurrentes en las fundaciones. De ahí que iniciásemos este artículo con una puesta en contexto de la evaluación que la ligaba a los debates de actualidad en torno a la transparencia y la *accountability* o responsabilidad. Los ámbitos evaluadores de la eficiencia y del desempeño organizativo están ligados a la cuestión de la transparencia, mientras que los de la eficacia y el impacto social conectan en mayor medida con la preocupación por la *accountability*. El común denominador es una orientación a resultados que, en el caso de las fundaciones, sería a priori equivalente a una orientación a clientes y otros *stakeholders*. El círculo virtuoso de la evaluación se completa, por tanto, cuando la fundación hace una comunicación proactiva y selectiva de los resultados evaluados y del aprendizaje genera-

do gracias a su análisis e implementación a sus clientes y grupos de interés.

La progresiva implantación del concepto de *marketing* se ha traducido en la orientación de las empresas a cliente como estrategia maximizadora de beneficios (Kotler y Keller, 2006). Pero no hay que olvidar que para las empresas el lucro, entendido como beneficio o diferencia positiva entre gastos e ingresos, además de ser repartible, constituye el fin último de su existencia como organizaciones. La orientación a resultados no coincide necesariamente con la orientación a clientes. En el caso de las fundaciones, el lucro, no repartible, es un simple medio para alcanzar un fin último de interés general. Las fundaciones existen para los ciudadanos, para servir a la sociedad en sentido amplio y a una serie de grupos de interés genéricos (donantes, beneficiarios, usuarios) en particular. En este marco teórico, las fundaciones orientadas a resultados debieran ser las organizaciones orientadas a cliente por excelencia. No obstante, hemos visto que, en la práctica, una estrategia de orientación a cliente requiere, al igual que en las empresas, de un esfuerzo de gestión sostenido que permita alinear a la organización con esa estrategia y en el que se incluyen como pieza esencial sistemas de evaluación. En ausencia de ese esfuerzo sistemático, las fundaciones se orientan, en el mejor de los casos, a producto (como les sucedió a las empresas hasta mediados del s. XX) o, en el peor de los escenarios, a la agenda de intereses particulares o de su propia inercia organizativa. No es un hecho fortuito que las culturas evaluadoras sean propias de las fundaciones orientadas a su entorno en general y a sus clientes en particular (Ostrower, 2004).

Si el concepto de *marketing* y la cultura evaluadora están íntimamente ligados en las fundaciones, otro tanto sucede entre la función de *marketing* y el proceso de evaluación propiamente dicho. Existe, en nuestra opinión, cierta visión reductora del potencial del *marketing* en el Tercer Sector. Los más reacios a la implantación de prácticas de gestión empresarial en las entidades no lucrativas lo entienden como un conjunto de tácticas de comunicación manipuladora de corte mercantilizador. Aquellos más receptivos lo consideran como una aplicación minoritaria del *marketing* de servicios que tiene la particularidad de añadir a la gestión de la relación con los beneficiarios de ayudas o usuarios de servicios un segundo interfaz de relación con los donantes.

La realidad sugiere, en cambio, que la función de *marketing* en las entidades no lucrativas en general, y en las fundaciones en particular, es más compleja que en las empresas y, bien entendida, igual o incluso más necesaria que en ellas. El concepto de *marketing* y su traducción operativa permiten a la fundación establecer un contacto permanente con sus *stakeholders*; entender, configurar o anticipar las necesidades de

éstos y, en ese proceso, trasladar a la sociedad la visión o teoría de cambio social que sustenta la misión fundacional (Hannagan, 1992).

Vimos, al glosar el caso práctico de adaptación del CMI a una entidad no lucrativa, cómo la complejidad y naturaleza sistémica inherentes a la labor fundacional requieren ampliar los ámbitos de evaluación. Al igual que en una empresa, existen una perspectiva financiera (que en caso de las fundaciones es un medio, no un fin), una de procesos de negocio (tanto más compleja cuanto más operativa sea la fundación), una de aprendizaje y crecimiento y una de clientes (WEF, 2003). La perspectiva o categoría de clientes de una fundación es mucho más amplia que la de una empresa, pues sus clientes no son exclusivamente sus beneficiarios o usuarios, sino todos los *stakeholders* con los que interactúa en busca de impacto, influencia o apalancamiento. La responsabilidad es más amplia y evidente que en el caso de una empresa de tamaño comparable. Además, existe una quinta perspectiva de impacto social y otra, que escapa a metodologías cuantitativas como el CMI, puramente normativa; ambas exclusivas de las fundaciones e intrínsecamente ligadas al concepto de *marketing*. Por otro lado, su orientación a clientes es una orientación mediada por valores o normativizada, en el sentido de que las fundaciones, al perseguir estrategias maximizadoras del interés general, buscan con más frecuencia modificar las necesidades de sus clientes o anticipar su diseño futuro que satisfacerlas en su estado actual. La prestación de servicios necesarios es una parte significativa de la labor de las fundaciones, pero el esfuerzo por modificar comportamientos y configurar mentalidades no lo es menos.

La función de *marketing*, así entendida, parece la mejor posicionada para convertirse en adalid de las prácticas evaluadoras en el día a día de las fundaciones, dado que se basa, por un lado, en una comunicación efectiva (compuesta de escucha activa y de *feedback* o retroalimentación) con sus clientes y otros grupos de interés y con su entorno en general, y por otro, en un análisis factual del entorno de la fundación que incluye las percepciones que de su labor tienen todos los grupos de interés relevantes.

XI. CONCLUSIONES

1. La preocupación por medir la actividad de las fundaciones nace con el modelo de filantropía científica a finales del s. XIX, y se transforma durante la segunda mitad del s. XX en interés por evaluar (medir para mejorar). Este interés se ha visto acrecentado en los últimos años por el debate en torno a la transparencia y *accountability*, o responsabilidad fundacional. A día de hoy, sin embargo, este interés por la evaluación aún no se ha

traducido en metodologías y prácticas de gestión sistémicas para la mayor parte de las fundaciones.

2. Evaluar es no sólo conveniente, sino también necesario, en el complejo entorno actual de las fundaciones. La evaluación como proceso permite mejorar la calidad de los sistemas de gestión y el desempeño organizativo de las fundaciones en términos de eficiencia; la evaluación como cultura les permite mejorar la calidad de sus iniciativas, su posicionamiento como entidad, su eficacia y el grado de cumplimiento de su misión y, en último término, aprender y generar conocimiento transferible a sus *stakeholders* o grupos de interés y a la sociedad en general.

3. No puede existir evaluación efectiva sin planificación estratégica. Tanto los procesos organizativos como los indicadores de desempeño e impacto deben estar alineados con la estrategia. La evaluación puede convertirse en la brújula de la fundación, pero sólo será útil si la fundación sabe hacia dónde va.

4. Evaluar no es fácil ni es gratis. Es un proceso inductivo que, a la manera de la mayéutica socrática, requiere de la formulación de las preguntas adecuadas y de un esfuerzo racional y un compromiso ético de todos los actores relevantes en la fundación para responderlas, y extraer e implementar aprendizaje de todo ello. Exige adoptar, adaptar o crear indicadores cuantitativos e hitos cualitativos coherentes con la misión y objetivos estratégicos de la fundación. Cuesta talento, dinero y tiempo.

5. Existe un repertorio amplio y contrastado de alternativas evaluadoras para las fundaciones (eficiencia/eficacia, desempeño organizativo/impacto social, resultados —RSI—, desempeño —CMI—, *benchmarking* —índices—, etc.). Muchas de ellas son perfectamente complementarias, además de transferibles al diversísimo panorama fundacional. A los máximos responsables de las fundaciones corresponde decidir para qué quieren evaluar, con qué combinación de herramientas lo harán y cómo implementarán los resultados de la evaluación para conseguir alimentar el círculo virtuoso de la mejora continua.

6. Las fundaciones, entendidas como organizaciones de alta complejidad en un entorno sistémico, requieren de sistemas de evaluación ampliados respecto al mundo empresarial. Ampliados normativamente (la misión es el fin) y ampliados socialmente (la sociedad es el cliente). La evaluación es, en este sentido, más compleja y cualitativa en el caso de las fundaciones que en el caso de las empresas.

7. El *marketing*, entendido bien como cultura de orientación a los clientes y demás *stakeholders*, bien

como función de gestión de las relaciones con ellos, es el ámbito esencial de implementación del proceso evaluador en el día a día de las fundaciones, con independencia de que su impulso en el medio y largo plazo deba corresponder a los máximos ejecutivos de estas organizaciones. El potencial de las fundaciones y, en general, de las entidades no lucrativas, radica en conseguir una plena orientación a clientes mediada por valores.

8. La evaluación puede ser sumamente provechosa para las fundaciones si se utiliza en un doble frente. Primero, como germen de una cultura planificadora flexible orientada a clientes y a innovación, implementada de manera sostenida en el tiempo y con altas dosis de sentido común y participación de los miembros de la organización. Segundo, si se traduce en estrategias de transparencia y responsabilidad que impacten sobre el entorno. La evaluación así entendida no sólo se convierte en el *input* fundamental de los sistemas de gestión en general, y de las estrategias de *marketing* y comunicación interna y externa en particular, sino que además trasciende al ámbito normativo y ayuda a actualizar el triple alineamiento entre entorno-misión, misión-organización y organización-estrategia.

NOTAS

(1) La cuestión de la evaluación del desempeño fundacional, sobre todo en términos de efectividad o impacto, ha estado omnipresente en los programas de los foros de formación continua que ha ofrecido el European Foundation Centre (EFC) a los patronos y directivos de fundaciones europeas durante la última década (www.efc.be). La Fundación Bertelsmann, referencia europea en planificación estratégica aplicada a fundaciones, dedicó en 2000 su tercer simposio bianual, de carácter internacional, a *Efectividad y evaluación en las fundaciones* (BERTELSMANN, 2001).

(2) Una encuesta realizada en 2003 entre 1.192 fundaciones *grant-making* de los Estados Unidos, con el objetivo de estudiar sus actitudes y prácticas en relación con la filantropía efectiva, puso de manifiesto cómo el porcentaje de fundaciones que realizaban evaluaciones formales era mayor cuanto más proactivo era su estilo de *grantmaking*, cuanto más apoyo no financiero proporcionaban a sus beneficiarios —asistencia técnica, asesoramiento—, cuanto más se interesaban en influenciar políticas y cuanta más atención prestaban al desarrollo y formación de sus empleados. Sólo el 28 por 100 de las fundaciones que puntuaban bajo en estos cuatro ámbitos realizaba evaluaciones formales, porcentaje que ascendía al 62 por 100 para las que puntuaban alto en los cuatro (OSTROWER, 2004).

(3) En el ámbito del tercer sector, véanse las directrices de *Independent Sector*, el principal foro de entidades no lucrativas de los Estados Unidos, para crear una cultura de transparencia y responsabilidad en una entidad no lucrativa. Incluyen, entre otras, la adopción de un código ético, la previsión de una política para conflictos de interés, el cumplimiento de las responsabilidades financieras, legales y fiscales, la auditoría externa y la publicidad real del balance y la cuenta de resultados, y una comunicación activa a los *stakeholders* de toda la información de gobierno y gestión relevante, incluidos los procedimientos y resultados de evaluación (www.independentsector.org). En el ámbito de las administraciones públicas, véase, por ejemplo, la «European Transparency Initiative» impulsada por la Comisión Europea a finales de 2005, dirigida a «aumentar la apertura y accesibilidad de las instituciones de la UE, concienciar acerca

del uso del presupuesto de la UE y hacer las instituciones de la UE más responsables (*accountable*) ante el público», y plasmada, entre otras acciones, en un registro voluntario de *lobbys* y la publicación anual de los beneficiarios de fondos europeos, tanto en forma de ayudas como de contratos (www.ec.europa.eu).

(4) El economista Milton Friedman se manifiesta contra la moda de la responsabilidad social corporativa en su libro *Capitalism and Freedom*, The University of Chicago Press, 1962, y en posteriores colaboraciones en prensa. También raya el rechazo la revisión que de la responsabilidad social corporativa hace la revista *The Economist*, desde el más expresivo escepticismo, en su dossier *The Good Company. A Survey of Corporate Social Responsibility*, de enero de 2005.

(5) Para conocer las inquietudes y maneras de los nuevos «filantropistas», o «emprendedores sociales», véase «Survey of wealth and philanthropy», *The Economist*, 25 de febrero de 2006.

(6) www.ashoka.org

(7) Entre las organizaciones que han adoptado este paradigma filantrópico en los Estados Unidos destacan REDF, Venture Philanthropy Partners o Social Venture Partners. La «venture philanthropy» está siendo promovida en Europa por la European Venture Philanthropy Association (www.evpa.eu.com). No obstante, y tal y como se puso de manifiesto en la 4th EFC Summer Academy on Philanthropy organizada por el European Foundation Centre en 2005 bajo el título de «Strategies for Effective Philanthropy», la mayoría de fundaciones europeas han adoptado, con el fin de aumentar su eficacia, estrategias más cercanas al mundo de la formulación de políticas públicas, donde procuran desempeñar un papel de catalizadoras de voluntades y acciones en colaboración en torno a problemas sociales a medio y largo plazo (la *convenor philanthropy* del modelo de Tayart de Borms), que al mundo del capital riesgo o la empresa en general.

(8) www.iso.org.

(9) Este círculo de mejora continua, cuyo acrónimo en inglés es PDCA (de *Plan Do Check Act*), es introducido en la literatura de gestión empresarial por W. Edwards Deming y recogido por los planteamientos de gestión de calidad total (TQM).

(10) Vid. el sugerente prólogo de Luis Castro Nogueira a la edición de Selecciones Austral de PLATÓN (1984), *Diálogos. Fedón, o de la inmortalidad del alma. El banquete, o del amor. Gorgias, o de la retórica*, Espasa-Calpe, Madrid.

(11) El European Foundation Centre ha recopilado los códigos de buenas prácticas de las asociaciones de fundaciones o entidades donantes de once países europeos, entre los que no se encuentra España, en www.efc.be, donde también están disponibles sus *Principios de buenas prácticas*; el *Código de conducta* de las ONG de desarrollo se encuentra en www.congde.org.

(12) www.fundacionlealtad.org.

(13) BERTELSMANN (2001).

(14) Para ilustrar la diferencia entre eficiencia y eficacia, traemos a colación un ejemplo de la literatura de gestión del tiempo de última generación, que sustituye el reloj por la brújula: «Existe una diferencia vital entre la eficiencia y la efectividad. Imagina que vas conduciendo por la autopista, disfrutando un tiempo agradable y alcanzando grandes velocidades. Quizás seas muy eficiente. Pero si te diriges hacia la Costa de California y tu destino es Nueva York, entonces no estás siendo muy efectivo». En COVEY, Stephen R. (2003), *First Things First*, Free Press, Nueva York.

(15) Muchas de estas experiencias son buscables a través de la página web de la American Evaluation Association, en www.eval.org, que contiene además recursos de utilidad para evaluar en entornos empresariales y no lucrativos.

(16) WKKF (1998, 2002 y 2006). En su web www.wkkf.org pueden encontrarse publicaciones de la propia fundación sobre evaluación y

una «caja de herramientas» dirigida a sus entidades beneficiarias al objeto de facilitarles la labor evaluadora y el aprendizaje derivado de ésta. Este *toolkit* contiene aproximaciones y preguntas evaluadoras, los componentes de un plan de evaluación, instrucciones para presu-puestarlo, sugerencias para seleccionar y gestionar evaluadores externos y otros recursos de utilidad para las fundaciones en general.

(17) Vid. las bases de datos interactivas asociadas a su proyecto *Kids Count* en www.aecf.org.

(18) The Pew Charitable Trusts se han caracterizado por la introducción de prácticas de gestión empresarial en su actividad filantrópica. En su página web www.pewtrusts.com están disponibles tanto las evaluaciones sobre sus propios proyectos como sus publicaciones acerca de gestión del conocimiento, planificación estratégica y comunicación externa.

(19) www.gatesfoundation.org y www.rockfound.org. Entre los informes evaluadores externos destaca *Evaluation of the Sound Families Initiative. How are they faring? Findings on 51 families one year after exiting transitional housing programs*, de enero de 2007, por ser la evaluación parte integrante esencial del propio programa destinado a familias sin techo. Se trata de una metodología evaluadora participativa y de máximo alcance, pues los datos sobre las familias participantes se refieren tanto a su etapa sin techo como a la de participantes en los programas de acogida provisional, y a su vida posterior. El seguimiento y análisis continuo de estos datos reconfiguran los objetivos y procesos del programa durante el transcurso de éste.

(20) Los máximos directivos de ambas fundaciones compartieron sus visiones y experiencias en ese ámbito con motivo del *EFC Spring Symposium* organizado en la Fondazione Cassa di Risparmio di Roma en marzo de 2003 bajo el título de *The Role of Foundation Chief Executives*.

(21) REDF (antes llamada Roberts Enterprise Development Fund) es una entidad no lucrativa estadounidense, con base en el área de San Francisco, que se dedica a invertir en un portafolio de «empresas sociales», entendiendo por tales a empresas que son propiedad de entidades no lucrativas y están gestionadas por ellas. La medición es uno de los elementos críticos de su cultura como organización. REDF fue pionera en aplicar la metodología del RSI y publicó en 2000 una serie de informes y *papers* para documentar sus esfuerzos por evaluar con ella su propio portafolio de empresas sociales. Esos hallazgos están disponibles en su web www.redf.org bajo el título de «Social return on investment (SROI) collection», e incluyen un modelo en formato de hoja de cálculo Excel. Por otro lado, REDF pone a disposición de las empresas sociales en las que invierte un sistema de gestión de información de desarrollo propio llamado OASIS (*the Ongoing Assessment of Social Impacts*) que les ayuda a incorporar la medición de su desempeño y de su impacto social a la práctica del día a día (vid. informe publicado en 2002 en la misma web), y apoya la realización de *social impact reports* a través de entrevistas semestrales con los empleados de las empresas sociales (publicados en 2005 en la misma web).

(22) Vid. apéndice 2 de *Philanthropy Measures Up*.

(23) www.bscol.com. El manual de Horváth & Partners, traducido al castellano y eminentemente orientado hacia la implementación en la práctica de esta metodología, incluye una interesante propuesta de adaptación del CMI al sector público, con referencias al caso alemán, páginas 441-477.

(24) www.lbg-online.net y *London benchmarking group* (2004).

(25) www.bitc.org.uk.

(26) www.measuringphilanthropy.com y *Walker Information* (2002).

(27) El centro dispone en su web de versiones íntegras o abreviadas de muchos de estos informes, entre otras publicaciones, y de una herramienta básica de autoevaluación, la *Performance assesment worksheet*, diseñada para establecer indicadores de impacto, estrategia, operaciones y gobernanza. www.effectivephilanthropy.org.

(28) NICHOLE S. Rowles, responsable de planificación y evaluación en The Pew Charitable Trusts, explicaba recientemente cómo un sistema básico de calificaciones similar al escolar y aplicado de forma pública a los proyectos financiados por los trusts puede tener multitud de consecuencias positivas: llamar la atención sobre un asunto, servir como indicador para la evaluación del desempeño, destacar los modelos de éxito, motivar a las organizaciones a mejorar, capturar el interés de los medios de comunicación, extender buenas prácticas o fomentar el cambio en la formulación de políticas (ROWLES, 2006).

(29) En 2000 la Fundación Mott anunció la puesta en marcha de un ambicioso programa de evaluación de los programas educativos *after-school* (dirigidos a los alumnos menos aventajados fuera de horario lectivo) que se han convertido en su marca distintiva. El programa, en colaboración con el Departamento de Educación del Gobierno de los Estados Unidos, y dotado con 16 millones de dólares, pretendía evaluar a lo largo de seis años programas de financiación tanto pública como privada a través del seguimiento a cerca de 10.000 estudiantes participantes en ellos (BERTELSMANN, 2001).

BIBLIOGRAFÍA

ANHEIER, Helmut K., y LEAT, Diana (2006), *Creative Philanthropy. Towards a New Philanthropy for the Twenty-First Century*, Routledge.

BERTELSMANN FOUNDATION (ed.) (2001), *Striving for Philanthropic Success: Effectiveness and Evaluation in Foundations*, Bertelsmann Foundation Publishers, Gütersloh.

CARNEGIE, Andrew (2006), *The «Gospel of Wealth» Essays and Other Writings*, Penguin Books, Londres.

CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE CAJAS DE AHORROS —CECA— (ed.) (2005), *Valoración del Impacto de la Obra Social*, elaborado por Price-waterhouseCoopers y AIS-Aplicaciones de Inteligencia Artificial.

DEES, J. Gregory (1998), «Enterprising nonprofits», *Harvard Business Review on Nonprofits*, Harvard Business School Press.

FUNDACIÓN LEALTAD (2006), *Guía de la transparencia y las buenas prácticas de las ONG*, Madrid.

HANNAGAN, Tim J. (1992), *Marketing for the Non-profit Sector*, Macmillan, Londres.

HORVÁTH & PARTNERS (2001), *Dominar el cuadro de mando integral*, Ediciones Deusto, Barcelona.

KAPLAN, Robert S., y NORTON, David P. (1992), «The balanced scorecard-measures that drive performance», *Harvard Business Review*, volumen 70, nº 1.

KOTLER, Philip, y KELLER, Kevin L. (2006), *Dirección de marketing*, Pearson, Madrid.

LETTES, Christine W. et al. (1999), «Virtuous capital: What foundations can learn from venture capitalists», *Harvard Business Review on Nonprofits*, Harvard Business School Press.

LONDON BENCHMARKING GROUP (2004), *Measure for Measure. Celebrating the LBG's first ten years*.

MARTIN, Maximilian, y ERNST, Andreas (2006), «A dashboard approach to measurement», *The UBS Philanthropy Forum 2006 Viewpoints*, UBS Philanthropy Services.

MEFFERT, Heribert (2005), «Las fundaciones como impulso para el cambio», en *Responsabilidad Cívica*, Fundación Bertelsmann, Barcelona.

MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES —MTAS— (2005), *Quién es quién. Las entidades de acción social beneficiarias de la asignación tributaria del 0,52 por 100 del IRPF, convocatoria 2004*, Madrid.

- OSTROWER, Francie (2004), *Attitudes and Practices Concerning Effective Philanthropy*, The Urban Institute.
- PORTER, Michael E., y KRAMER, Mark R. (1999), «Philanthropy's new agenda: Creating value», *Harvard Business Review*, noviembre.
- (2002), «The competitive advantage of corporate philanthropy», *Harvard Business Review*, diciembre.
- REY GARCÍA, Marta (2004a), «El panorama real de las fundaciones en España: ¿el fin de la filantropía?», *Arte, Empresa y Sociedad*, Grupo Xabide.
- (2004b), «Más allá del 11-S: ¿un nuevo paradigma para el Tercer Sector?», en SÁENZ DE MIERA, Antonio (ed.), *El impacto del 11-S en el sector filantrópico*, Fundación BBVA.
- (2007), «La gestión de las fundaciones en el siglo XXI. Retos, tendencias y una hoja de ruta», *Revista Española del Tercer Sector*, Fundación Luis Vives, n.º 6.
- RICART, Joan Enric et al. (2005), *The Sustainable Enterprise: Learning from DJSI Leaders*, Fundación BBVA, Bilbao.
- ROCKEFELLER, David (2004), *Memorias*, Editorial Planeta, Barcelona.
- ROWLES, Nichole S. (2006), «Evaluation: Report cards as a grantmaking tool», *Trust Magazine*, otoño, The Pew Charitable Trusts.
- SAWHILL, John, y WILLIAMSON, David (2001), «Measuring what matters in nonprofits», *The McKinsey Quarterly*, n.º 2, 2001.
- SILVERMAN, Les (2004), «Building better foundations», *The McKinsey Quarterly*, n.º 1, 2004.
- THE ECONOMIST (2005), «The good company. A survey of corporate social responsibility», 22 de enero.
- (2006), «Survey of wealth and philanthropy», 25 de febrero.
- TAYART DE BORMS, Luc (2005), *Foundations. Creating Impact in a Globalised World*, John Wiley & Sons.
- THE PEW CHARITABLE TRUSTS —TPCT— (ed.) (2001), *Returning Results. Planning and Evaluation at The Pew Charitable Trusts*.
- WALKER INFORMATION (2002), *Measuring the Business Value of Corporate Philanthropy. National Benchmark Study*, Council on Foundations, Washington, D.C.
- WILLIAMS, Bob, e IMAN, Iraj (eds.) (2007), *Systems Concepts in Evaluation: An Expert Anthology*, American Evaluation Association.
- W. K. Kellogg Foundation —WKKF— (ed.) (1998), *W. K. Kellogg Foundation Evaluation Handbook* (disponible traducción al castellano).
- (ed.) (2002), *Fundación W. K. Kellogg. Guía de Desarrollo de Modelos Lógicos* (disponible versión en inglés).
- (ed.) (2006), *Presentation on Cluster-Initiative Evaluation at W. K. Kellogg Foundation*.
- WORLD ECONOMIC FORUM —WEF— (2003), *Philanthropy Measures Up, Global Leaders for Tomorrow Benchmarking Philanthropy Report*.

El ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones (fundación-empresa y fundación con empresa): su significado en el régimen jurídico de las Cajas de Ahorros en España

José Miguel Embid Irujo (*)

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los temas recurrentes en el intenso debate que desde hace muchos años se desarrolla en nuestro país en torno a las Cajas de Ahorros aparece centrado alrededor de su naturaleza jurídica, es decir, de los caracteres que, desde el punto de vista del Derecho, distinguen a dichas entidades de crédito (1). Que las Cajas de Ahorros son un sujeto jurídico singular respecto de los bancos y las cooperativas de crédito, instituciones todas ellas integradas en la categoría denominada «entidades de crédito», es una afirmación no necesitada de una prueba especial. Basta con observar algunos rasgos externos de su organización y actividad para apreciar las considerables divergencias que separan a las Cajas de los bancos y de las cooperativas de crédito. Frente a la condición común a estas dos últimas instituciones de ser sujetos de Derecho basados en una agrupación de personas (al margen de ciertas diferencias relevantes, no pertinentes en este momento), las Cajas carecen de socios, y los resultados de su actividad como entidades de crédito no destinados a la constitución de reservas están afectados al cumplimiento y satisfacción de objetivos y fines de interés general.

Sobre la base de las dos circunstancias que acabamos de señalar, y prescindiendo ahora de las múltiples vertientes que confluyen en su complejo régimen jurídico, se ha podido defender, con variados matices, según los casos, la inserción de las Cajas de Ahorros españolas en el ámbito de la figura institucional de la fundación. Como es bien sabido, y de acuerdo con el art. 2, 1º de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, en Derecho español son «fundaciones las organizaciones constitui-

das sin fin de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general». La cercanía, si bien no total identidad, de esta caracterización legal con los rasgos esenciales de las Cajas se encuentra en la base de su entendimiento como entidades de naturaleza fundacional (2).

No obstante, todas las entidades de crédito tienen en común el ser empresarios, es decir sujetos titulares de una organización profesionalmente activa en el mercado del crédito, en cuyo seno desarrollan sus principales tareas sometidas a un régimen de competencia económica. Este extremo, no siempre advertido con la precisión que debiera, obliga, de entrada, a matizar la naturaleza fundacional asignada a las Cajas de Ahorros. Y es que, por regla general, las fundaciones, sin perjuicio de que puedan ser calificadas, en términos generales, como auténticos «operadores económicos del mercado» (3), se han solido considerar entidades ajenas a la titularidad y el ejercicio de actividades empresariales por carecer de fin de lucro, tal y como señala el art. 2 LF (4). Esta afirmación, como tantas otras frecuentemente predicadas del Derecho de fundaciones, es una verdad a medias; ya desde el siglo XIX, y sobre todo en algunos países europeos, como Alemania, se había discutido y afirmando la posibilidad y la legitimidad de que las fundaciones llevaran a cabo, directa o indirectamente, actividades empresariales en el mercado, sin dejar por ello de merecer dicho calificativo. Nos encontramos así en el temario, no siempre fácil, de la relación entre fundación y actividad empresarial, tradicionalmente contemplado a través de la figura denominada «fundación-empresa», pero no limitado a ella, como tendremos ocasión de ver a lo largo del presente trabajo. En

todo caso, conviene señalar que la llamada fundación-empresa es una persona jurídica de base patrimonial que, como todas las fundaciones, ha de cumplir un fin de interés general (5), lo que no le impide ser titular directo e inmediato de una empresa, asumiendo, por ello, las consecuencias de la concreta actividad económica desarrollada en el mercado.

Resulta inexacto, por tanto, afirmar la naturaleza fundacional de las Cajas de Ahorros sin mayores matices. Más correcto parece advertir que dichas entidades de crédito, por su evidente carácter empresarial, muestran considerable afinidad con la figura de la fundación-empresa en cuanto que, por sí mismas y sin mediación de ningún otro sujeto, ejercen las actividades propias de toda entidad de crédito, debiendo afectar su resultado no atribuible a reservas (fondos propios) al cumplimiento de los fines de interés general que les caracterizan (6). Esta forma de calificar jurídicamente a las Cajas de Ahorros, que, como sabemos, no ha alcanzado carácter unánime entre los especialistas, plantea en todo caso diversas cuestiones de interés que van desde la misma comprensión de la categoría de fundación-empresa, como punto de partida conceptual, hasta las repercusiones concretas que dicha calificación jurídica pueda suponer en su concreto régimen normativo. Cabe, así, pensar, entre otros temas, en la posible aplicación directa de la legislación de fundaciones a las propias Cajas (7), cuya normativa fundamental, no del todo completa, aparece concebida desde su carácter de entidades de crédito, que vendría a absorber, para algunas opiniones, toda la vertiente jurídicamente relevante de las mismas.

El relieve jurídico, tanto teórico como práctico, de las materias que venimos considerando, así como su intrínseca complejidad, justifican la realización del presente estudio. En él pasaremos revista a las formas de ejercicio de las actividades empresariales por las fundaciones, poniendo de manifiesto la legitimidad del vínculo entre unas y otras; a tal fin, se analizarán los dos supuestos básicos al respecto, tal y como la doctrina y, en menor medida, la legislación ponen de manifiesto: la *fundación-empresa*, propiamente dicha, de la que hemos venido hablando hasta ahora, y la, quizá más frecuente pero menos conocida, *fundación con empresa*, caracterizada por el intento de separar jurídicamente la fundación del ejercicio directo de la actividad empresarial. El estudio contemplará con especial atención el régimen jurídico de ambas figuras en el Derecho español (8), sin marginar su relieve en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. Y todo ello, como parece lógico, proyectando los resultados y las ideas que se vayan obteniendo sobre las Cajas de Ahorros, cuya eficiencia económica y trascendencia social las convierte en uno de los más acabados ejemplos, dentro de su singularidad, del fenómeno de la fundación-empresa.

II. APROXIMACIÓN AL TRATAMIENTO NORMATIVO DEL VÍNCULO ENTRE FUNDACIÓN Y ACTIVIDAD DE EMPRESA: CUESTIONES CONCEPTUALES, SISTEMÁTICAS Y NORMATIVAS

1. Una cuestión previa: la fundación como operador económico del mercado

A) Consideraciones generales

Aunque las fundaciones carezcan de fin de lucro —como se puede observar, según sabemos, en el Derecho español y en numerosos ordenamientos de otros países—, resulta evidente su inevitable participación en la vida económica a través de muy diversas actividades y circunstancias. En nuestros días, pero también con anterioridad, constituye un hecho cotidiano que las fundaciones adquieran regularmente bienes en el mercado, presten numerosos servicios, incluso retribuidos, de acuerdo con los fines de interés general que justifican su creación, empleen, en ocasiones, a numerosos trabajadores y sean susceptibles, en fin, de caer en concurso si, por resultar insolventes, no pueden atender al pago corriente de sus obligaciones. Y es que, para formular un adecuado régimen jurídico, las fundaciones han de contemplarse en la actualidad desde una perspectiva dinámica que sirva para acreditar su presencia en la sociedad como agentes prestadores de servicios orientados por fines de interés general y no de carácter lucrativo (9).

Naturalmente, esa *actividad servicial* implica la disposición de elementos materiales, la colaboración de diversas personas y la utilización de recursos económicos, elementos todos ellos que han de ser debidamente coordinados por el órgano directivo de la fundación, siempre con el objetivo del mejor cumplimiento de su específico fin. Por cuanto que las actividades de la fundación han de servir o beneficiar a «colectividades genéricas de personas» (art. 3, 2º LF), resulta obvia la necesidad de informar y difundir públicamente aquéllas, haciéndolo siempre con la debida transparencia y rigor. Por otra parte, la práctica social nos muestra que pueden ser varias, o tal vez muchas, las fundaciones que pretendan prestar a la sociedad actividades serviciales idénticas o similares. Ello nos lleva, de manera inevitable, al establecimiento de una situación de concurrencia entre ellas que, obviamente, habrá de ser dirimida y resuelta de acuerdo con el Derecho del mercado, y muy especialmente con las normas relativas a la defensa y lealtad de la competencia.

Todas estas circunstancias, de intensidad variable según el relieve patrimonial de la concreta fundación y su significación en la realidad social, han conducido a calificar a esta persona jurídica como un auténtico «operador económico del mercado». Dicho calificativo

(10) significa, ni más ni menos, que la realización de las actividades propias de las fundaciones no se lleva a cabo en un ámbito ajeno a la realidad económica ni exento de regulación; las fundaciones, aun sin ser empresarios en sentido estricto, actúan en el mercado y han de quedar, por ello mismo, sometidas a las reglas generales de éste, a lo que se ha venido en llamar «Derecho del mercado» (11). Esta afirmación sorprenderá quizá a algunas personas, y en particular a quienes sigan pensando, de acuerdo con una visión dogmática tradicional, que la fundación es para el Derecho, meramente, un «patrimonio afectado a un fin». De este modo, y por razón del habitual carácter no lucrativo del fin, pudiera parecer que la fundación, entendida desde los patrones clásicos, permanecería en su actividad, generalmente benéfica y gratuita, al margen de los imperativos propios de la actividad económica y de las exigencias características del mercado. Además, la existencia de una, cuando menos teórica, sólida dotación patrimonial, permitía a la fundación considerarse autosuficiente y, por ello mismo, prescindir de los expedientes técnicos necesarios para allegar más recursos a los efectos de poder cumplir satisfactoriamente su propio fin.

Aunque la Ley 50/2002 mantiene, dentro del Derecho español, el papel determinante del patrimonio para la configuración básica de la fundación (12), como persona jurídica, también introduce la idea de que ésta última es, en esencia, una «organización», es decir, una estructura permanente de medios y personas, articulada para realizar sus propios fines. Con independencia de su mayor o menor tamaño, esta referencia organizativa, que ya se encontraba en la Ley 30/1994, precedente de la actual, pone de manifiesto la trascendencia de la articulación interna de la fundación, que se viene a constituir así en presupuesto necesario de su propia actividad. Sin duda, la dotación patrimonial es un elemento básico para la consecución del fin de la fundación; pero, sin perjuicio de este extremo y de la cada vez más variada forma de conseguirla (13), resulta indudable el relieve del «momento organizativo», que, por otra parte, no sólo adquiere sentido *ad intra*, sino que, como se acaba de decir, supone el requisito esencial para la proyección externa de la fundación.

B) *La influencia del Derecho mercantil, y en especial del Derecho de sociedades, en la legislación de fundaciones*

La citada dimensión organizativa y el relieve de la fundación como «operador económico del mercado» pueden ser los factores que expliquen la progresiva influencia ejercida por diferentes sectores del Derecho mercantil a la hora de establecer, en nuestros días, el régimen jurídico de aquélla (14). Sin duda, esta influencia se traduce en la aplicación del Derecho del merca-

do y, más concretamente, del Derecho de la competencia, en su doble versión *anti-trust* y de represión de la competencia desleal, a las fundaciones. Y ello no sólo a escala nacional, sino también desde una perspectiva supranacional, como es el caso de la Unión Europea. En este ámbito, como es sabido, el concepto de «empresa», en cuanto presupuesto de aplicación del Derecho de la competencia, se concibe con tal amplitud que no se requiere un fin de lucro, de modo que se pueden subsumir en su seno entidades como las fundaciones (15). También, como ya hemos indicado, se aprecia el mencionado influjo en el ámbito de la crisis económica de la fundación, con la posibilidad de que se les aplique, en caso de insolvencia, la legislación concursal (16).

Pero donde más se percibe la influencia del Derecho mercantil en la legislación de fundaciones es en el Derecho de sociedades mercantiles, y más específicamente en el régimen relativo a las sociedades de naturaleza capitalista, como la anónima y la sociedad de responsabilidad limitada. Hay en ello una aparente paradoja, dada la base personal que caracteriza a estas últimas y el notorio carácter institucional de la fundación, derivado tradicionalmente del papel básico atribuido al patrimonio aportado por el fundador. En realidad, esta influencia de las normas societarias en el Derecho de fundaciones, bien perceptible ya en la Ley 30/1994, no hace sino aprovechar la experiencia jurídica propia de unas organizaciones como las sociedades mercantiles de capital, objeto de minuciosa consideración por el legislador. En ese tratamiento normativo, condicionado decisivamente en los últimos años por el Derecho de la Unión Europea, se aprecia una considerable atención a los aspectos de integración patrimonial de la sociedad, tanto en lo que se refiere a su constitución como a las aportaciones derivadas de un aumento de capital, así como a los temas específicos de su estructura orgánica y al régimen de contabilidad aplicable.

Sin perjuicio de otros aspectos, también relevantes en la vida de las sociedades mercantiles, son los tres que acabamos de mencionar los más característicos desde el punto de vista de la influencia del Derecho de sociedades en el régimen jurídico de la fundación. La Ley 50/2002, en tal sentido, contiene en su seno numerosos preceptos que reflejan la mencionada influencia. Así se aprecia, por ejemplo, con las cautelas establecidas a propósito de las aportaciones a la dotación, en sede de constitución de la persona jurídica fundacional, como garantía de su integridad. En este sentido, se impone la intervención de un experto independiente para valorar las aportaciones *in natura* a la dotación; en todo caso, sea cual sea la naturaleza del bien aportado, habrá de acreditarse o garantizarse la realidad de las aportaciones ante el notario autorizante de la escritura constitutiva de la fundación (art. 12, 2º, LF) (17).

Mayor influencia puede apreciarse, incluso, en la disciplina relativa a la estructura orgánica de la fundación, a pesar de la notoria diferencia entre ambas personas jurídicas que impide trasladar *sic et simpliciter* la estructura orgánica dualista de la sociedad anónima a la fundación. Por ello, las similitudes se manifiestan en el ámbito del Patronato, si bien, como decimos, de manera significativa. Como es sabido, la Ley 50/2002 regula con detalle el Patronato, entendido como «órgano de gobierno y representación» de la fundación (art. 14, 1º LF). Pues bien, algunos de los aspectos básicos de su régimen, como es el relativo a la responsabilidad de los patronos en lo que se refiere al modo de responsabilidad y circunstancias de la exoneración (art. 17, 2º LF), resultan coincidentes, casi literalmente, con la disciplina societaria en la materia (18). Finalmente, el Derecho de sociedades y, más ampliamente, el Derecho mercantil muestran un claro influjo en el régimen de contabilidad de las fundaciones, donde las reglas generales de contabilidad de los empresarios, hoy en trance de reforma, y las normas sobre cuentas anuales de las sociedades encuentran cumplido reflejo en algunos aspectos significativos (19).

C) *La fundación, en cuanto «operador económico en el mercado», no se convierte por tal circunstancia en una entidad mercantil*

Contra lo que a primera vista pudiera pensarse, con el planteamiento que venimos desarrollando, que sólo intenta ser fiel a los hechos de la realidad social y a las normas vigentes, no se produce una, generalmente temida, «mercantilización» de las fundaciones. Por el hecho de quedar sometidas a un régimen jurídico influido, en medida no desdeñable, por normas de carácter mercantil, este tipo de personas jurídicas no ve alterada su verdadera naturaleza ni su necesaria orientación al cumplimiento de fines de interés general. Conviene entender, en todo caso, que el tema que nos ocupa, un ejemplo más de la conocida «generalización del Derecho mercantil» (20), no responde a ningún capricho del legislador ni, mucho menos, a consideraciones extemporáneas de orden doctrinal. Por un lado, intenta superar la tradicional insuficiencia del Derecho español de fundaciones, afectado, casi desde su surgimiento en el siglo XIX, por defectos muy serios de concepción y de desarrollo normativo (21). Pero, por otro lado, la necesidad de dotar a las fundaciones de un adecuado régimen jurídico, presente entre nosotros desde hace tiempo (22), se ha llevado a cabo en un contexto de significativa alteración de su papel tradicional y de cambios relevantes en su organización y funcionamiento. A la hora de buscar modelos de regulación, el legislador español no siempre ha encontrado en el Derecho comparado la ayuda necesaria y, a fin de dar a las fundaciones un tratamiento a la altura del momento histórico, se ha visto

obligado a recurrir, entre otras fuentes, al Derecho mercantil, en cuanto sector del ordenamiento donde se contiene la mayor variedad de modelos organizativos para las personas jurídicas, y donde, por último, se contempla la realidad del mercado en cuyo ámbito también son operativas las fundaciones.

2. La legitimidad constitucional del ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones

A) Consideraciones generales

Como acabamos de ver, la calificación de la fundación como «operador económico del mercado» y la influencia del Derecho mercantil en su régimen jurídico no la convierte en empresario ni altera su razón de ser y sus características básicas. Y es que el hecho de situarse en el ámbito del mercado, quedando sometida a su Derecho regulador, nada tiene que ver, en principio, con el ejercicio organizado y profesional de actividades empresariales; en principio, y por lo que se refiere al supuesto más común, las fundaciones, para cumplir sus fines de interés general, desarrollan actividades ajenas a la realidad de empresa. No obstante, en ocasiones también las fundaciones, sin alterar su naturaleza básica, se presentan en el mercado ejerciendo, directa o indirectamente, actividades empresariales. Se trata de saber, en primer lugar, si esta circunstancia encuentra la debida cobertura en la normativa constitucional (23); es decir, si resulta legítima al amparo de las reglas básicas la Constitución, y más específicamente de lo que se ha venido en llamar «Constitución económica». Con posterioridad, y en caso de que podamos afirmar dicha legitimidad constitucional (24), será preciso descender al nivel de la legislación ordinaria para buscar, en su caso, el concreto régimen jurídico aplicable a las fundaciones que ejerzan actividades empresariales.

En términos generales, el art. 34, 1º CE, como es sabido, «reconoce el derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la ley», sin que de dicho enunciado quepa deducir nada, a favor o en contra, del tema que nos ocupa. Al fin y al cabo, lo que el mencionado precepto hace es elevar a categoría de derecho fundamental la posibilidad personal de crear una fundación, remitiendo al concreto régimen legal sus particulares circunstancias. Por lo que se refiere a la denominada «Constitución económica», el art. 38 CE representa, tal vez, una de las normas más significativas, al reconocer «la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado», sin que, del mismo modo que en el caso anterior, haya referencia expresa alguna en dicha norma al ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones. En todo caso, la declaración contenida en el art. 38 CE representa, en buena lógica, el

presupuesto esencial para el ejercicio lícito de la actividad empresarial entre nosotros, cualquiera sea el sujeto que pretenda desarrollarla.

No podemos entrar ahora en el tema básico de la naturaleza jurídica de la libertad contenida en el art. 38 CE —garantía institucional o derecho fundamental—, sobre el que sigue discutiendo la doctrina constitucionalista (25). Hemos de limitarnos a considerar, meramente, si esa libertad, cualquiera sea su naturaleza, se puede predicar también de las fundaciones, esto es, si tales personas jurídicas gozan, como los ciudadanos privados o las restantes personas jurídicas, también de naturaleza privada (26), de la posibilidad de ejercer lícitamente actividades empresariales en el mercado español (27). A su reconocimiento se opondría, en principio, la naturaleza no lucrativa de las fundaciones, aparentemente incompatible con el criterio del beneficio típico de una economía de mercado, afirmada, como acabamos de ver, por nuestra Constitución. No obstante, para la doctrina mercantilista dominante, y aun, en ocasiones relevantes, para el legislador, el ánimo de lucro ha perdido el carácter causal e individualizador que tradicionalmente le distinguía, y que todavía recogen algunas normas significativas del Código de Comercio (28).

Con todo, la idea de obtención del beneficio sigue manteniendo un carácter consustancial con el ejercicio de la actividad de empresa, y resulta difícil prescindir de ella a la hora de considerar la posición de un agente económico en el mercado. Sin embargo, esa búsqueda del beneficio puede perfectamente no ser un fin en sí misma, sino estar teleológicamente orientada a la consecución de objetivos no lucrativos. Es el caso, con matices significativos que ahora no proceden, de las sociedades cooperativas (29); pero lo es, de manera relevante, de las fundaciones que ejerciten actividades empresariales. No se trata, por ello, de afirmar que estas últimas hayan de prescindir de la obtención de beneficios con motivo de la realización de la concreta actividad empresarial. Como acertadamente se ha dicho, «una cosa es el lucro y otra el ánimo de lucro» (30).

De acuerdo con este último criterio, ha de quedar claro que los beneficios obtenidos por una fundación-empresa, para referirnos al supuesto más clásico de la temática que nos ocupa, no pueden tener, cualquiera sea su cuantía, la consideración de beneficios repartibles, al modo como sucede en la generalidad de los casos con entidades «exquisitamente mercantiles», como las sociedades anónimas o las sociedades de responsabilidad limitada. Esta idea de la no distribución o asignación de los beneficios que obtenga la fundación (entre los miembros del Patronato, los empleados de la fundación o reservándolos al fundador, por referirnos a los supuestos más fácilmente imaginables) y su empleo al servicio de fines de interés general (31) es, en última

instancia, elemento central de su concepto, y la base que permite articular con certeza la legitimidad constitucional del ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones (32).

B) *La indiferencia de la forma jurídica elegida para la titularidad de la empresa desde la perspectiva del Derecho básico o común del mercado*

Por lo demás, la libertad de empresa de las fundaciones se llevará a cabo, al igual que en el caso de los restantes sujetos que disfrutan de ella, en el marco del mercado, asumiendo las características propias de este sistema económico y sometándose, como punto de partida de su régimen jurídico, a su Derecho básico o común. Sobre la base de estas premisas, la actividad empresarial de las fundaciones se realizará en condiciones de riesgo e incertidumbre, abocándose, en el caso de que se dé una situación de insolvencia, al correspondiente tratamiento concursal (33). Sin perjuicio de las particularidades que pueda tener su régimen tributario, nada diferencia, por tanto, a este supuesto concreto de actividad de empresa de los desarrollados por otros sujetos de Derecho, más habitualmente presentes en el mercado y, por ello mismo, considerados como exponentes máximos de la condición de empresario, según los criterios dominantes en la opinión pública.

Esta igualdad de tratamiento básico permite colocar en posiciones sustancialmente idénticas a los distintos empresarios actuantes en el mercado, con independencia de las diversas circunstancias que les puedan afectar sobre la base de su particular naturaleza jurídica y, dentro de ella, del modelo de organización elegido. Salvo en aquellos casos en los que el ordenamiento jurídico impone una determinada forma organizativa de personalización —por lo tanto, una concreta naturaleza jurídica— para llevar a cabo determinadas actividades empresariales, la opción por una figura jurídica específica a fin de dar cobertura a una particular empresa queda reservada a la voluntad de quien o quienes decidan iniciarla. El respeto a esta libertad de elección de forma organizativa como instrumento de titularidad de una actividad empresarial resulta inherente al reconocimiento de la libertad de empresa en el art. 38 CE, sin que ello suponga privilegio o carga suplementaria alguna. Todas las figuras jurídicas titulares de la actividad de empresa que son el resultado de la libertad de elección inherente a la libertad de empresa quedan, entonces, insertas en el mercado, y sometidas, por ello mismo, a su Derecho básico o común, que se convierte, así, en elemento nivelador de la actividad que aquéllas puedan desarrollar.

Naturalmente, tal cosa no impide que, más allá de este encuadramiento básico y común en el mercado,

entendido como marco fundamental de actuación en nuestro sistema económico, ciertos empresarios se vean insertos, por razón de la actividad realizada, por la forma jurídica elegida o por la forma predominante de su financiación, en mercados específicos, sometiéndose además, en tal caso, al régimen particular existente al efecto (34). Una sociedad anónima cotizada, por ejemplo, habrá de observar el régimen propio del mercado de valores, sin ignorar por ello la normativa común a todas las sociedades anónimas; una sociedad anónima cerrada, igualmente sometida a la legislación de sociedades anónimas, resultará inmune, en cambio, a las exigencias características del mercado de valores. Tal divergencia de estatuto jurídico, de obvias repercusiones prácticas, no impide afirmar, sin embargo, la identidad de los concretos empresarios sociales desde la perspectiva constitucional de la libertad de empresa, y su sometimiento, en términos también idénticos, al Derecho básico o común del mercado.

Así pues, la opción por una determinada forma de organización jurídica (sociedad, fundación, asociación, incluso la propia persona física) susceptible de ser titular de la libertad de empresa resulta indiferente desde el punto de vista del Derecho común o básico del mercado, que se aplicará por igual a todas ellas. No obstante, la elección de alguna de esas formas y, más concretamente, de alguno de los modelos singulares que en ellas se integren (por ejemplo, sociedad mercantil y, dentro de ella, sociedad anónima o sociedad de responsabilidad limitada) puede traer consigo la aplicación de reglas propias exclusivamente de ciertos mercados, que, desde la perspectiva de la libertad de empresa, se convierten en elementos especificadores de su estatuto jurídico y, por consiguiente, de diferenciación normativa respecto de otros sujetos titulares de aquélla.

Por último, la libertad de elección de forma jurídica, desde el punto de vista del ejercicio de actividades empresariales, implica inevitablemente diferencias de estructura interna y de articulación organizativa que, más allá de sus características concretas, son susceptibles de repercutir en la particular posición en el mercado que vayan a ocupar dichos empresarios. Que se opte por una sociedad colectiva o por una sociedad anónima, dentro de la categoría de las sociedades mercantiles, implica evidentes consecuencias desde el punto de vista de la responsabilidad de los socios por las deudas sociales, o desde el punto de vista de la mayor o menor autonomía de la voluntad a la hora de organizar la vertiente interna de la sociedad; también dicha opción, como otras imaginables, dificulta (sociedad colectiva) o facilita (sociedad anónima), con matices que ahora no vienen al caso, la toma del control de la sociedad por terceros interesados en su dominio.

De este modo, y al margen del concreto comportamiento económico que un empresario pueda desarrollar en el mercado, la opción por una concreta forma jurídica permite predecir (sin exactitud plena, claro está) las ventajas e inconvenientes del modelo elegido, asumiendo o excluyendo determinados bloques normativos y determinadas posibilidades de acción. En tal sentido, y volviendo a nuestro tema, una fundación-empresa, por su carácter de entidad no asociativa, puede sentirse «segura» respecto de intentos exteriores de toma del control; si bien, igualmente por su propia naturaleza, se encontrará con dificultades a la hora de incrementar su patrimonio por estarle vedado el acceso al aumento de capital, concebido en términos societarios. Se trata, en el fondo, de una consecuencia inevitable de la libertad de elección, a la que repetidamente aludimos, en el marco de la libertad de empresa reconocida por el artículo 38 CE, como elemento inherente a ésta.

De la exposición que venimos efectuando no cabe deducir que nuestra Constitución económica, y la regulación de la libertad de empresa en ella contenida, haga posible la existencia de paradojas, discriminaciones o desigualdades de trato entre figuras jurídicas, como las fundaciones, constitucionalmente reconocidas al efecto del ejercicio de la actividad empresarial. Al contrario: nuestro modelo constitucional abre el ejercicio de la libertad de empresa a muy distintos sujetos de Derecho, nivelando su régimen jurídico básico, más allá de sus obvias diferencias, gracias a su sometimiento pleno al Derecho común del mercado. Al margen, por tanto, de este plano de identidad de tratamiento fundamental, y con carácter previo a él, se encuentra la libertad de elección de los particulares entre los diversos modelos organizativos admitidos por el ordenamiento. Esta determinación volitiva es, en última instancia, el único elemento que permite explicar las diferencias normativas derivadas de la adopción de una particular estructura organizativa, que se suelen vincular por el ordenamiento jurídico a la presencia de determinados supuestos, como pueden ser, entre otros, la dedicación a actividades empresariales singulares, la opción por un modelo concreto (dentro de una determinada estructura organizativa) o, finalmente, la preferencia por un determinado modo de financiación empresarial.

3. El encaje normativo de las fundaciones que ejercen actividades empresariales

A) La situación anterior a la moderna legislación de fundaciones

Afirmada la legitimidad constitucional de las fundaciones para el ejercicio de actividades empresariales, queda, no obstante, un amplio camino por recorrer a la hora de concretar más exactamente esta genérica posi-

bilidad en tipos institucionales específicos, así como para fijar el régimen jurídico particular que hayan de merecer tales fundaciones y sus actividades. Como es sabido, el tema que nos ocupa, sobre todo en lo que se refiere a la figura de la fundación-empresa, es conocido desde antiguo, y si bien han sido muy intensas las discusiones en torno a su posibilidad y conveniencia, se han señalado por la doctrina algunos argumentos relevantes en contra de su admisión. Estos son, entre otros, la necesaria vinculación entre la actividad de empresa y el fin de la fundación; el carácter de la fundación como estructura vinculada no sólo a un fin, sino a la voluntad del fundador; los problemas de financiación de la empresa fundacional y las dificultades para su adecuada supervisión por el Protectorado (35).

Estos inconvenientes son, sin duda, una constante en un cierto sector de la doctrina a la hora de considerar la posibilidad misma de la fundación-empresa, si bien nada dicen, en principio, del supuesto de la fundación con empresa, donde, al menos formalmente, se produce una separación entre la persona jurídica fundacional y la entidad que lleva a cabo directamente la actividad de empresa. Para la opinión dominante, no obstante, esas objeciones no son determinantes, y el verdadero problema para contemplar, desde el Derecho, el ejercicio de actividades empresariales por fundaciones reside, en lo esencial, en la falta de un adecuado régimen jurídico. Esta afirmación procede del Derecho comparado, con la excepción significativa, sobre todo en el terreno doctrinal, de Alemania; algo similar cabe decir, por supuesto, del Derecho español, si bien en los últimos años, como tendremos ocasión de señalar, se ha producido un cambio positivo cuyas consecuencias, sin embargo, no han sido todavía suficientemente analizadas.

Si limitamos, por el momento, la consideración del tema a la realidad española, podemos situar en la publicación del libro *La fundación como forma de empresa*, de Urbano Valero Agúndez, el comienzo de la reflexión en torno al ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones, que, como ya hemos tenido ocasión de señalar, no aparece restringido exclusivamente al supuesto institucional de la fundación-empresa, con ser ésta, no obstante, una figura del mayor interés. Dicha obra, sin duda de extraordinaria calidad científica, ha constituido y sigue constituyendo el referente básico sobre la materia en ella estudiada, sin perjuicio de representar a la vez una contribución relevante al análisis genérico de la persona jurídica fundacional. La singularidad del libro de Valero se acrecienta, incluso, al comprobar que en su fecha de publicación (1969) el vigente Derecho español, arcaico e insuficiente, como ya ha habido ocasión de decir, carecía de toda referencia significativa al hecho de que las fundaciones pudieran ejercer actividades empresariales en el mercado, ya fuera bajo la forma de fundación-empresa, ya fuera bajo el

esquema de fundación con empresa. Por otra parte, resulta sumamente improbable que ambos supuestos institucionales tuvieran una presencia relevante en la realidad empresarial española de la época; es más, concebida la fundación como una persona jurídica centrada esencialmente en la realización de actividades benéficas, con excepciones significativas en lo que se refiere al terreno cultural, la obra de Valero vino a ser una suerte de *rara avis* en el panorama bibliográfico español.

Con todo, entre otros beneficios, la obra de Valero consiguió, sobre la base de su rigor y de su acierto, introducir la temática del vínculo entre fundación y actividad de empresa en el debate jurídico de nuestro país, fijando con mesura sus principales características y estableciendo las debidas conexiones de la figura de la fundación-empresa con el Derecho privado español, esencialmente mercantil (36). La consecuencia inmediata de todo ello fue una opción clara y prácticamente unánime por parte de la doctrina, sobre todo de la mercantilista, a favor de la licitud de la figura y por que, en suma, la fundación pudiera erigirse en una forma institucional más de empresario. Como es fácil de imaginar, las dificultades que este planteamiento suponía en el contexto normativo de la época eran considerables, ante la falta de referencias normativas, tanto en el Derecho civil, asiento tradicional de la figura, como en el Derecho mercantil, destinado a jugar un papel relevante en el tema que nos ocupa por razón del *status* de empresario que, sin duda alguna, había de atribuirse a la fundación-empresa.

Quizá la cuestión no hubiera ido más allá de un debate doctrinal —sin perjuicio de su honda significación tanto teórica como, potencialmente, práctica— de no ser por la vinculación de esta temática con un relevante sujeto del sistema financiero y crediticio español como las Cajas de Ahorros, cuya importancia en nuestro país no ha cesado de incrementarse desde la época que venimos considerando. Según es bien sabido, y se ha indicado ya en la introducción de este trabajo, existe una opinión doctrinal, ampliamente mayoritaria, que atribuye a las Cajas la naturaleza de fundación-empresa, sin perjuicio, claro está, de su condición de entidades de crédito y de su sometimiento consiguiente a las normas específicas a ellas aplicables. No obstante, el vacío jurídico en que se movía la fundación-empresa, sin perspectiva aparente de cambio en los años setenta y ochenta del pasado siglo, y las necesidades derivadas de la instauración del sistema democrático en España condujeron a un tratamiento normativo de las Cajas quizá no del todo congruente con dicha naturaleza jurídica. Como es bien sabido, tales entidades, una vez consolidado el sistema democrático, se ven sometidas a un amplio elenco normativo, derivado en lo esencial de dos diferentes hechos: por un lado, se regulan sus órganos de gobierno con carácter general para toda España,

merced a la Ley 31/1985, de 2 de agosto, que contiene las normas básicas sobre los órganos rectores de las Cajas de Ahorros (37); por otro, y de acuerdo con la división territorial del Estado en comunidades autónomas, se ha terminado por atribuir a éstas, en un proceso que no cabe examinar ahora, competencias exclusivas sobre las Cajas, competencias que se han plasmado en un detallado régimen jurídico autonómico (38).

El precipitado que todo este relevante movimiento legislativo trae consigo, desde el punto de vista que interesa en nuestro trabajo, se refleja en una cierta conclusión negativa: la regulación contemporánea de las Cajas de Ahorros se ha elaborado prescindiendo, por lo general, de su naturaleza jurídica de fundación-empresa (39). Y ello sucede tanto con la legislación del Estado como con las normas de las comunidades autónomas; en ambas se ha acentuado la consideración de las Cajas como entidades de crédito, circunstancia ésta, no obstante, que no permite absorber su íntegro perfil jurídico (40). La regulación de los órganos de gobierno de las Cajas de Ahorros, materia en principio indiferente a su carácter de entidades de crédito, podría haber dado pie a un tratamiento más cercano a su naturaleza fundacional, sin perjuicio de los matices que se hubieran considerado oportunos. No ha sido así, como sabemos, con el consiguiente desdibujamiento de la idea de fundación-empresa en el terreno normativo.

B) *El vínculo entre fundación y actividad empresarial en la moderna legislación de fundaciones: planteamiento introductorio*

Habrá que esperar a la Ley 30/1994 para encontrar las primeras referencias nítidas en la legislación ordinaria a la posibilidad de que una fundación pueda ejercer, directa o indirectamente, actividades empresariales. De este modo, y sin perjuicio de la ya afirmada legitimidad constitucional de tal supuesto, con la mencionada Ley se da un paso, bien es cierto que limitado, para sacar del «limbo» jurídico a las diversas modalidades en que se expresa el vínculo entre fundación y actividad de empresa (41). Y es que, no obstante su auténtica condición de fundaciones, con el consiguiente sometimiento a su régimen jurídico general, los supuestos que nos ocupan (esencialmente, la fundación-empresa y la fundación con empresa) aparecen necesitados de alguna aportación normativa relevante que les otorgue, además de estabilidad jurídica, unas mínimas pautas de régimen jurídico que haga posible, en la práctica, la integración del fin de interés general propio de las fundaciones con los requerimientos inexorables de la actividad de empresa.

No conviene olvidar, a tal efecto, que en la fundación que ejercita actividades empresariales se produce una

compleja imbricación de intereses que ha de ser articulada desde el punto de vista legislativo, al objeto de hacer posible el funcionamiento eficaz de la entidad. Frente a la fundación que podríamos llamar «ordinaria», en la que, no obstante su carácter de «operador económico del mercado», sólo cabe individualizar el fin de interés general que ha de perseguir, en la fundación que ejerce actividades empresariales concurrirá, al lado de aquél, un elemento que, a falta de mayor precisión, denominaremos «interés de la empresa fundacional», y que caracteriza de manera singular las necesidades y los objetivos de la explotación económica de la que la fundación es titular. La articulación del fin de interés general con este último elemento se nos presenta como un asunto específico del tema que nos ocupa, y constituye el «momento de la verdad» de la fundación que ejerce actividades empresariales; no en balde este complicado asunto ha dado pie a numerosas dudas, e incluso objeciones, en torno a la admisibilidad del ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones.

Desde el criterio positivo al respecto que inspira a la doctrina dominante, a la legislación española y también a nuestra propia opinión, parece lógico partir, dentro del problema que ahora sumariamente examinamos, de la preeminencia del fin de interés general desde la perspectiva propia de la fundación. Ello significa que, para esta persona jurídica, es la concreta realización de dicho fin el objetivo que inspira y ha de inspirar su entero funcionamiento (como fundación y como empresario, cabría decir). El mencionado criterio adquiere todo su sentido, como no podría ser menos, desde la perspectiva del Derecho de fundaciones. Pero en cuanto que la fundación es, directa o indirectamente, titular de una actividad empresarial, ha de ser conjugado con la tutela de los intereses de los terceros vinculados a la empresa fundacional, la cual no puede verse, a nuestro juicio, como un cuerpo extraño y ajeno al sentido y razón de ser que en su día dio lugar a la creación de la fundación.

Por decirlo gráficamente, y de forma resumida, la fundación titular de una empresa no puede desplazar sobre los terceros con los que está vinculada por mor de la actividad mercantil las exigencias cuya observancia le impone el ordenamiento jurídico, en particular, por lo que se refiere a la realización del fin de interés general. En tal sentido, la fundación que desarrolla actividades mercantiles no puede merecer, en cuanto empresario, una posición de privilegio frente a los demás sujetos del Derecho mercantil; el fin de interés general, con actividad empresarial o sin ella, es una exigencia del ordenamiento acorde con el sentido institucional de la fundación (42), pero no puede condicionar en modo alguno las relaciones de la persona jurídica «fundación», que sea titular de una empresa, con terceros o acreedores vinculados a ella, precisamente, por el desarrollo de la actividad mercantil.

Con independencia de este trascendental asunto, sobre el que volveremos más adelante, lo cierto es que tanto la Ley 30/1994 como, en términos generales, la vigente Ley 50/2002, que sigue, esencialmente, las pautas establecidas por aquélla, han dado un paso significativo, pero quizá tímido, en la línea de tratamiento normativo del vínculo entre fundación y actividad de empresa. Ni la terminología utilizada en ambas leyes a la hora de contemplar el fenómeno que nos ocupa tiene la nitidez necesaria, ni la ubicación sistemática resulta plenamente justificada, ni, en fin, la insuficiente tipificación de los supuestos institucionales considerados favorece su análisis dogmático. Alguna aclaración en la terminología y en la disciplina jurídica proporciona el RF, merced a sus arts. 23 y 24, esencialmente. Con todo, el cuadro normativo relativo a las actividades empresariales ejercidas por fundaciones es, en el Derecho español (43), no obstante su escasez y limitaciones, un elemento positivo y una base válida para que la práctica pueda configurar estructuras adecuadas de vinculación entre actividad de empresa y persona jurídica fundacional.

III. LOS MODOS INSTITUCIONALES DE EJERCICIO DE ACTIVIDADES EMPRESARIALES POR LAS FUNDACIONES: LA FUNDACIÓN-EMPRESA Y LA FUNDACIÓN CON EMPRESA

1. Descripción introductoria de los supuestos de fundación-empresa y de fundación con empresa

A) Apunte terminológico (y de contenido) previo

Aun sin recibir, por regla general, una tipificación precisa en los diversos ordenamientos jurídicos, la doctrina y la práctica han perfilado las características básicas de la fundación-empresa y de la fundación con empresa como los dos supuestos institucionales básicos de ejercicio de actividades empresariales por fundaciones (44). Si bien resultan harto conocidas las características de ambos, dedicaremos unas líneas a recordarlas. Antes, no obstante, parece oportuno formular algunas ideas en torno a la pertinencia de la distinción esbozada. Existe en la referida terminología, quizá, un cierto equívoco: en el supuesto de la fundación-empresa cabría imaginar, en principio, una mayor cercanía de la empresa respecto de la fundación, una mayor integración en su razón de ser y en su estructura organizativa, frente a la fundación con empresa, donde esta última aparecería desligada, al menos formalmente, de aquélla. Y ello sin perjuicio de que, tanto en uno como en otro supuesto, la empresa se limite a jugar el papel de mero proveedor de recursos para el cumplimiento de los fines fundacionales. La posibilidad de que la empresa regida por la fundación tenga un puro carácter dotacional es reconocida sin duda por la doctrina, aunque nuestro Derecho vigente,

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

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

B) La fundación-empresa

El supuesto de la denominada *fundación-empresa* ha sido objeto, tradicionalmente, de amplia atención doctrinal, si bien en nuestros días su relieve en la realidad práctica de las actividades empresariales llevadas a cabo por las fundaciones no parece demasiado significativo. En dicho caso, la fundación es titular directa e inmediata de la actividad de empresa, asumiendo, desde el punto de vista del Derecho, las consecuencias patrimoniales derivadas de dicha actividad. Dado que, por imperativo de la propia naturaleza de la fundación, no existen socios o propietarios individuales de la entidad, puede hablarse en este caso de una considerable objetivación o despersonalización de la empresa (45). La fundación-empresa se convierte, así, en uno de los ejemplos más significativos de la doctrina de la «empresa en sí» (*Unternehmen an sich*), teorizada en Alemania al hilo de las ideas de Walther Rathenau (46), en el primer tercio del pasado siglo (47). Tal cosa supone, como es fácil de imaginar, la ausencia, cuando menos teórica, de individuos directamente ligados por su interés a la actividad empresarial y una orientación necesariamente distinta, más «institucional», si cabe decir, de los órganos que asuman la gestión y dirección de la fundación-empresa (48).

Aunque cabe concebir de modo diverso, desde el punto de vista organizativo, esta identificación estricta y plena entre fundación y empresa, son dos, esencialmente, las maneras en las que puede manifestarse. Por

una parte, cabe hablar de la fundación-empresa puramente *dotacional*, en la que la actividad de empresa resulta ajena a los fines de la fundación y constituye, sin más, una fuente de recursos para financiar su realización. En tal caso, el funcionamiento de la empresa regida por la fundación no presenta características diversas del que resulta habitual en el mercado, por lo que, de hecho, se puede hablar de una práctica equiparación entre la empresa puramente privada, orientada a la obtención del beneficio, y la empresa fundacional (49). Por otra, hemos de referirnos a la fundación-empresa de carácter *funcional*, en la que la actividad de empresa es requisito necesario para la realización del fin fundacional y constituye, por tanto, una exigencia inexorable del mismo (50). Ello supone, obligadamente, la coincidencia plena entre forma jurídica y organización interna y, a su vez, importantes consecuencias desde el punto de vista del ánimo de lucro. En tal caso, la actividad económica de la fundación vendrá orientada por la finalidad de la obtención de ganancias, ya que ésta será el medio indispensable para la conservación de la empresa, en cuanto que la empresa fundacional se ve más obligada que otras a acudir a la autofinanciación como medio de subsistencia (51). No parece dudoso, en fin, que tanto la fundación-empresa dotacional como la funcional merezcan, en cuanto titulares inmediatos de la actividad mercantil, el calificativo de empresario, con la aplicación a ambas modalidades de fundación-empresa de las circunstancias propias de tal *status* (52).

C) *La fundación con empresa*

Al lado de la fundación-empresa, encontramos a la denominada, sobre todo en los últimos tiempos, *fundación con empresa*. Se trata de un modelo (53) que supera la identificación estricta y plena entre fundación y empresa que acabamos de observar en el supuesto anterior. De este modo, la fundación con empresa supone la separación formal entre la persona jurídica fundacional y la estructura material de la empresa; tal cosa se hace posible por la participación de la fundación en el capital de una sociedad, por lo común de naturaleza mercantil. De este modo, puede permanecer la fundación ajena a las vicisitudes de la actividad empresarial, cuyas consecuencias se producirán, en principio, en el ámbito exclusivo de la sociedad mercantil participada, que disfruta, como es bien sabido, de personalidad jurídica propia. En la práctica, es muy frecuente encontrar supuestos de participación de fundaciones en el capital de sociedades mercantiles; pero, como es obvio, no toda participación ha de conducir, inevitablemente, a calificar el supuesto como de fundación con empresa. En este sentido, la necesidad de allegar fondos para integrar y aumentar el patrimonio de la fundación, facilitando así el cumplimiento de sus fines, requiere en nuestro tipo diversificar las fuentes de obtención de ingresos

y atender, sobre todo, a las que faciliten un rendimiento monetario relevante. Por ello, a los efectos que nos ocupan, interesa considerar únicamente la participación en sociedades con un carácter duradero y con finalidad de control, materia que puede dar paso a la compleja temática de los grupos de empresas. Sólo en este ámbito puede hablarse, con propiedad, de fundación con empresa, pudiendo ser posible entonces la atribución a la fundación del calificativo de empresario (54).

D) *La articulación de los fines fundacionales con el interés de la empresa fundacional*

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

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

Las circunstancias que venimos considerando permiten poner de manifiesto, por otro lado, el diferente papel que puede corresponder al fundador desde el punto de vista de la constitución de una fundación titular de una

actividad empresarial. Si la libertad del fundador está, desde luego, en la base del Derecho de fundaciones (55) como motor de éste, no parece posible desconocer que la realización de la concreta actividad mercantil por la fundación, ya constituida, puede obligar, por sus propios imperativos, a que sea ésta, mediante los correspondientes acuerdos del Patronato, quien determine los pasos concretos a dar en cada caso. Cuando la actividad de empresa resulte ser una exigencia institucional de la propia fundación, por su estrecha conexión con sus fines específicos, el papel del fundador se prolongará, sin duda, más allá del acto de creación de la persona jurídica, condicionando en buena medida su concreta realización. Cuando, en cambio, la actividad mercantil aparezca desligada de los fines fundacionales, asumiendo un papel esencialmente dotacional, parece lógico que al designio originario del fundador se añadan, en llamativa continuidad, los acuerdos del Patronato, que serán, en definitiva, quienes terminarán marcando la línea de desarrollo de aquélla (56). Y ello con independencia de que el propio fundador disponga de medios idóneos para influir en las decisiones del Patronato.

Estas afirmaciones, cuya verosimilitud ha de pasar la prueba de su adecuación a cada ordenamiento jurídico (57), pueden, a nuestro juicio, ser resumidas de una forma gráfica mediante las siguientes proposiciones: cuando la actividad de empresa es una exigencia institucional de la propia fundación, como en el caso de la fundación-empresa de tipo funcional, hay «más fundación que empresa», en el sentido del inevitable condicionamiento de esta última por los fines de la primera, que, directamente condicionados por la voluntad del fundador, han de inspirar e informar la actividad mercantil; cuando, en cambio, la actividad de empresa no es una exigencia institucional de la fundación, lo que sucede en el caso de la fundación-empresa dotacional y en el de la fundación con empresa, la desvinculación entre los fines de la fundación y la actividad de empresa permite afirmar que hay «tanta fundación como empresa», viviendo sus respectivos fines e intereses trayectorias sustancialmente autónomas, que, sin embargo, pueden entrecruzarse en momentos de especial dificultad económica (58). La voluntad del fundador encontrará, en este caso, el mejor elemento de continuidad en la articulación de un Patronato que asuma, desde la cercanía a la actividad mercantil, la competencia decisiva para orientar y dirigir el funcionamiento de la empresa.

2. El planteamiento en Derecho comparado

Como ya hemos tenido ocasión de indicar, también en otros ordenamientos de nuestro entorno es escasa, por no decir nula en ocasiones, la atención prestada al tema objeto de análisis en el presente estudio. A ésta atonía normativa se le une con frecuencia una reducida

reflexión doctrinal, lo que termina por situar al ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones en un terreno de excesiva inseguridad. La excepción a este estado general del Derecho comparado en la materia la representa Alemania, si bien más en el plano doctrinal, donde encontramos un amplio y dilatado debate científico, que en el legislativo, caracterizado por la misma falta de un régimen jurídico adecuado a la hora de contemplar el ejercicio de las actividades empresariales por las fundaciones. Con todo, si hubiera que formular una idea genérica en torno al problema que nos ocupa a escala europea, podríamos decir que existe una opinión mayoritaria en todos los países a favor de que las fundaciones puedan desarrollar actividades empresariales, tanto directa como indirectamente, siendo este último supuesto el más frecuente en la realidad (59). Esta afirmación, sin embargo, no se produce sin matices o de manera absoluta, en el sentido de que, tras la afirmación positiva suelen establecerse algunos límites, más por la doctrina que por la legislación (60).

Entre los estados que acogen más favorablemente el ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones cabe citar, esencialmente, a Holanda, que se limita a extender a la fundación-empresa las reglas especiales en vigor para las personas jurídicas de naturaleza mercantil. La utilidad de la fundación como forma jurídica de la empresa se extiende en la práctica holandesa a muy diversas actividades económicas como, entre otras, el sector editorial, la restauración, la hostelería, la banca y los seguros, así como empresas de servicios (61). Con un planteamiento similar, encontramos al Derecho sueco, que somete a los patronos de una fundación con actividad empresarial a una responsabilidad agravada (62). Por su parte, Dinamarca ha aprobado una ley especial para las fundaciones que realizan actividades empresariales con el fin de evitar la elusión de las normas imperativas sobre sociedades anónimas y de responsabilidad limitada (63). En estos concretos países puede afirmarse que el ejercicio de una actividad de empresa puede llegar a ser el fin específico de la fundación, lo que, sin embargo, resulta difícil de asumir para los ordenamientos jurídicos del resto de los países europeos (64).

Otros países, como el Reino Unido (65) y Austria (66), permiten la fundación-empresa siempre que la actividad desarrollada sea congruente con el fin de la fundación, asemejándose en ello, de manera significativa, a la disciplina del Derecho español a la que nos referiremos más adelante.

A diferencia de los ordenamientos jurídicos que hemos considerado con anterioridad, el resto de los países europeos de nuestro entorno suelen carecer de referencias normativas, por más limitadas que sean, al fenómeno del ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones. Ello no impide, como hemos tenido ya ocasión

de advertir, que el asunto se considere irrelevante o que falte el debate doctrinal. Ni una cosa ni otra, como prueba singularmente el ejemplo de Alemania, país en el que, como ya se ha indicado, la ausencia del Derecho positivo se ve compensada por una muy intensa discusión doctrinal, en la que prevalece el punto de vista favorable al tema que nos ocupa. En dicho país encontramos, al mismo tiempo, el ejemplo de la *Carl-Zeiss-Stiftung*, es decir, la fundación-empresa más antigua de Europa, cuya actividad empresarial y singularidad organizativa han dado y dan todavía pie a continuas consideraciones doctrinales (67). Algo más restrictiva parece la opinión mayoritaria existente en Suiza, donde, sin perjuicio de la ausencia de régimen jurídico aplicable, la doctrina discute sobre la pertinencia del ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones. La opinión positiva, tanto referida a la fundación-empresa como a la fundación con empresa, no impide que existan criterios críticos sobre el sentido y alcance de ambas en la práctica económica del país (68). En una línea cercana tanto a Alemania como a Suiza se mueve el Derecho italiano, en el que la reflexión existente sobre el tema que nos ocupa tiende a admitir las dos modalidades señaladas de ejercicio de actividades empresariales por fundaciones, teniendo siempre en cuenta el fin de interés general que ha de perseguir toda fundación y dando, por último, especial protagonismo en la práctica a la fundación con empresa (69). No obstante, la reciente reforma en materia de Derecho de sociedades ha traído consigo una mayor cercanía entre fundación y sociedades mercantiles, al permitirse la transformación de una en otras y viceversa, así como la fusión heterogénea entre todas ellas (70).

Por último, podemos citar el caso de Francia, en el cual, además del silencio normativo, el debate sobre las actividades empresariales de las fundaciones parece de menor intensidad, reflejo tal vez del limitado papel de las fundaciones en la práctica jurídica francesa, lo que se debe, entre otras cosas, a la tradicional desconfianza del Estado respecto de estas personas jurídicas. Se trata, sin embargo, de una tendencia que parece quererse cambiar en los últimos años al hilo de la tipificación de nuevas modalidades de fundaciones (como la fundación de empresa, ajena, a pesar de su denominación, a nuestro tema de estudio), así como al intento de hacer, en términos generales, más atractiva la forma jurídica de la fundación (71).

3. La situación en Derecho español

A) *Cuestiones previas: la distinción entre «actividades propias» y «actividades mercantiles» de la fundación (art. 23 RF)*

Aun sin nombrarlas precisamente, el legislador español, ya desde la Ley 30/1994, ha contemplado las dos

modalidades institucionales de ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones que venimos considerando: la fundación-empresa y la fundación con empresa. Tanto aquella Ley (72) como la vigente parten, según hemos tenido oportunidad de señalar, de una terminología poco precisa y de una discutible ubicación sistemática del asunto. Prolongando este planteamiento no del todo preciso, aunque con mayor empeño regulatorio, la Ley 50/2002 encuadra el problema que nos ocupa bajo la rúbrica «actividades económicas» (art. 24 LF) (73), tan genérica como inexacta. Como es evidente, todas las fundaciones realizan, en mayor o menor medida, actividades económicas, sin por ello involucrarse de manera efectiva en la realidad empresarial. Hubiera sido preferible, y desde luego mucho más clarificador de las auténticas intenciones de nuestro legislador, rotular el precepto correspondiente con la fórmula «actividades empresariales» o «actividades mercantiles».

A fin de salvar, en apariencia, esta imprecisión, se ha dictado con posterioridad el art. 23 RF, que utiliza expresamente la denominación de «actividades mercantiles» para describir el comportamiento empresarial de una fundación en el mercado (74), considerándola a la vez como una modalidad más de las actividades (75) que puede desarrollar lícitamente dicha persona jurídica; así, dentro de su capítulo V («Actividad de la fundación y gestión económica»), el precepto reseñado distingue dos grandes actividades de las fundaciones: las que denomina «propias», esto es, las que se realizan por la fundación «para el cumplimiento de sus fines, sin ánimo de lucro, con independencia de que la prestación o servicio se otorgue de forma gratuita o mediante contraprestación» (art. 23, 1º RF), y las que denomina «mercantiles», las cuales se pueden llevar a cabo por la fundación directa o indirectamente, y en ambos casos parecen requerir la finalidad de obtener lucro.

A la vista de lo expuesto, conviene decir que el RF, quizá yendo más allá de lo que correspondería a un texto normativo de su naturaleza, ha intentado establecer un cierto orden terminológico y sistemático en el tema que nos ocupa, propósito merecedor, a nuestro juicio, de una valoración positiva (76). Ello se pone de manifiesto, por un lado, en el hecho de emplear un calificativo más exacto para describir las actividades no propias que las fundaciones pueden realizar en el mercado, y en el de agrupar, por otro, las dos modalidades (que el RF, al igual que la LF, no nombra) de fundación-empresa y fundación con empresa dentro de una misma categoría de fundaciones, caracterizadas por llevar a cabo actividades mercantiles, si bien con algún matiz significativo que intentaremos desentrañar más adelante. De la terminología utilizada por el legislador en el RF también puede deducirse, a nuestro juicio, un cierto carácter secundario o, en todo caso,

menos «natural» para las fundaciones de las actividades mercantiles. El hecho de calificar como «propias» las que no sean «mercantiles» parece revelar nítidamente dicho propósito.

En este sentido, cabría afirmar, en una primera lectura del precepto que comentamos, que son las actividades propias las que, efectivamente, pertenecen a la esencia de la fundación y, sin entrar en su contenido, caracterizado negativamente por no ser mercantil, han de concurrir necesariamente en la persona jurídica fundacional para que se constituya con regularidad y actúe con eficacia en la esfera jurídica de su competencia. Toda fundación, también en apariencia, podrá realizar actividades mercantiles, si bien no pertenece a su esencia el llevarlas a cabo, al menos de acuerdo con el significado literal de la terminología reflejada en el RF; habrá en su ejercicio una concreta opción del fundador a la hora de pensar en el diseño de la persona jurídica o, en su caso, de la propia fundación, convencidos en ambos casos de su conveniencia para que se pueda cumplir de manera plena el fin de la fundación, que, resulta necesario recordarlo, ha de ser de interés general. Cabría decir, en resumen, que en el planteamiento del art. 23 RF las actividades propias son necesarias y suficientes para que la fundación se constituya y actúe eficazmente, en tanto que las mercantiles no son, desde luego, necesarias, pero tampoco suficientes, al tener que concurrir, de manera inexorable, al lado de otras actividades, esas sí auténticamente propias de la fundación.

No sería obstáculo para esta conclusión el hecho de que el art. 23, 1º RF comience diciendo que «las fundaciones podrán desarrollar actividades propias y actividades mercantiles», como si la realización de ambas fuera en todo caso voluntad exclusiva del fundador o de la fundación. Y ello se debe, esencialmente, a dos razones; en primer lugar, a que, a renglón seguido, el RF define la actividad propia, según ya sabemos, como «la realizada por la fundación para el cumplimiento de sus fines, sin ánimo de lucro». En segundo lugar, a la delimitación de las actividades mercantiles que lleva a cabo el propio RF. En efecto, el art. 23, 2º RF señala que «las fundaciones podrán, además, desarrollar directamente actividades mercantiles», dando a entender que estas últimas sí son voluntarias en cuanto que, al parecer, no se llevan a cabo para dar cumplimiento a los fines de la fundación, si bien han de estar relacionadas con ellos, según se deduce del inciso siguiente del mencionado precepto.

Esta relación de las actividades mercantiles con los fines fundacionales parece valer, exclusivamente, para las fundaciones que ejercitan directamente la actividad empresarial, es decir, para la fundación-empresa. Con independencia de si este punto de vista es acertado o no, el señalado condicionamiento de la actividad de

empresa en tal supuesto —es decir, que no toda actividad de empresa pueda ser llevada a cabo directamente por cualquier fundación— no parece jugar cuando la actividad mercantil se realiza indirectamente, es decir, en el caso de la fundación con empresa. Tal cosa se puede deducir con relativa facilidad, tanto del art. 24, 1º, *in fine*, LF, como del art. 23, 2º, *in fine*, RF; obsérvese que, con alguna diferencia de redacción llamativa (77), ambos textos normativos afirman dicha posibilidad, al señalar que la fundación con empresa podrá llevar a cabo «cualesquiera actividades económicas» (artículo 24 1º LF) o «cualquier actividad mercantil» (artículo 23, 2º RF) mediante su participación en sociedades. Dicho con otras palabras, no se requiere expresamente que la actividad empresarial esté relacionada con los fines fundacionales para que pueda ser realizada lícitamente por una fundación.

B) *Consideraciones críticas en torno al tratamiento de las actividades de la fundación en el vigente Derecho español (LF y RF)*

La interpretación que acabamos de esbozar resulta, a primera vista, plenamente congruente con el tenor literal de la LF y, sobre todo, del RF. Y ello, tanto en lo que se refiere a la articulación de las actividades propias y las actividades mercantiles en el seno de la fundación como a la necesaria conexión de estas últimas con los fines fundacionales en el supuesto de la fundación-empresa (art. 23, 1º y 2º RF). Sin duda, es del todo correcto situar el cumplimiento de los fines fundacionales en el centro de la actividad de este tipo de personas jurídicas como un elemento insoslayable de su régimen normativo. Que, no obstante, ese cumplimiento se vincule, de manera necesaria y suficiente, a la realización de las actividades propias y que éstas resulten, en apariencia, del todo ajenas a las actividades mercantiles, parece menos correcto; desde este punto de vista, dichas actividades mercantiles vendrían a ser, meramente, un elemento «postizo» de la estructura jurídica y organizativa de la fundación.

Conviene expresar, no obstante, algunos matices críticos a las consideraciones que se acaban de exponer. Por un lado, desde el punto de vista de la sistemática de la norma, el legislador del RF, al contemplar el supuesto de la fundación-empresa, contradice un tanto el reseñado resultado interpretativo mediante la exigencia de que el objeto de las actividades mercantiles «esté relacionado con los fines fundacionales o sean complementarias o accesorias [las actividades mercantiles] de aquéllas [las fundaciones]». De ello cabe deducir, en consecuencia, que, en tal caso, *también* las actividades mercantiles contribuirán al cumplimiento de los fines fundacionales, aunque sea de una manera menos intensa que las propias; su carácter «postizo»

quedaría así desmentido, al menos en parte, por el propio legislador. Por otro lado, desde una perspectiva más amplia de política jurídica, la tajante separación, en el artículo 23, 1º RF, entre actividades propias y actividades mercantiles contribuye a escindir la razón de ser de la persona jurídica fundacional, condenando a éstas últimas a una función secundaria (dotacional, si se quiere), como mero instrumento de consecución de recursos para la realización de las primeras, en cuanto actividades exquisitamente fundacionales.

No conviene olvidar, por último, que en el caso de la fundación con empresa no encontramos esa restricción expresa al ejercicio de las actividades mercantiles establecida a propósito de la fundación-empresa. En aquel supuesto, tanto el art. 24, 2º LF como el art. 23, 2º RF permiten a *todas* las fundaciones la realización de *cualquier* actividad mercantil mediante la participación en sociedades. No hace falta, por ello, relación alguna, por limitada que sea, de la actividad empresarial (si bien indirectamente ejercida) con los fines de la fundación. Las únicas actividades «auténticas» de las fundaciones con empresa serían las que el art. 23 RF llama «propias» y que, como hemos tenido ocasión de señalar, se caracterizan negativamente por el mero hecho de no ser mercantiles. Estas últimas podrían ser ejercidas sin restricción alguna en cuanto a su contenido y tendrían la función exclusiva de proporcionar recursos a la fundación para el ejercicio de sus actividades propias, las cuales, no se olvide, sirven para cumplir sus concretos fines. Quizá sea la separación jurídica existente entre fundación y sociedad participada o, más exactamente, entre fundación y persona jurídica que desarrolla directamente la actividad empresarial la circunstancia que permita explicar la plena desconexión entre esta última y los fines fundacionales dentro de la disciplina legislativa española.

Con todo, sería un grave error ignorar que esa misma disciplina considera a la propia fundación titular indirecto de la actividad mercantil y, por tal razón, responsable último de su articulación organizativa, de su realización en el mercado, así como de sus consecuencias económicas (78), todo ello, no obstante, con los matices derivados de la relación concreta existente entre fundación y sociedad participada (79). A la vista de estas circunstancias, que nos parecen indiscutibles tras el examen atento de nuestro Derecho positivo, resulta difícil concordar con el legislador en la tajante separación entre actividades propias y actividades mercantiles en la fundación con empresa, y en la plena ajenidad de estas últimas respecto de los fines fundacionales. No parece difícil estimar que, en el designio del fundador, o en las propias decisiones de la fundación, algo tendrá que ver el fin o los fines de la entidad con la actividad mercantil de la que deviene titular indirecto. No obstante, la disciplina legal parece clara en su formulación

legal y en el propósito puramente dotacional con el que concibe la participación en sociedades por parte de la fundación.

A la vista de lo expuesto, y aun considerando criticable el planteamiento del Derecho español, resulta posible deducir una consecuencia inmediata y de significativas repercusiones prácticas: el ejercicio de actividades empresariales (económicas en la terminología de la LF y mercantiles en el RF) por parte de las fundaciones merece un tratamiento distinto a nuestro legislador según nos encontremos ante una fundación-empresa o ante una fundación con empresa. En el primer caso, no dispone el fundador ni la fundación de la libertad de elegir a su antojo la concreta actividad o actividades empresariales de las que vaya a ser titular directo e inmediato la propia fundación; como hemos tenido ocasión de señalar repetidamente, tales actividades han de guardar una cierta relación con los fines fundacionales, resultando ilícito el ejercicio de aquellas que sean ajenas a los mismos. En el caso de la fundación con empresa, en cambio, esa restricción no existe, pudiendo dicha entidad ser titular, si bien indirecto, de cualquier actividad mercantil, aunque esta última carezca de la más mínima vinculación con los fines fundacionales.

Este diferente planteamiento de política jurídica, aunque pueda encontrar para su justificación buenas razones de índole práctica o de corte tradicional, introduce una aparente diversidad de trato entre las dos modalidades básicas de ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones. Sin perjuicio de que quepa formular diferentes matices, con motivo de la interpretación singular del régimen normativo previsto para cada modalidad, es lo cierto que la inferior libertad en punto a la realización de actividades mercantiles de que disfruta la fundación-empresa frente a la fundación con empresa puede dar lugar a numerosos problemas, y es susceptible de restringir, sin el debido fundamento, la utilidad práctica de aquella figura. No es fácil saber la razón de fondo que se puede encontrar en la base de esta diversidad de trato, a la vista de las escasas referencias al respecto que encontramos en la exposición de motivos de la LF. En ella sólo se habla, aunque sin nombrarla, de la fundación-empresa, quizá por entender que la intervención en la vida empresarial por vía de participación en sociedades no constituye, en sentido estricto, un caso de ejercicio de actividad empresarial, propiamente dicha (80). Este restrictivo punto de vista, que podría deducirse del tenor literal de la LF, ha sido superado por el RF al introducir nuevas y relevantes perspectivas mediante la equiparación entre la fundación-empresa y la fundación con empresa en cuanto a la titularidad de la actividad mercantil, si bien con la relevante diferencia en cuanto a la inmediatez o no de su ejercicio.

IV. LA FUNDACIÓN-EMPRESA: ESBOZO DE SU RÉGIMEN JURÍDICO

1. Premisa

Sentadas las anteriores consideraciones, necesarias, a nuestro juicio, para situar debidamente el ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones en el Derecho español, nos ocuparemos, seguidamente, de esbozar el régimen jurídico establecido por nuestro legislador para la fundación-empresa y para la fundación con empresa, intentando no repetir en demasía los principios básicos de la regulación, ya señalados con anterioridad. Por lo demás, no resulta posible en un trabajo introductorio, como el que ahora desarrollamos, perfilar todos y cada uno de los aspectos particulares de dicho régimen jurídico a la vista, por una parte, de las escasas reglas contenidas en nuestro Derecho positivo al respecto, así como, por otra, de la limitada experiencia práctica de que disponemos (81). Con todo, es necesario destacar el esfuerzo llevado a cabo por el legislado español, cuya exacta medida puede apreciarse si se lo compara con el vacío casi absoluto que encontramos en otros ordenamientos respecto de la regulación —por mínima que fuera— del ejercicio de las actividades empresariales por parte de las fundaciones.

2. Caracteres generales de la fundación-empresa en el Derecho español

A) *Las notas distintivas de la actividad mercantil desarrollada por la fundación*

Ya ha quedado señalada la orientación que inspira a nuestro legislador a la hora de regular la fundación-empresa, conforme a la cual parece admitirse exclusivamente en el Derecho español su variedad funcional. Los preceptos pertinentes, como ya sabemos, son los arts. 24, 1º LF y 23, 2º RF, cumpliendo este último una importante función de desarrollo, aclaración y complemento del primero, sin que, por ello, se haya alterado, a nuestro juicio, la concepción básica de la Ley 50/2002. Lo esencial, y prácticamente lo único, que hace este último texto legal es habilitar a las fundaciones para el ejercicio de actividades económicas (mercantiles en la terminología, más exacta, del RF), señalando su necesaria conexión con los fines fundacionales. Qué se entienda por actividades mercantiles —cuestión previa, en buena lógica, a su orientación o fin— es algo a lo que la LF no atiende, sirviendo, a tal efecto, la formulación contenida en el RF, tomada, a su vez, del art. 3, 3º in fine de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo (82).

En este sentido, el art. 23, 2º RF afirma que «las fundaciones podrán, además, desarrollar directamente actividades mercantiles cuando realicen la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios para obtener lucro». Con esta formulación, no se hace otra cosa que reiterar, con algunos matices no decisivos a nuestro juicio, los elementos caracterizadores de la actividad de empresa desde el punto de vista jurídico-mercantil (83). Se contempla, de este modo, una actividad económica, organizada, profesional y en nombre propio, notas todas ellas que, por regla general, encontramos de manera prácticamente unánime, en la doctrina especializada. El carácter económico de la actividad está implícito en el calificativo de mercantil con el que se le adorna; el elemento organizativo se contempla a propósito de la referencia a la ordenación de medios de producción y de recursos humanos, sin que sea necesaria la concurrencia de ambos; la idea de la profesionalidad, por su parte, ha de entenderse implícita en la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios.

Finalmente, en cuanto al ejercicio en nombre propio, inherente al hecho de que la fundación desarrolle «directamente» actividades mercantiles, el precepto que comentamos se limita a requerir que la actividad en cuestión se lleve a cabo «por cuenta propia». No ha de entenderse esta última referencia en sentido estricto, como si bastara, para que la fundación-empresa mereciera auténticamente tal calificativo, que sus resultados económicos terminarían afectándole a ella y sólo a ella, con independencia incluso de que la actividad mercantil no se realizara en su nombre. Para poder imputar las consecuencias patrimoniales de una actividad mercantil a su autor, es decir, para calificar a este sujeto como empresario, resulta precisa la expedición del nombre, lo que implica su uso de modo general y permanente respecto de los terceros con los que se vincula por el ejercicio de dicha actividad (84). Parece obvio que este requisito también debe considerarse contemplado en el marco del art. 23, 2º RF.

A los caracteres antedichos, añade el precepto en estudio el propósito de obtener lucro como objetivo finalista de la actividad mercantil desarrollada por la fundación-empresa. Como es sabido, se discute intensamente si el ánimo de lucro es requisito esencial de la actividad de empresa, habiendo importante doctrina y argumentos legales de peso para negarlo. Con todo, en este caso la alusión al lucro no tiene otro sentido, a nuestro juicio, que el de permitir el desarrollo pleno de la actividad de empresa por parte de la fundación, persona jurídica ésta cuya constitución y funcionamiento, como es bien sabido, excluyen necesariamente tal propósito (art. 2, 1º LF) (85).

Se obvia, en cambio, al mercado, como marco de la actividad de empresa y destino necesario de los bienes o servicios cuya producción o distribución lleve a cabo la fundación. En realidad, y aunque nada diga la norma, la presencia del mercado parece inherente a la formulación propuesta, ya que resultaría absurdo que la organización de personas y medios de producción con los fines señalados se concibiera desde la perspectiva única del autoconsumo. Por si ello no resultara suficiente, tanto el art. 23, 2º RF, como, ya con anterioridad, el artículo 24, 1º LF, advierten de que las actividades mercantiles desarrolladas por la fundación-empresa quedarán sometidas «a las normas reguladoras de defensa de la competencia». El Derecho *anti-trust* adquiere sentido, como es notorio, por referencia al mercado, por el propósito, en suma, de defender la competencia en el marco del mercado ante las potenciales restricciones de que puede ser objeto por parte de los operadores económicos que en él actúan.

Con todo, la utilidad de la mención del Derecho *anti-trust* para hacer visible al mercado en la actividad mercantil requerida a la fundación-empresa resulta menos relevante de lo que a primera vista pudiera parecer y, en sentido estricto, podría considerarse superflua, a la vez que insuficiente. Y ello, por un lado, porque toda actividad de empresa, y por supuesto también la que desarrolle una fundación, se lleva a cabo en el mercado, quedando sometida, por ello mismo y sin necesidad de que ninguna norma lo diga, al Derecho de defensa de la competencia. Por otro, porque, por idéntica razón, no sólo se somete el empresario en cuestión a «las normas reguladoras de defensa de la competencia», como señalan los arts. 24, 1º LF y 23, 2º RF, sino al completo y entero Derecho del mercado, que comprende, desde luego, la normativa *anti-trust*, pero también las normas sobre competencia desleal, sobre propiedad industrial y sobre publicidad, entre otras. No obstante, con la referencia que comentamos, quizá el legislador haya querido reforzar la vigencia de estas ideas en el ámbito de las fundaciones, tradicionalmente alejado del mercado (86), y también, aunque en menor medida, de la actividad de empresa.

B) *La relación de la actividad de empresa desarrollada por la fundación con sus fines específicos*

A lo largo de este trabajo, hemos indicado en varias ocasiones la necesidad de que, en Derecho español, la actividad mercantil desarrollada por la fundación-empresa esté relacionada con sus fines específicos. Esta conexión entre fines de las fundaciones y actividad de empresa no es inherente, como sabemos, a la clásica delimitación conceptual de la fundación-empresa, si bien goza de considerable predicamento por su propósito de dar un fundamento pleno a la actividad mercantil reali-

zada por una fundación, evitando que ésta sirva de pantalla a una empresa encubierta, desvirtuándose, de tal modo, el sentido de la persona jurídica fundacional. Sin perjuicio de alguna leve diferencia estilística, tanto la LF como el RF formulan la cuestión en términos muy similares. Así, se viene a decir que las fundaciones podrán desarrollar actividades mercantiles «cuyo objeto esté relacionado con los fines fundacionales o sean complementarias o accesorias de aquéllas» (art. 24, 1º LF; prácticamente idéntico, art. 23, 2º RF). Es el momento de analizar, siquiera brevemente, esta formulación a fin de apreciar el sentido y la intensidad del vínculo entre fines fundacionales y actividad de empresa requerido por el Derecho español.

Aun no siendo la redacción de ambos preceptos ni clara ni elegante, entendemos que, literalmente, las actividades mercantiles sólo se justifican por estar relacionadas con los fines fundacionales o por ser complementarias o accesorias de «aquéllas», es decir, las fundaciones. No se trata, a pesar del enunciado normativo, de dos cosas distintas o alternativas, pretendiendo, por ejemplo, que las actividades mercantiles «complementarias o accesorias de aquéllas» sirvieran de mera fuente de recursos para el cumplimiento de los fines fundacionales (fundación-empresa dotacional), sin necesidad alguna de que estuvieran vinculadas, aunque fuera mínimamente, con dichos fines. Si hemos acertado al considerar que con la palabra «aquéllas» se alude por el legislador a las fundaciones que desarrollan actividades mercantiles, no puede haber diferencia entre los dos aparentes supuestos que contempla el legislador.

Por ello, que el objeto de las actividades mercantiles esté relacionado con los fines fundacionales no es algo sustancialmente distinto de que éstas sean complementarias o accesorias de las fundaciones, pues de este modo se nos viene a decir, en última instancia, que dichas actividades mercantiles serán complementarias o accesorias de los fines de la propia fundación. Entender otra cosa resultaría, además de ilógico, absurdo, ya que la fundación sólo puede desarrollar, conforme al artículo 23, 1º RF, actividades propias y mercantiles; si éstas últimas han de ser, en su caso, complementarias o accesorias de las fundaciones, habrán de serlo, igualmente, de sus actividades propias, y por tanto, a fortiori, de sus fines específicos.

La interpretación que venimos defendiendo puede reforzarse, incluso, si observamos que cuando se contempla el supuesto de la fundación con empresa, tanto el art. 24, 1º *in fine* LF, como el art. 23, 2º, *in fine*, RF, autorizan la realización de «cualquier actividad mercantil» (en la terminología, algo diferente, del RF), afirmándose, de este modo, que no se requiere conexión alguna de dicha actividad con los fines fundacionales.

Sobre la base de esta consideración, la redacción normativa, tanto en la LF como en el RF, a propósito de la fundación-empresa resultaría innecesariamente compleja si lo que en realidad se pretendía contemplar (y autorizar) era el ejercicio de cualquier actividad mercantil. Hubiera sido mucho más lógico, más claro y de mayor economía legislativa decir, lisa y llanamente, que la fundación puede ejercer directamente cualesquiera actividades mercantiles, o fórmula similar, evitando recovecos lingüísticos que siempre producen dificultades hermenéuticas. Hemos de concluir, por tanto, que la fundación-empresa requiere, en Derecho español, la conexión de las actividades mercantiles con los fines fundacionales.

Otra cosa es que el legislador haya querido sugerir una cierta gradación en lo que se refiere al nivel de relación entre actividad mercantil y fin de la fundación. Parece lógico pensar que ese vínculo pueda ser de diversa intensidad, no tanto en lo que se refiere a la cantidad de recursos que la primera puede facilitar para la realización del segundo (elemento necesario y no suficiente, como sabemos, para dar título de legitimidad jurídica a la concreta actividad mercantil) como, sobre todo, en punto a la profundidad de dicho vínculo, a la mayor o menor exigencia institucional de la actividad mercantil desarrollada desde el punto de vista del fin fundacional. Siendo esto así, será correcto afirmar que la relación entre actividad mercantil y fin de la fundación no es una magnitud fija, sino un *continuum* variable que irá desde aquellos supuestos en los que no quepa concebir una fundación sin el ejercicio de una determinada actividad mercantil hasta otros en los que esta última se encuentre muy cerca de constituir una pura fuente de recursos, un instrumento meramente dotacional de la fundación.

En el Derecho español, por tanto, no se ha llevado a cabo una tipificación rígida de la fundación-empresa a salvo de la necesaria conexión, de intensidad variable, entre actividad empresarial y fin de la fundación. Aun constituyendo esta premisa un criterio restrictivo, y por ello mismo discutible, de la funcionalidad propia de la fundación-empresa como supuesto concreto de empresario, no cabe, a nuestro juicio, llevar a cabo una interpretación más restrictiva aún, conforme a la cual se pretenda exigir un determinado nivel de relación entre la actividad mercantil y el fin o fines específicos de la fundación-empresa. Además de no tener base legal alguna, este planteamiento terminaría por condenar a la figura que nos ocupa a una posición menesterosa en el catálogo de tipos de empresario del Derecho español, reduciendo el sentido de su tipificación normativa (87).

Conviene advertir que, con motivo de la regulación del ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones, y no sólo con respecto a la fundación-empres-

sa, el legislador español no ha establecido restricción alguna desde el punto de vista específico de dichas actividades. Es decir, una fundación puede ejercer, directa o indirectamente, cualquier actividad mercantil en el sentido de dedicarse profesional y organizada a cualquier género de lícito comercio. El planteamiento de política legislativa a propósito de la fundación-empresa (a diferencia, como es notorio, de la fundación con empresa) no limita, entre nosotros, la concreta actividad empresarial ejercida por razón de su propio contenido, sino por el hecho de que esté vinculada a sus propios fines. Establecida esa relación dentro de los márgenes que el Derecho positivo contempla, el contenido específico de la actividad mercantil, los modos de su articulación organizativa y los resultados que se produzcan devienen por ello irrelevantes desde el punto de vista normativo. Por este motivo, hemos podido decir con anterioridad que, en el caso que nos ocupa, «hay más fundación que empresa», queriendo subrayar no el condicionamiento de la actividad mercantil en sí misma entendida por los fines fundacionales, sino su necesaria conexión con ellos (88).

C) *Otros elementos de régimen jurídico de la fundación-empresa*

a) Consideraciones generales: la ausencia de un régimen jurídico suficiente

Al margen del contenido de los preceptos de LF y RF ya examinados, muy poco más encontramos en el Derecho español de fundaciones sobre el ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones y, específicamente, sobre la fundación-empresa. Conviene destacar, como materia significativa, que cuando una fundación realice actividades mercantiles, se le aplicará con carácter general, y no sólo en el supuesto de la fundación-empresa, el Derecho contable mercantil (89), incluso el relativo a la consolidación de las cuentas cuando la fundación en cuestión se encuentre en alguno de los supuestos previstos en los arts. 42 y 43 del Código de Comercio para la sociedad dominante (arts. 25, 9º LF y 29, 1º RF) (90). Fuera de esta relevante regulación, sólo encontramos algunas alusiones desperdigadas a las actividades mercantiles de las fundaciones en nuestro ordenamiento, sin que de ello quepa deducir demasiadas consecuencias significativas en punto al régimen jurídico de la fundación-empresa (91). A la hora de considerar el tratamiento jurídico que le pueda corresponder, habrá de contarse, sin género de duda, con las normas generales sobre la persona jurídica fundacional contenidas en ambos textos, del mismo modo que con las reglas mercantiles relativas a su particular *status* de empresario, así como a su actuación en el mercado. Con todo, esta aplicación normativa habrá de llevarse a cabo buscando la

mayor congruencia posible entre el fin (de interés general) de la fundación y el interés de la empresa fundacional, sin olvidar que esta última se concibe, con mayor o menor intensidad, para la plena satisfacción de aquél dentro del planteamiento que cabe reconocer en nuestro Derecho.

Las pocas referencias normativas existentes en el Derecho español sobre la fundación-empresa obligan, sin perjuicio de la ya indicada aplicación del régimen general sobre fundaciones (92), a explorar el posible espacio de que dispone la autonomía de la voluntad del fundador, y también de la propia fundación, cuando esta última posibilidad no se oponga expresamente a lo que aquél hubiera podido establecer. Aunque el Derecho español de fundaciones parece concebido desde una perspectiva esencialmente imperativa, no faltan posibilidades de libre configuración que resultan de especial trascendencia en un supuesto, como el de la fundación-empresa, contemplado por el legislador sólo en sus aspectos básicos, a fin de despejar las incógnitas que sobre su validez existían en amplios sectores de la sociedad. Hay que partir, sin duda, de la libertad del fundador, verdadero elemento clave no sólo de la constitución de la fundación, sino, sobre todo, de su organización interna y de su actuación exterior (93). Esa libertad puede corresponder también a la propia fundación, siempre, claro está, que el fundador no lo haya prohibido (94) y, sin duda, puede alcanzar un papel relevante en el caso de la fundación-empresa, por la necesidad de adecuar continuamente su funcionamiento, en el marco del fin fundacional, a los requerimientos propios del mercado.

Sin perjuicio de exponer, seguidamente, algunas consideraciones respecto de la estructura orgánica de la fundación-empresa, parece oportuno mencionar en este apartado genérico en torno a su régimen jurídico un último aspecto relativo al tratamiento de las modificaciones estatutarias y estructurales de la fundación (95). Este aspecto, con una limitada regulación en el Derecho vigente (arts. 29 y 30 LF, y arts. 36 y 37 RF), adquiere considerable trascendencia en el marco de las actividades mercantiles como resultado de la continua y necesaria adaptación de las empresas a los requerimientos del mercado. En ocasiones, esa adaptación podrá resolverse con meras modificaciones estatutarias, pero en otros casos la intensidad de la competencia, el desarrollo de la actividad de empresa realizada por la fundación o, por desgracia, una situación de profunda crisis obligarán a cambios más drásticos, dentro de la categoría que se suele conocer como «modificaciones estructurales» (transformación, fusión, escisión, cesión global de activo y pasivo) dentro de las sociedades mercantiles.

Dichas modificaciones estructurales traen consigo cambios de extraordinario alcance, que suponen inclu-

so la extinción de alguno o varios de los sujetos involucrados en el procedimiento. Quizá porque el legislador sólo ha pensado en la fundación ajena a la realización de actividades mercantiles, únicamente encontramos algunas reglas, y además incompletas, relativas a la fusión (96). Nada se dice sobre la escisión u otras posibles modificaciones estructurales, lo que, dado el principio de tipicidad que la doctrina considera inherente a este tipo de alteraciones de las personas jurídicas, obliga a pensar en que resulten inaplicables a las fundaciones. Se trata, sin duda, de una consecuencia negativa para las fundaciones titulares de actividades empresariales, y en particular para la fundación-empresa, que no parece posible salvar acudiendo a la aplicación analógica de las normas existentes al respecto en el Derecho de sociedades mercantiles.

b) Reflexiones sobre la estructura orgánica en la fundación-empresa

a') Los posibles modelos de organización y el Derecho español en la materia

Como advertíamos en el apartado anterior, quizá uno de los terrenos donde la autonomía de la voluntad puede jugar un papel más destacado sea el organizativo, teniendo en cuenta que, por su propia naturaleza, la fundación-empresa requerirá verosimilmente una estructura orgánica más compleja que la mera presencia de un Patronato. Ello se debe, en lo esencial, a la necesidad de atender a las dos vertientes de actividad de esta fundación: la propiamente fundacional, vinculada a la realización de sus específicos fines, y la de carácter empresarial, necesitada de asumir los criterios distintivos de la gestión mercantil (97). Por tal motivo, salvo en los casos de perfecta simbiosis entre fundación y actividad de empresa, resultará lógico contar, al lado del Patronato, con algún órgano añadido al que corresponda, prima facie, la tarea inmediata de dirigir la empresa fundacional, sin perjuicio de la existencia de otros posibles modelos más complejos de estructura orgánica (98).

La posibilidad que acabamos de exponer no es, sin embargo, la única a la hora de establecer una adecuada estructura orgánica para la fundación-empresa. Desde una perspectiva de menor complejidad, cabría mantener el principio tradicional de unidad orgánica en la fundación, delegando ciertas facultades, básicamente ejecutivas, en algún miembro del Patronato, sin perjuicio de la concesión de apoderamientos específicos para la realización de concretas tareas. De este modo, el Patronato mantendría incólume su condición de órgano único de la fundación, viéndose ayudado para el ejercicio cotidiano de sus múltiples actividades por el patrono delegado o por los apoderados que pudiera

nombrarse. Pero, a la inversa, cabe imaginar modelos más complejos, sobre todo idóneos para supuestos de fundación-empresa de gran dimensión, en los que llegue a establecerse una auténtica pluralidad, que no dualidad, orgánica.

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

En todo caso, conviene decir que el vigente Derecho español admite, con carácter general, las diversas posibilidades reseñadas de organización interna, y no sólo respecto de aquéllas que ejerciten actividades empresariales. Así, existe expresamente reconocida la facultad de crear órganos distintos del Patronato (99) mediante la correspondiente mención estatutaria (100), indicando su composición y las competencias que se pretenda asignarles, siempre que no incidan en las que, por ley, corresponden necesariamente a aquél (101). Asimismo, la configuración estatutaria de esos posibles órganos habrá de respetar la posición del Patronato como «órgano de gobierno y representación» de la fundación (art. 14, 1º LF; el art. 15, 1º RF habla de «órgano de gobierno y administración») al que corresponde el cumplimiento de los fines fundacionales y la administración de su patrimonio. Lo mismo podemos decir respecto a la delegación de facultades y la concesión de apoderamientos, expresamente contemplados por la legislación vigente (art. 16, 4º LF).

b') El modelo dualista (Patronato y órgano de dirección de la empresa) como estructura organizativa básica para la fundación-empresa

Con todo, como resulta lógico, la clave para optar por una determinada organización interna de la fundación —y, más específicamente en nuestro caso, de la fundación-empresa— reside no tanto en la estructura en sí misma considerada, sino más bien en las competencias que se vayan a atribuir, en su caso, a los órganos que se puedan crear, a los delegados o apoderados, así como, en el primer supuesto, a las relaciones de jerar-

quía o coordinación que quepa establecer entre los diversos órganos. Del primer extremo, como ya hemos visto, se hace eco nuestro Derecho con carácter expreso, si bien guarda silencio respecto del segundo. Sin entrar ahora en los detalles de asignación de competencias concretas a cada órgano que pueda existir, por limitarnos al supuesto de pluralidad orgánica, resulta posible pensar en una aparente separación de funciones sobre la base de las distintas actividades que, no obstante su necesaria conexión, ha de desarrollar la fundación-empresa: por un lado, el Patronato, de existencia necesaria, a quien corresponde, como sabemos, el gobierno y la representación de la fundación y, por consiguiente, la realización de los fines fundacionales; por otro, el órgano de dirección de la empresa, responsable de las actividades mercantiles de la fundación y, no obstante el carácter representativo del Patronato, también susceptible de intervenir en relaciones jurídicas externas de la fundación, siempre referidas, claro está, a su vertiente estrictamente mercantil.

Sobre esta base, y sin perjuicio de que se pueda hacer más compleja la estructura orgánica de la fundación-empresa, puede quizá afirmarse la aparente independencia de los dos órganos señalados, al tener asignadas distintas áreas de actividad, de modo similar al que en nuestro Derecho vigente se produce con la separación entre «actividades propias» y «actividades mercantiles» de la fundación. Podría llegar a pensarse así no sólo en la separación de competencias de los dos órganos, sino también en su funcionamiento independiente, sólo relativizado por la necesidad de establecer acuerdos eficaces en punto al uso de los recursos de la fundación, de manera que la realización de los fines fundacionales no impida las inversiones y desembolsos necesarios en la esfera mercantil, y viceversa (102). No parece, sin embargo, que este planteamiento pueda ser seguido en toda su integridad. Y ello, básicamente, por dos razones: una, de orden general, referida al carácter unitario que corresponde a la fundación-empresa, que impide ignorar la necesaria conexión entre fines fundacionales y actividad mercantil, tal y como se pone de manifiesto en el vigente Derecho español (103); otra, de orden particular, derivada de la posición de supremacía que ha de atribuirse al Patronato en la estructura orgánica de toda fundación, de acuerdo, igualmente, con lo establecido en la normativa de fundaciones (104).

De lo que antecede, puede deducirse la existencia de una relación de jerarquía entre el Patronato, órgano superior de la fundación, y el órgano director de la empresa, relación de jerarquía templada, no obstante, por el reconocimiento de competencias propias a favor de este último y por la necesidad de facilitar el ordenado ejercicio cotidiano de la actividad mercantil. Sin perjuicio de que los estatutos de la fundación sean el lugar idóneo para desarrollar dichas circunstancias, puede decir-

se en este momento que el Patronato, además de su función propia de realizar los fines fundacionales y de gestionar el patrimonio de la fundación, asume en una fundación-empresa, por regla general, una función de vigilancia o supervisión respecto al funcionamiento del órgano director de la empresa, debiendo autorizar o ratificar, en su caso, algunos actos particularmente relevantes para la empresa fundacional (105).

El modelo orgánico esquemáticamente expuesto recuerda al característico del Derecho alemán de sociedades anónimas (106) y hoy también a una de las posibilidades que puede revestir la administración de la sociedad anónima europea, según su Reglamento regulador de 8 de octubre de 2001 (107). La singular conexión de este modelo («dualista») con la actividad de empresa y con la participación de los trabajadores en su gestión no impide su traslación al ámbito que ahora nos ocupa; antes al contrario, aun sin corresponder ontológicamente a una realidad mercantil, por ser expresión, sin más, de una concreta manera de articular la estructura interna de una organización, se aviene muy bien a ella, como prueba la consolidada experiencia del Derecho alemán en la materia y los ejemplos concretos derivados de la práctica de algunos ejemplos concretos de fundación-empresa en dicho país (108). Por ello, consideramos no sólo posible, sino también conveniente, que los estatutos de una fundación-empresa puedan reproducir el modelo dualista descrito, sin que quepa en este momento formular de manera acabada las particularidades concretas de las relaciones interorgánicas, así como los detalles de la actividad de supervisión que, a nuestro juicio, deberá desarrollar el Patronato.

En todo caso, sería oportuno plantearse, siguiendo de nuevo las pautas orientadoras del Derecho alemán, la participación de los trabajadores de la fundación-empresa en su gestión, pudiendo pensarse, a tal efecto, en su integración en el Patronato o en el órgano específico de dirección de la empresa. A priori, ambos supuestos parecen posibles, sin que la pertenencia de los trabajadores al ámbito organizativo de la empresa fundacional sirva para privilegiar su integración en el ente rector de esta última. Es más, su adscripción al Patronato terminaría por conferirle de manera definitiva un papel de auténtico «Consejo de Vigilancia», con la terminología del Derecho alemán en materia de sociedades anónimas, sin perjuicio, claro está, del mantenimiento de sus funciones generales de acuerdo con el Derecho vigente entre nosotros en materia de fundaciones. Con independencia de las críticas que en los últimos años recibe el modelo de la cogestión laboral en las empresas, al hilo de ciertos planteamientos propios de la temática del gobierno corporativo (*Corporate Governance*) (109), pensamos que, en el caso que nos ocupa, la participación de los trabajadores (110)

puede resultar especialmente congruente con la naturaleza de este empresario, exponente de una suerte de «empresa en sí», sin base personal alguna, de modo diverso al que caracteriza, como es bien sabido, a las sociedades mercantiles. En el plano de la fundación-empresa, no resulta posible pretender, por la razón indicada, que el objetivo de la actividad mercantil consista en la «creación de valor para el accionista» (*shareholder value*); la ausencia de socios, la actividad de empresa y su necesaria conexión, en los términos que ya conocemos, con los fines fundacionales aconsejan introducir la referencia al «interés de la empresa» (*Unternehmensinteresse*), buscando, desde luego, acrecentar el valor de ésta y, a la vez, hacer posible su mejor incardinación en la realización de dichos fines (111).

V. LA FUNDACIÓN CON EMPRESA

1. Reflexiones introductorias: el sentido de la tipificación legal de la fundación con empresa

Delimitado en otros apartados del presente trabajo el sentido y razón de ser de la llamada «fundación con empresa», corresponde ahora perfilar con mayor precisión su supuesto de hecho en el marco de la regulación, ciertamente escasa, que le otorga el vigente Derecho español de fundaciones. Conviene reiterar, de entrada, que la fundación con empresa es, junto a la fundación-empresa, un modo concreto de articular la intervención de las fundaciones en la realidad empresarial, con arreglo al cual se procede a una separación, cuando menos formal, de la fundación como persona jurídica respecto de las sociedades en las que participa y a través de las cuales, de manera indirecta por tanto, desarrolla una actividad mercantil. Se pretende, de este modo, no tanto desconectar a la fundación de las circunstancias concretas de la actividad de empresa, sino más bien moderar la intensidad del vínculo entre una y otra mediante la interposición de un sujeto jurídico que asuma directamente el ejercicio de aquélla.

La aproximación legislativa al fenómeno de la fundación con empresa, seguramente más difundido en la práctica que la fundación-empresa, se lleva a cabo en el Derecho español desde una perspectiva limitada, consistente en reconocer la legitimidad de la participación, incluso mayoritaria, de la fundación en el capital social, por un lado, y en ponerle serios inconvenientes cuando se refiera a sociedades en las que los socios queden sometidos a algún género de responsabilidad por las deudas sociales, por otro. Intentaremos, seguidamente, perfilar los detalles concretos del régimen jurídico establecido al respecto en los arts. 24 LF y 24 RF, haciendo, no obstante, una matización previa. En realidad, la disciplina legal, aun referida en un principio a la participación, a secas, de una fundación en el capital social

de una sociedad, parece orientarse, más bien, a la consideración esencial de la participación mayoritaria y, aunque no se diga de manera expresa, a asumir tácitamente la posibilidad de que una fundación se convierta en entidad cabecera de un grupo de sociedades (112).

En sentido propio, no hubiera hecho falta que la normativa vigente contemplara, sin más, la participación de una fundación en el capital de una sociedad, a salvo, quizá, de aquellas sociedades en las que exista algún género de responsabilidad por las deudas sociales (113). Sin ignorar que la confirmación legal de esta circunstancia sirve para despejar todo género de dudas al respecto, resulta obvio que las fundaciones, como cualquier sujeto de Derecho, pueden adquirir acciones de una sociedad anónima o participaciones de una sociedad de responsabilidad limitada como supuesto puramente inversor, con la finalidad básica de diversificar su patrimonio y obtener rendimientos mediante su participación en beneficios a través de los cuales puedan contribuir a la mejor realización de sus fines fundacionales.

En realidad, y como ya hemos tenido ocasión de exponer, si la ley se hubiera limitado a contemplar este fenómeno, no afectaría propiamente al supuesto regulado, esto es, la realización de actividades mercantiles por las fundaciones. Una fundación que, por ejemplo, adquiera y venda en Bolsa con regularidad acciones de sociedades anónimas cotizadas como parte de su gestión patrimonial ordinaria (114), resultará ser un sujeto puramente inversor que busca mejorar la rentabilidad de su patrimonio, sin que por tal comportamiento pueda merecer, desde luego, la calificación de empresario. Esta última sólo se le aplicará cuando la participación en el capital social de una sociedad le permita influir decisivamente en la formación de la voluntad social, condicionando así el ejercicio concreto de la actividad empresarial que la sociedad participada lleve a cabo como titular directo en el mercado. Por lo expuesto, parece más lógico entender que no es el mero reconocimiento de la legitimidad de la participación de fundaciones en el capital de sociedades la finalidad esencial perseguida por las normas que consideramos.

Se trata, más bien, de abrir el camino al ejercicio indirecto de actividades mercantiles por las fundaciones y a la formación, sobre la base de la participación mayoritaria o de control en el capital social, de auténticos grupos de sociedades encabezados por aquéllas (115). En realidad, con la figura de la fundación con empresa, que, en la apariencia formal de constitución del supuesto de hecho, desliga la empresa de la fundación, se contribuye a superar las dificultades que la unión de fin fundacional y actividad mercantil puede producir en el modelo de la fundación-empresa. Corresponde, por ello, analizar con más detalle la figura de la fundación-empresa mediante el estudio de las circunstancias esen-

ciales que, en el Derecho vigente, la delimitan. En tal sentido, prestaremos atención a las sociedades en las que la fundación puede establecer su participación mayoritaria, a los detalles procedimentales de su establecimiento y a las características de la relación que, desde el punto de vista del ejercicio de la actividad de empresa, se establece entre la fundación y la o las sociedades participadas.

2. Las notas distintivas del supuesto de hecho

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

No resulta del todo clara la orientación básica de nuestro Derecho positivo en este importante asunto. Tanto la LF (art. 24, 1º, *in fine*), como el RF (art. 23, 2º, *in fine*) indican, tras la sumaria regulación de la fundación-empresa, antes examinada, que las fundaciones podrán «intervenir (en)», según la LF, o «realizar», en la formulación del RF, actividades mercantiles mediante la participación en «sociedades», de acuerdo, en ambos textos, con la regulación que seguidamente establecen. La falta de claridad a la que nos referíamos reside no sólo en el empleo del término «sociedades», sino también en que, a renglón seguido, tanto la LF como el RF, aluden a la participación en «sociedades mercantiles» en las que no se responda de las deudas sociales. Ambos textos concluyen utilizando, de nuevo, el término «sociedades», a propósito, esencialmente, de aquellas compañías en las que los socios tengan algún género de responsabilidad por las deudas sociales.

Sin duda, es significativo el propósito legislativo de dificultar la participación de fundaciones en sociedades donde tengan que asumir responsabilidad personal por las deudas sociales. Pero esta circunstancia no permite, a nuestro juicio, arrojar suficiente luz en torno al problema de determinar las sociedades susceptibles de ser participadas por fundaciones. Es evidente que, a la hora de aclarar la, en apariencia, oscilante terminología legal, no cabe pensar en que la participación en sociedades mercantiles excluya la responsabilidad de la fundación como socio de éstas, ni que tal responsabilidad exista cuando la sociedad participada no es mercantil. Lo primero porque, como es bien sabido, la afirmación reseñada valdría sólo para las sociedades mercantiles de capital (con la significativa excepción, no obstante, de la sociedad comanditaria por acciones), pero no para las personalistas; lo segundo porque existen sociedades no mercantiles, como las cooperativas, en las que cabe excluir la responsabilidad de los socios por las deudas sociales.

Sobre la base de que el propósito del legislador es el de facilitar la participación de fundaciones en socieda-

des, dificultando en lo posible que tal cosa implique para aquéllas, dada la naturaleza de la sociedad participada, algún género de responsabilidad de la fundación por las deudas sociales, resulta posible, a nuestro juicio, formular algunas reglas interpretativas de las normas examinadas. En tal sentido, conviene decir, en primer lugar, que el Derecho español de fundaciones permite, sin género de duda, la participación de fundaciones en sociedades, sean mercantiles o no, restringiendo, no obstante, dicha posibilidad en el caso de que se refiera a sociedades (mercantiles o no) en las que los socios respondan por las deudas sociales.

Lo expuesto no significa, sin embargo, que en este último caso resulte prohibida la participación (116), sino meramente obstaculizada, pues la fundación se ve obligada a enajenar la participación de que pudiera disponer (117) salvo que, en el plazo máximo de un año, se produzca la transformación de tales sociedades en otras en las que quede limitada la responsabilidad de la fundación (art. 24, 3º LF y art. 24, 4º RF). Con dicción inexacta, se nos viene a decir que la participación de la fundación en una sociedad en la que deba responder de las deudas sociales es lícita, si bien sometida a un régimen claudicante. Obsérvese, en todo caso, que no se señala un plazo para la obligada enajenación de la participación que la ley impone a la persona jurídica fundacional, puesto que, transcurrido el plazo de un año sin transformación de la sociedad participada (118) y sin enajenación, la única consecuencia inmediata es que «el protectorado requerirá al patronato para que, en el plazo de quince días, realice las alegaciones que considere oportunas» (119).

En segundo lugar, la participación de las fundaciones en sociedades cuyos socios no respondan de las deudas sociales es, desde luego, lícita, y queda sometida exclusivamente, en cuanto a su disposición y utilidad, a lo que la propia fundación participante determine, a salvo, claro está, de su necesaria comunicación al Protectorado cuando merezca el calificativo de mayoritaria (120). Si la participación no mereciera tal calificativo, resulta obvio que no será preceptiva comunicación alguna al Protectorado (121). El hecho de que nuestro Derecho de fundaciones hable de participación, no necesariamente mayoritaria (122), en «sociedades mercantiles en las que no se responda personalmente de las deudas sociales» (art. 24, 2º LF) (123) parece limitar el supuesto de hecho a la participación de las fundaciones en sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada, en todas sus facetas y modalidades (incluyendo, por lo tanto, a figuras recientemente reguladas, como la sociedad anónima europea, y a la sociedad limitada nueva empresa).

A la vista de la formulación literal de la Ley, podría pensarse, aplicando mecánicamente el argumento a

contrario, que nuestro Derecho de fundaciones no contemplaría la adquisición de participaciones en sociedades que, excluyendo la responsabilidad de sus socios por las deudas sociales, no merecieran la calificación de mercantiles. Sería el caso, por ejemplo, de una sociedad cooperativa, en la que, como es bien sabido, cabe declarar en su constitución si los socios responden o no por las deudas sociales, siendo ampliamente mayoritario el supuesto negativo. En realidad, esta conclusión sería errónea y carente por completo de sentido. Ya ha quedado indicado que, tanto la LF como el RF, aluden al problema que nos ocupa indicando que las fundaciones podrán participar en «sociedades»; de ahí hemos deducido, no obstante la variación terminológica típica de nuestro Derecho vigente, que el principio general en la materia ha de ser la licitud de la participación de fundaciones en todo tipo de sociedades, ateniéndose, no obstante, a las reglas que en cada caso establezca el legislador. Por ello, en el ejemplo expuesto, la conclusión ha de ser positiva, aunque la sociedad cooperativa no quepa, al menos en principio, en la categoría «sociedades mercantiles en las que no se responda personalmente por las deudas sociales», utilizada en nuestro vigente Derecho de fundaciones (124).

B) *El carácter mayoritario de la participación*

a) El significado del término «mayoritario»

Sin duda, como se ha indicado en diversas ocasiones a lo largo de este trabajo, es el carácter mayoritario de la participación, quizá, la principal preocupación del legislador español en lo que atañe a la fundación con empresa. Y es que, cabría decir, no puede ser de otro modo, por cuanto la delimitación de dicha categoría no se puede efectuar con propiedad si no es aludiendo a la posición determinante de la fundación en la estructura organizativa de las sociedades a las que pueda pertenecer.

Qué se haya de entender por participación mayoritaria es algo que el art. 24, 2º LF no contempla. Hay que esperar al art. 24, 2º RF para disponer de una delimitación legal de tal situación, a tenor de este último precepto:

«A los efectos previstos en el apartado anterior, se entenderá por participación mayoritaria aquella que represente más del 50 por 100 del capital social o de los derechos de voto, a cuyos efectos se computarán tanto las participaciones directas como las indirectas. Para determinar los derechos de voto, en el supuesto de sociedades indirectamente dependientes de una fundación, se entenderá que a ésta le corresponde el número de votos que corresponda a la sociedad dependiente que participe directamente en el capital social de aquéllas».

La norma transcrita muestra una afinidad sustancial con algunas reglas ya existentes en nuestro Derecho de sociedades a propósito de la delimitación, en concreto, de la llamada sociedad dominante —art. 87 LSA, aplicable a las sociedades limitadas por la remisión contenida en el art. 41 LSRL (125). Quizá, en tal sentido, no hubiera sido estrictamente necesario redactar una norma específica a propósito de idéntica situación en el caso de las fundaciones, no obstante las conocidas diferencias existentes entre ambas personas jurídicas. Con todo, en el caso que nos ocupa, hemos de prestar atención prioritaria al art. 24, 2º RF, cuyo contenido intentaremos comentar brevemente. De entrada, la idea de participación mayoritaria tiene una característica esencial referida a la posesión de más del 50 por 100 del capital social o de los derechos de voto de una sociedad, sin perjuicio de que el carácter mayoritario de la participación puede aumentar hasta que la fundación se convierta en socio único de la sociedad participada. No hay inconveniente alguno en que esto suceda, desde luego, en lo que atañe al Derecho de sociedades, y tampoco desde la perspectiva del Derecho de fundaciones.

Puede dar lugar a equívocos, no obstante, la contraposición entre el capital social y los derechos de voto que se efectúa en el art. 24, 2º RF. Como es bien sabido, y se deduce con claridad del art. 87 LSA, el elemento decisivo a la hora de hablar de participación mayoritaria, o de control societario (como se quiera), viene necesariamente referido a los derechos de voto, por cuanto no es infrecuente que la posesión de más de la mitad del capital no vaya acompañada de idéntico porcentaje de derechos de voto, haciéndose imposible, entonces, que el socio aparentemente mayoritario domine efectivamente a la sociedad en que participa. En el Derecho español de sociedades, tanto respecto de las sociedades anónimas como de las limitadas, es posible, al igual que en otros ordenamientos, desligar el derecho de voto del capital poseído a través de diferentes técnicas, suprimiendo la regla tradicional, recogida, por ejemplo, en el art. 53 LSRL, de que una participación o una acción atribuyen a su titular un derecho de voto.

Así, cabe imaginar, en primer lugar, la posibilidad de emitir acciones y participaciones desprovistas de tal derecho, dentro de los límites y condiciones establecidos en nuestro Derecho positivo: arts. 90-92 LSA y 42 bis LSRL, que se remite en bloque, a los efectos de las participaciones sin derecho de voto (126), al régimen de las acciones sin derecho de voto). Pero, en segundo lugar, cabe pensar en desligar la titularidad del capital del voto mediante técnicas de asignación desigual de este derecho, lo que puede conseguirse, básicamente, de dos modos: estableciendo el llamado «voto plural», por el cual algunos socios disfrutarán de más derechos de voto que otros, o limitando estatutariamente el número máximo de votos que pueda emitir un mismo socio

o grupo de sociedades. El primer supuesto sólo es posible entre nosotros en la sociedad de responsabilidad limitada (art. 184, 1, 1º RRM) (127), en tanto que el segundo es aplicable en ella y también en la sociedad anónima (art. 105, 2º LSA y art. 53, 4º LSRL) (128).

En el ordenamiento jurídico español estas técnicas se formulan sin especiales matices aplicativos, por lo que, en apariencia, las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, con independencia de su dimensión, objeto social y demás características, podrán hacer uso de ellas sin restricciones. En el caso de las sociedades anónimas, no obstante, existe desde hace tiempo una opinión negativa sobre la posibilidad de desligar el derecho de voto de la titularidad de las acciones respecto de las sociedades cotizadas. No se trata tanto de que encontremos una prohibición legal en la materia, cosa que, como se acaba de decir, no existe en el Derecho español, sino que, al hilo de la formulación progresiva de un régimen especial para dicha modalidad de sociedad anónima se ha ido afirmando la incompatibilidad de las técnicas indicadas con el carácter necesariamente abierto de toda sociedad cotizada. En particular, esta opinión negativa se refiere a las limitaciones estatutarias del número máximo de votos que puede emitir un accionista o sociedades pertenecientes a un grupo, en cuanto supone una suerte de «cláusula de blindaje» de difícil compatibilidad con los principios rectores del mercado bursátil (129).

Por las razones expuestas, quizá no sea del todo adecuada la contraposición existente en el art. 24, 2º RF entre posesión del capital y titularidad de los derechos de voto. Sí sería, en cambio, más oportuno, centrar en este último aspecto el elemento básico determinante del carácter mayoritario de la participación de la persona jurídica fundacional en la respectiva sociedad. Y es que, siguiendo la letra de la ley, bien podría suceder que una participación en el capital de una sociedad superior al 50 por 100 supusiera meramente una mayoría nominal, que no una efectiva posición de poder de la fundación en el seno de la sociedad participada. Parece, por tanto, que la norma ha de entenderse en un sentido finalista, orientado a determinar que la fundación disponga, efectivamente de una situación de dominio en el seno de la sociedad, para lo que será, sin duda, decisiva la disposición de la mayoría de los derechos de voto existentes, de modo que se pueda influir de manera decisiva en la formación de la voluntad social.

Con todo, y sobre la base de nuevo de la interpretación finalista de la norma, podría suceder que la fundación no dispusiera de la mayoría del capital o, en su caso, de los correspondientes derechos de voto y, sin embargo, llegara a tener una posición de dominio dentro de la sociedad participada. Tal cosa, en absoluto improbable, podría suceder, en principio, de dos maneras: en primer

lugar, porque la propia fundación fuera titular de otros medios o técnicas, jurídicas o económicas que, junto con su participación en el capital o la titularidad de derechos de voto, le concedieran de hecho una posición de preeminencia en el seno de la sociedad participada (130); en segundo lugar, porque la fundación, actuando en concierto con otro u otros socios de la sociedad participada, consiguiera también la referida posición mayoritaria. En el primer caso nos encontramos ante una posición de dominio individual por parte de la fundación en la sociedad participada, que es, en el fondo, la que parece haber contemplado nuestro Derecho vigente, si bien de forma restringida a la titularidad de determinados medios. En el segundo, en cambio, estamos ante una posición de dominio conjunto, en la que la fundación no es titular exclusiva de la mayoría, sino que necesita de la concurrencia de otros socios para alcanzarla.

Aunque, como ya ha quedado dicho, el legislador español sólo contempla formalmente la posición mayoritaria de la fundación con carácter individual, derivada de ciertos medios concretos, entendemos conveniente, sobre la base de la ya indicada interpretación finalista, dar cauce a otras posibles situaciones mayoritarias, ya individuales, ya conjuntas, cuya exclusión a la hora de aplicar las normas relativas a la fundación con empresa sería por completo improcedente. A tal efecto, y de manera provisional, consideramos conveniente suplir las insuficiencias de la norma en estudio con el recurso a los preceptos que, en nuestro Derecho, se ocupan de regular situaciones de control o dominio en el ámbito del Derecho de sociedades, como puede ser, en concreto, el art. 87 LSA, de ámbito, sin duda, más general.

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

Con la exposición precedente, hemos intentado delimitar el significado del término «mayoritario», analizando someramente los instrumentos idóneos para que la fundación consiga una posición de tal alcance en el seno de la sociedad participada. Procede considerar a continuación el contenido de esa posición mayoritaria, es decir, las posibilidades de acción que atribuye a la fundación participante en el seno de la sociedad. En una primera aproximación, reiterando afirmaciones anteriores, cabe decir que el socio mayoritario en una sociedad disfruta de la posibilidad legal de influir de manera decisiva (131) en la formación de la voluntad social, como consecuencia de su posición preeminente en el marco de la Junta General de socios, con las indudables repercusiones que ello pueda provocar en el funcionamiento de la administración de la sociedad. Tal posibilidad de influjo traduce a niveles concretos de actividad social ordinaria la situación de entidad dominan-

te o controlante que ha atribuirse al socio mayoritario, en este caso la fundación.

Sobre la base de esta circunstancia, la fundación podrá utilizar el poder derivado de su participación mayoritaria para, por ejemplo, hacer posible la adopción de determinados acuerdos por la Junta General, para conseguir que se nombren o cesen a determinados miembros del órgano administrativo, para alentar o rechazar determinadas orientaciones en torno a la política de dividendos de la sociedad, etc. En los ejemplos indicados, y en muchos otros que se podrían exponer, se pone de manifiesto que la influencia dominante derivada de una posición de control en el seno de una sociedad tiene esencialmente una dimensión societaria, sin que ello deba entenderse como una mera redundancia. Con la expresión utilizada queremos decir, en esencia, que la posición de poder derivada de la participación mayoritaria no trasciende, en cuanto tal, la esfera estricta del Derecho de sociedades y, por lo tanto, sin perjuicio de la legitimidad de las actuaciones antes mencionadas, el titular de dicha posición —en nuestro caso, la fundación— ha de ejercer su poder teniendo bien presente el interés social de la sociedad participada. Y es que el hecho de controlar o dominar a una sociedad no crea entre la fundación participante y la sociedad participada una (nueva) unidad organizativa y de actividad que supere el significado estrictamente individual de ambas personas jurídicas (132). Para ello tendrá que llevarse a cabo por parte de la fundación una dirección económica unificada que integre a la sociedad dominada en el marco de un determinado plan empresarial y que, en suma, sirva para constituir un auténtico grupo de empresas o de sociedades (133). Pero, con ello, llegamos al punto último y esencial, por el momento, del régimen jurídico de la fundación con empresa.

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

Aunque el fenómeno de los grupos de sociedades no ha recibido todavía, entre nosotros, la atención legislativa que sin duda merece, no cabe duda de que dicha estructura empresarial, muchas veces mencionada en diversas normas del ordenamiento jurídico español (134), resulta plenamente legítima, y es por lo tanto también legítimo que se promueva y defienda su interés conjunto, sin perjuicio, claro está, de la debida tutela a quienes puedan verse perjudicados por ello (135). A pesar de ese insuficiente régimen jurídico (136), no parece que a nuestro moderno Derecho de fundaciones le haya resultado ajena la problemática de los grupos de sociedades cuando están dirigidos por una fundación. De ello constituye buena prueba la imposición del régimen de la consolidación contable para las fundaciones que ejerzan la dirección económica unificada de un grupo y se

encuentren en alguno de los supuestos que, con carácter general, establece al respecto el art. 42 C. de C. (137).

Con todo, la alusión a la vertiente contable del tema que nos ocupa no agota, desde luego, los distintos problemas que caracterizan a esta singular nueva forma de empresa en general, y en particular a los que se derivan de que sea una fundación la persona jurídica que se encuentre en el vértice de la organización del grupo (138). No parece conveniente que, en este trabajo, nos extendamos demasiado en lo que atañe al tratamiento general de los grupos, a sus diversas clases, así como a las piezas básicas que integran su régimen jurídico básico; a la vista del supuesto descrito en nuestro Derecho de fundaciones, resulta evidente que el posible grupo encabezado por una fundación habrá de ser uno de carácter jerárquico o vertical. Es indudable, a nuestro juicio, que una fundación, por el mero hecho de serlo, también podrá formar parte de un grupo paritario, ejerciendo incluso el papel de entidad directora de éste, si bien se trata de un caso no contemplado directamente por la normativa vigente.

Como ya se ha indicado, la formación de la empresa de grupo trae consigo la existencia de un interés conjunto que se superpone a los intereses individuales de las sociedades que lo componen. De este modo, el conflicto básico que acompaña al funcionamiento de todo grupo (sobre todo si es jerárquico) reside en la contraposición de tales intereses y, por ello mismo, en la consiguiente necesidad de tutelar, sobre todo, a socios minoritarios, acreedores y trabajadores de las sociedades dominadas, a fin de compensar los perjuicios que puedan experimentar por la supremacía, que el ordenamiento reconoce, del interés del grupo. Con todo, la intensidad de este conflicto depende también de la concreta estructura de ordenación interna que el grupo adopte; será mayor en los denominados *grupos centralizados*, en los que la dirección del grupo (la entidad dominante) condiciona casi en su totalidad el funcionamiento empresarial y jurídico de las sociedades dominadas, y será, lógicamente, menor, en los llamados *grupos descentralizados*, donde estas últimas gozan de un margen variable de autonomía empresarial y también jurídica (139).

Estas circunstancias se han de trasladar, sin género de duda, a los grupos jerárquicos encabezados por una fundación, que, en cuanto entidad directora del grupo, habrá de asumir, desde luego, el ejercicio cotidiano de la dirección económica unificada y las consecuencias derivadas de éste en cuanto a la tutela de los intereses necesitados de protección. Teniendo en cuenta, no obstante, que la fundación ha de perseguir, por definición, la realización concreta de un fin de interés general, pueden surgir conflictos entre este último y el correspondiente interés del grupo, de resolución, en principio, no fácil. Por tal razón, se comprenden las observaciones

críticas, en torno al supuesto que nos ocupa, formuladas desde algún sector especialmente autorizado de la doctrina (140). Y es que la singular condición jurídica de la fundación no puede ser un obstáculo a la aplicación del Derecho de grupos en todos sus extremos, con el consiguiente respeto al interés del grupo en concreto.

Estas dificultades, sin embargo, han de ser evaluadas en sus justos términos. En principio, la cobertura constitucional al ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones legitima, en principio, la articulación concreta del supuesto a través de la figura de la fundación con empresa, sin género de duda. Además, el legislador ha dado pasos concretos en la fijación de un régimen jurídico, si bien incipiente, como hemos tenido ocasión de ver en las páginas precedentes. Sobre la base de estas premisas, parece indudable que la fundación directora de un grupo de empresas ha de asumir los compromisos derivados de su singular naturaleza jurídica, por una parte, y de su carácter de entidad directora de una compleja estructura empresarial, por otra. Por tal razón, la fundación habrá de atender a la realización del fin de interés general que le da sentido y razón de ser, y a la que viene obligada por ley. Pero, al mismo tiempo, habrá de asumir, como ya se ha sugerido, las consecuencias inevitables de la formación de una empresa de grupo, dentro de la cual le corresponde indudablemente la condición de empresario. A tal efecto, habrá de considerarse con detalle (por parte del fundador y también por parte del Patronato de la fundación) cuál sea la estructura de grupo que resulte más idónea a los efectos de cumplir con todos los requerimientos normativos concurrentes en tal caso. Pensamos, en tal sentido, que la figura del grupo descentralizado resulta a priori más idónea para dar el debido cauce a la realización del fin de interés general de la fundación, así como a la preservación del interés del grupo formado.

Dentro de este esquema de articulación organizativa, sería conveniente reflejar los puntos básicos del grupo que se pretende constituir a través de la conclusión del denominado doctrinalmente «contrato de grupo», suscrito, en el presente caso, entre la fundación y la o las sociedades dominadas por ella. En dicho contrato, de naturaleza organizativa y licitud cierta en nuestro Derecho (141), habrán de reflejarse los principios de organización y funcionamiento del grupo, las medidas de tutela previstas y los medios de resolución de los conflictos internos que puedan presentarse. Sin perjuicio de otras muchas menciones, el indicado contenido del contrato de grupo permitirá dar transparencia a la estructura empresarial encabezada por la fundación, preestableciendo las bases concretas necesarias para su regular funcionamiento. De este modo, entendemos que se pueden encauzar los posibles conflictos entre interés del grupo e interés general del fin de la fundación; se puede dar, igualmente, la debida tutela a los intereses afecta-

dos por la formación del grupo, y se contribuye a dotar de seguridad jurídica al supuesto de la fundación con empresa, estableciendo soluciones justas a los problemas que puedan surgir.

VI. LAS CAJAS DE AHORROS COMO EJEMPLO DE FUNDACIÓN-EMPRESA: CONSECUENCIAS JURÍDICAS

1. Fundación y entidad de crédito: dos aspectos desigualmente contemplados por el Derecho español

Tras este recorrido por los principales asuntos relativos al ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones, retornamos al campo de las Cajas de Ahorros, cuya naturaleza fundacional, como hemos tenido ocasión de indicar (142), obliga a contemplar la adecuación de los criterios propuestos al diseño de su régimen jurídico. Por su propio carácter de fundación-empresa, tradicionalmente ausente de nuestro ordenamiento, y por su condición de entidad de crédito, necesitada siempre de consideración normativa por sus evidentes implicaciones en el mercado, dicho régimen jurídico se ha concentrado fundamentalmente en el segundo aspecto, obviando, por regla general, las consecuencias vinculadas al primero. Se trata de un asunto bien conocido que ha adquirido particular significación en los últimos años, al hilo, en lo esencial, del amplio debate establecido en torno a las Cajas de Ahorros y, en particular, a las implicaciones derivadas de su singular naturaleza jurídica. En ese debate no han faltado las voces críticas con el estatuto vigente de las Cajas, proponiendo en ciertos casos su mera conversión en sociedades anónimas (143), lo que trae consigo, inevitablemente, el abandono de su naturaleza de fundaciones. Se trata de una iniciativa lograda en algunos países de nuestro entorno que entre nosotros ha sido asumida con diferente intensidad por las mencionadas opiniones críticas, casi siempre ajenas a la debida comprensión de lo que una fundación-empresa representa, tanto desde su específica singularidad como desde su encaje constitucional a propósito de la economía de mercado y la libertad de empresa.

Conviene, por lo expuesto, reiterar en este apartado final de nuestro trabajo algunas ideas no por ciertas menos necesitadas de afirmación. La primera y principal reside en la naturaleza fundacional de las Cajas de Ahorros dentro del subtipo conformado por la fundación-empresa. Este criterio lo encontramos reflejado, como es bien sabido y hemos tenido ocasión de señalar a lo largo del trabajo, en la doctrina que, en forma ampliamente mayoritaria, afirma la condición de fundación-empresa de las Cajas de Ahorros; por su parte, la jurisprudencia también ha contemplado, si bien con menor intensidad, dicha calificación. Por último, el Dere-

cho positivo, sobre todo en lo que atañe a la legislación autonómica, reconoce la naturaleza fundacional de las Cajas, sin adentrarse específicamente en su concreta condición de fundación-empresa. Pero la importancia de la materia relativa a la naturaleza jurídica de las Cajas de Ahorros trasciende, en el terreno de los fundamentos y en algunas consecuencias relevantes, al mero hecho de su afirmación, sea cual sea el ámbito en que se produzca.

Y es que el hecho de ser una entidad de crédito con todos los requisitos al efecto, del mismo modo que los bancos y las cooperativas de crédito, no agota ni absorbe la naturaleza jurídica de las Cajas, al igual, también, que sucede con los bancos y las cooperativas de crédito (144). Sería sin duda sorprendente que, al estudiar la configuración jurídica básica de estas dos modalidades de entidad de crédito últimamente citadas, nos limitáramos a señalar que dicha calificación normativa contiene todo lo necesario para establecer su concreto régimen jurídico. La rica vida corporativa que un Banco, en cuanto sociedad anónima, o una Cooperativa de Crédito, en cuanto entidad mutualista, desarrollan, gracias a la actuación de sus órganos y al desarrollo de los procedimientos aplicables a ambos tipos de sociedad, muestra bien a las claras que el hecho de configurarse como entidad de crédito no abarca todos sus aspectos relevantes, y limita su significado, a lo sumo, a algunas cuestiones técnicas de la actividad empresarial desarrollada.

Estas consideraciones han de ser trasladadas con la misma intensidad a las Cajas de Ahorros, sin que pueda servir de obstáculo al efecto su naturaleza fundacional, es decir, el hecho de que, a diferencia de bancos y cooperativas de crédito, carezcan de base personal (145). Tal extremo es, ni más ni menos, que la consecuencia lógica de una determinada configuración organizativa, querida por el legislador como forma jurídica elegible, en pie de igualdad con las otras dos, a la hora de llevar a cabo las actividades propias de toda «entidad de crédito» en cuanto sujeto de Derecho privado (146). Del mismo modo, tampoco pueden constituir un inconveniente, a los efectos que ahora nos ocupan, las notorias insuficiencias del régimen jurídico relativo a las fundaciones que ejercitan actividades empresariales, bien sean fundaciones-empresa, bien se organicen como fundaciones con empresa. Dichas insuficiencias, más evidentes en el pasado que en la actualidad, pueden, desde luego, poner serios límites a la utilización de la forma jurídica fundacional para el ejercicio de actividades mercantiles, sin conseguir, por ello, excluirla o eliminarla del repertorio de posibilidades abiertas a los operadores económicos. En última instancia, este extremo depende, como es bien sabido, de una ponderada apreciación de las ventajas e inconvenientes de un modelo organizativo sobre otro y, tras ella, de un acto

positivo de voluntad que opte, en condiciones de riesgo e incertidumbre típicas del mercado, por una concreta figura jurídica.

Por lo que se refiere a las Cajas de Ahorros, su progresiva importancia en la actividad crediticia en nuestro país ha ido afianzando su posición en el mercado, sin que ello haya traído consigo una preocupación especial del legislador en torno a su tratamiento normativo como fundación. Las vicisitudes de esta forma jurídica en nuestro Derecho, una vez recogida sumariamente en el Código Civil, estando aún cercanos los ecos de la desamortización, dejaron en un plano secundario durante mucho tiempo la necesidad de una regulación más detallada (147), lo que contrasta notablemente con el esfuerzo legislativo que, sobre todo en el siglo XX, merecieron otras figuras, como la sociedad anónima. Traducido lo que antecede a la órbita de las Cajas de Ahorros, sus aspectos propiamente fundacionales han corrido la misma suerte de atonía legislativa que nos es ya conocida, sin que ello haya impedido la consideración progresiva por el legislador de su vertiente específica como entidad de crédito. Las cuestiones relativas a la realización del fin fundacional quedaron sometidas sucesivamente a diversos ministerios, como expresión —también propia del Derecho de fundaciones— del protectorado estatal (148), en tanto que la vertiente interna, los aspectos organizativos en suma, seguían siendo tratados del modo tradicional en el Derecho de fundaciones y con un gran protagonismo de la autonomía de la voluntad, inevitable, dadas las carencias del ordenamiento español en la materia. Todos estos aspectos, objeto de profundas reformas en fechas aún recientes, permiten apreciar el paralelismo experimentado en su evolución normativa por las Cajas de Ahorros con el resto de las fundaciones, equiparadas, desde este punto de vista, en la escasez de tratamiento legislativo, sólo salvado, por lo que a aquéllas se refiere, por su progresiva regulación como entidad de crédito desde la perspectiva típica de esta categoría.

Esta historia de silencio legislativo en lo que se refiere a su estructura jurídica típica ha sido salvada durante una buena parte de su evolución histórica (149) gracias al ejercicio de una prudente autonomía de la voluntad que, aliada a ciertos principios arraigados en nuestro Derecho de fundaciones —la existencia de un patronato, como órgano de gestión y representación de la persona jurídica fundacional, quizá sea uno de los más relevantes—, han servido para guiar el funcionamiento de la fundación-empresa «Caja de Ahorros» por el cada vez más complejo mundo del mercado del crédito. A ello no se ha opuesto la falta de base personal en las Cajas que, quizá para algunos, pudiera suponer la ausencia de una vida corporativa equiparable en algunos de sus aspectos a la que nos es conocida a propósito de los bancos y las cooperativas de crédito. Es

más, la presencia necesaria de un fin de interés general en la estructura jurídica de las Cajas, por el hecho de ser fundaciones, ha obligado a un desempeño más complejo, desde el punto de vista institucional, a los órganos competentes.

Y es que, como hemos tenido ocasión de apreciar, los órganos de una fundación-empresa han de atender, desde luego, a las actividades mercantiles que constituyen el objeto de la empresa fundacional, pero han de desarrollar a la vez las actividades propias inherentes a los fines específicos de la fundación para cumplir debidamente con la causa que dio lugar a su constitución. De este modo, frente a la causa lucrativa, con los matices ya expuestos, que expresa la razón de ser de los bancos, y frente a la causa mutualista, con la evolución significativa que afecta a todo el movimiento cooperativo, que da sentido a las cooperativas de crédito, es lo cierto que las Cajas de Ahorros, como ejemplo destacado de fundación-empresa, trascienden en su funcionamiento cotidiano los intereses de un colectivo humano, como los socios de bancos y cooperativas de crédito, a cuya mejor atención se ve restringida la actuación de ambas entidades.

Este aspecto orgánico, de especial relieve en toda fundación, y quizá más en la que sea titular directa de una actividad de empresa, es el que debió ser afrontado por el legislador español *con perspectiva fundacional*, a propósito, precisamente, de la regulación contenida en la Ley de Órganos Rectores de las Cajas de Ahorros (LORCA) (150). El no hacerlo así, además de otras cuestiones en las que resulta impropio entrar ahora, ha constituido tal vez uno de los inconvenientes mayores a la hora de formular una régimen de las Cajas coherente con su naturaleza de fundación-empresa y, seguramente por ello, ha dado pie a la inestabilidad característica del vivo debate existente entre nosotros al respecto. Con todo, la naturaleza jurídica de las Cajas de Ahorros no ha de ser entendida como un elemento puramente ornamental, ya que permite hacer posible una conexión mayor entre ellas y el Derecho vigente en materia de fundaciones, a la par que sirve para comprender debidamente su concreta «instalación» en el mercado como entidades de crédito (151).

2. Cajas de Ahorros y Derecho de fundaciones: posibilidades y realidades de una interacción necesaria

A) *La aplicación de la normativa de fundaciones a las Cajas de Ahorros*

Que las Cajas de Ahorros constituyen un acabado ejemplo de fundación-empresa es algo que, sin duda, se sabe desde hace bastante tiempo. Sin embargo, esta

afirmación no ha traído consigo hasta fecha bien reciente el planteamiento de un tema obvio desde la evidencia misma de su propia formulación: la posible aplicación de la legislación de fundaciones a las Cajas de Ahorros, sin perjuicio, claro está, de la vigencia de las normas que regulan su carácter de entidades de crédito. Quizá para este aparente olvido haya una explicación fácil y plausible derivada de la tradicional insuficiencia del Derecho positivo sobre fundaciones en España, al menos hasta la entrada en vigor de la Ley 30/1994, antecedente directo, como sabemos, de la LF actualmente en vigor. En todo caso, el problema planteado resulta insoslayable si se sostiene, como se hace en la doctrina mayoritaria y también en este trabajo, el carácter fundacional de las Cajas de Ahorros.

A la hora de buscar una respuesta adecuada a la temática que acabamos de señalar (152), cabe imaginar, en principio, dos posibles soluciones: por un lado, la repetida afirmación del carácter fundacional de las Cajas obligará, sobre la base, cuando menos, de una coherencia formal, a dar una respuesta positiva al interrogante planteado; por otro, quien afirme, en cambio, la «plenitud» del régimen jurídico aplicable a las Cajas de Ahorros como entidades de crédito optará sin duda por excluir a priori la posible aplicabilidad de la legislación de fundaciones a las Cajas. Si hubiera que formular un balance de las respuestas dadas hasta el momento a dicho interrogante, habríamos de concluir que, con carácter mayoritario, la doctrina tiende a preferir la respuesta afirmativa, si bien señalando ciertas cautelas que la matizan de modo significativo (153). Esas matizaciones se deducen, esencialmente, del desplazamiento de la normativa fundacional que se produce por la inevitable vigencia de los preceptos, estatales o autonómicos, directamente aplicables a las Cajas, lo que, en cierto sentido, puede relativizar el alcance práctico de la pregunta planteada.

Con todo, el sentido de la respuesta positiva al dilema planteado en este epígrafe no puede limitarse a ser una mera cuestión «de principio», consecuencia inevitable del carácter de fundación-empresa que concurre en las Cajas. La normativa vigente en España respecto de las fundaciones es susceptible, no obstante, de merecer una consideración más concreta, contribuyendo a perfilar más nítidamente el, en ocasiones, insuficiente régimen de las Cajas más allá de su condición de entidad de crédito. Así, sin ánimo de exhaustividad, cabe señalar algunos aspectos en los que la interacción entre Cajas de Ahorros y Derecho de fundaciones resulta posible y deseable. Para empezar, y como ya se ha indicado con anterioridad (154), las Cajas de Ahorros se adaptan razonablemente bien al concepto de fundación consignado en la LF. En segundo lugar, también pueden ser de gran utilidad para las Cajas las normas relativas al proceso de constitución de una fundación, asunto

éste no contemplado con el detalle debido en el régimen jurídico de aquéllas como entidades de crédito, y que puede proporcionar alguna ayuda en lo que se refiere, entre otras cosas, al tratamiento de las actuaciones de la Caja en proceso de constitución.

Por lo que se refiere a los órganos, en tercer lugar, es suficientemente conocida la regulación del tema llevada a cabo por la LORCA, que deja poco espacio para la creación de nuevos órganos, teniendo en cuenta, además, la adición de algunas comisiones dentro de la temática propia del *corporate governance* progresivamente incorporada al régimen de las Cajas. No obstante, hay margen, si bien limitado, todavía para el ejercicio de la autonomía de la voluntad en la materia, teniendo en cuenta la libertad de creación de órganos reconocida por nuestro Derecho de fundaciones (155), siempre que en los estatutos de las Cajas se precise adecuadamente su función y no interfiera con las competencias propias de otros órganos. Por otro lado, el estatuto singular de los miembros del Consejo de Administración no termina de estar del todo perfilado en la LORCA, lo que quizá pueda permitir el recurso prudente a las reglas sobre régimen los patronos en la legislación de fundaciones.

Parece indudable, en principio, la aplicación a las Cajas de Ahorros de las normas sobre ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones contenidas en LF y en RF, y que han sido objeto de minucioso análisis en el presente trabajo (156). Conviene advertir, en todo caso, la singularidad de las Cajas, o al menos de muchas de ellas, en este importante asunto. Por un lado, hemos de tener muy en cuenta, por evidentes razones, las reglas sobre fundación-empresa, en cuanto que las Cajas de Ahorros ejercen directamente la actividad mercantil de intermediación en el crédito; pero, por otro, también las reglas sobre fundación con empresa pueden merecer alguna aplicación, dada la frecuencia con la que las Cajas participan, incluso mayoritariamente, en sociedades de diferente naturaleza. Sin perjuicio de remitirnos de nuevo a las cuestiones ya examinadas con anterioridad, resulta necesario percibir, una vez más, la singularidad de nuestra figura, que hace compatible el ser una fundación-empresa en sentido estricto con la participación en sociedades que, por suponer en bastantes ocasiones el ejercicio de una influencia dominante, e incluso una dirección económica unificada, les acerca, a la vez, a la condición de fundación con empresa (157).

Como consecuencia de lo que antecede, serán relevantes para las Cajas de Ahorros las reglas vigentes sobre fundación-empresa y, a nuestro juicio, también las correspondientes a la fundación con empresa. Para no extendernos innecesariamente en este punto, nos limitaremos a señalar, por una parte, la vigencia del art. 24, 3º LF (así

como del correspondiente precepto del RF) a la hora de contemplar la participación de una Caja de Ahorros en una sociedad en la que deba responder personalmente de las deudas sociales (158). Por otra, sirven, del mismo modo, las consideraciones efectuadas más arriba en torno a la constitución de auténticos grupos de empresas o de sociedades encabezados por una fundación, situándose la Caja de Ahorros, a tal efecto, en la «cima» del grupo como entidad dominante. A tal efecto, consideramos muy recomendable que se concluya un auténtico «contrato de grupo» entre las entidades integrantes de éste, conforme al cual se establezcan, con la debida transparencia, las bases del ejercicio de la dirección económica unificada, se contemplen medidas de tutela para quienes puedan verse afectados por el predominio del interés del grupo y se busque, en fin, el medio adecuado para hacer compatible el cumplimiento de los fines fundacionales con el interés del grupo (159).

B) *Fortalezas y debilidades de la naturaleza fundacional de las Cajas de Ahorros*

Sentados, de este modo, los perfiles básicos del régimen jurídico de las Cajas en cuanto ejemplo singular de fundación-empresa, conviene considerar brevemente los efectos derivados de dicha figura jurídica desde el punto de vista de la posición de las Cajas de Ahorros en el mercado. Como es bien sabido, el legislador español ha limitado a los bancos, Cajas y cooperativas de crédito la posibilidad de convertirse en entidades de crédito, optando, de este modo, por un esquema restrictivo en punto al ejercicio de la mencionada actividad. No es posible en este momento entrar a analizar esa decisión, vigente entre nosotros desde hace ya un dilatado período de tiempo. Sí parece oportuno, en cambio, apreciar el relieve en el mercado de las Cajas desde su condición de entidad de crédito dotada de una naturaleza jurídica fundacional y en relación con otras categorías de sujetos con idéntica actividad que, sin embargo, se encuadran, con ciertos elementos distintos, en el amplio ámbito del Derecho de sociedades.

La opción por un modelo u otro de entidad de crédito es, obviamente, libre, dada la Constitución económica que nos rige y, por tal razón, sólo puede ser explicada por criterios estrictamente subjetivos (160). Claro está que dicha opción, una vez ejercitada, supone la aceptación en bloque de un régimen jurídico de Derecho privado inevitablemente conectado a la forma organizativa elegida; esta diferencia de estructura y de normativa reguladora no supone, en cambio, como indicamos en otro apartado del presente trabajo, una diversa posición de partida en el mercado del crédito. Las tres figuras jurídicas habilitadas para ser el soporte organizativo de la actividad de intermediación en el crédito quedan sometidas, no obstante la diversidad de su estructura

y de su régimen como organizaciones independientes, al Derecho básico o común del mercado, que se convierte, así, en un «elemento de nivelación» para ellas. Naturalmente, la opción por una figura u otra puede traer consigo la inserción en mercados específicos y el consiguiente sometimiento a su normativa particular, lo que, de nuevo, sólo puede explicarse por una concreta voluntad y una no menos concreta preferencia institucional.

Por todo lo que antecede, puede comprenderse sin dificultad que determinadas técnicas o instituciones, vinculadas o conectadas con la regulación de determinados mercados, sean aplicables a algunas entidades de crédito y a otras no, o al menos no en su totalidad, sin que de ello quepa deducir discriminación, arbitrariedad, privilegio o trato de favor alguno. Así sucede, por ejemplo, con la oferta pública de adquisición de acciones, como instrumento de toma del control de una entidad, cuyo lanzamiento no plantea dudas respecto de un Banco, en cuanto sociedad anónima cotizada en Bolsa, pero parece improcedente respecto de una Caja de Ahorros, sobre la base, precisamente, de su naturaleza fundacional. Desde ciertos sectores económicos se ha querido ver en esta circunstancia una diferencia injustificable, a la par que se han elevado críticas sobre la idoneidad de la forma jurídica fundacional para ser adoptada por una entidad de crédito, al resultar, en apariencia, invulnerable ante una oferta semejante y, en general, ante la formulación de las técnicas usadas habitualmente para la toma del control de una entidad. De esta manera, se concluye, una Caja de Ahorros siempre dispone de la posibilidad de adquirir el control de un Banco (e incluso de adquirir la totalidad de su capital), en tanto que la proposición inversa resulta irrealizable, lo que, visto desde una cierta comprensión básica de la economía de mercado, no tendría justificación.

Con no ser enteramente exacta la afirmación interior, pues siempre es posible adquirir la red comercial de una Caja, conviene tener en cuenta que para el ordenamiento español esta aparente asimetría carece de trascendencia. Es más, podría llegar a decirse incluso que la toma del control no ha constituido un hecho relevante para nuestro legislador a la hora de fijar qué figuras jurídicas pueden o no integrar la categoría de entidad de crédito, decisión de política jurídica de enorme relieve. Que esto es así lo prueba no sólo la aceptación de las Cajas de Ahorros (un ejemplo de fundación-empresa, no se olvide) a tal efecto, sino también el reconocimiento, como una opción más dentro de la categoría que nos ocupa, de las cooperativas de crédito, cuya naturaleza societaria no permite, en cambio, la utilización de técnicas como la oferta pública de adquisición a los efectos de conseguir su control (161). La vigencia, siquiera atenuada, de los principios cooperativos y mutualistas en la vigente regulación de las cooperativas de crédito

en nuestro país constituye un obstáculo considerable y, en buena medida, también insalvable para la viabilidad de semejantes técnicas.

Por otra parte, no debe pensarse que el carácter abierto de las sociedades anónimas cotizadas, de cuya categoría constituyen los bancos un ejemplo relevante, sea incompatible con la posibilidad y licitud de plantear diversos medios defensivos —muchas veces mediante la inserción de cláusulas ad hoc en los estatutos sociales— ante intentos exteriores de toma del control, articulados o no a través de una oferta pública de adquisición. El hecho de que tales entidades sean consideradas como sociedades abiertas no significa otra cosa más que la improcedencia de consignar en sus estatutos cláusulas que limiten, en el modo que sea, la libre transmisibilidad de las acciones. Resulta bien posible, por tanto, la formulación de medidas defensivas por parte de estas entidades que funcionarían como el «arsenal de la disuasión» ante la formulación de ofertas públicas de adquisición de acciones o técnicas semejantes de toma del control societario. No ignoramos que, al hilo del movimiento del *corporate governance*, se ha difundido una actitud poco complaciente con una parte considerable de dichas medidas defensivas, en particular por lo que se refiere a las cláusulas estatutarias de limitación del número máximo de votos que puede emitir un accionista o sociedades pertenecientes a un mismo grupo, sin duda lícitas en el Derecho español, sobre la base de lo dispuesto en el art. 105, 2º LSA, y utilizadas con harta frecuencia en el marco de las sociedades anónimas, ya sean cotizadas o no. Esa actitud crítica, sin embargo, no ha llegado a concretarse en normas jurídicas efectivamente vigentes, y ha quedado limitada a una mera recomendación en el reciente «Código unificado de buen gobierno» (162), elaborado entre nosotros bajo los auspicios de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (163).

Esta aparente «fortaleza» de las fundaciones, y en concreto de las Cajas de Ahorros, como entidades de crédito —en paralelo con las cooperativas de crédito, no obstante su distinta naturaleza—, no es, ni más ni menos, que una consecuencia, lógica e inevitable, de haber optado por una determinada figura jurídica a la hora de buscar el soporte organizativo de la actividad de intermediación en el crédito. No se piense, sin embargo, que la forma fundacional, típica de las Cajas, sólo tiene ventajas. También cabe apreciar en ella alguna «debilidad», vinculada, del mismo modo, a las características propias de la figura jurídica elegida. Es el caso, en concreto, de la imposibilidad de aumentar su patrimonio por el recurso, tan común a las sociedades mercantiles, de aumento del capital, lo que dificulta la formación de un nivel de fondos propios suficiente que les permita atender a las oportunidades de negocio directamente vinculadas a la consecución de un concreto

«tamaño» empresarial. Para la cobertura de esta debilidad, se han concebido las llamadas «cuotas participativas», con una ya no breve historia legislativa, pero sin demasiado relieve práctico (164). En todo caso, los temores esbozados desde ciertos sectores en torno a la posible «privatización» de las Cajas de Ahorros, que se vincularía a su emisión, parecen infundados a la vista de la ausencia de derechos políticos por parte de los cuotapartícipes; por otra parte, resulta equívoco hablar de privatización para referirse a una persona jurídica como las Cajas de Ahorros que, no obstante su finalidad «social» —conectada al cumplimiento de fines de interés general—, es y ha de ser considerada una figura perteneciente al Derecho privado (165).

3. Proyección europea e internacional y eficiencia del modelo español de Cajas

La «debilidad» que acabamos de mencionar, como consecuencia directa de la estructura fundacional de las Cajas, así como otras que quizá pudieran señalarse, no ha impedido, sin embargo, una gestión eficiente de dichas entidades, que en los últimos años ha ido acompañada de un progresivo aumento de oficinas y servicios, sobre todo dentro del territorio español, aunque también, en menor medida, fuera de nuestras fronteras (166). Ese mayor protagonismo en el mercado ha permitido «visualizar» la singularidad del modelo español de Cajas de Ahorros desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, en abierto contraste con otros países, donde las posibles figuras equivalentes han dejado de existir o tienen una configuración normativa muy diversa. Este último es el caso, en concreto, del Derecho alemán, en el cual la figura jurídica «Caja de Ahorros» (*Sparkasse*) goza de una considerable tradición, a la par que de un relevante protagonismo en el mercado de crédito de aquel país. Con todo, el modelo organizativo es muy diferente, al situarse las *Sparkassen* en el ámbito del Derecho público, con una fuerte vinculación local y regional, objeto, no obstante, de amplia discusión en aquél país sobre la base, entre otras cosas, de las exigencias derivadas de la integración en la Unión Europea (167).

Fuera, en todo caso, del ejemplo alemán, donde la figura jurídica «Caja de Ahorros» tiene un extraordinario relieve en el mercado del crédito, no obstante las considerables diferencias que pueden señalarse frente al Derecho español, lo cierto es que las estructuras jurídicas equivalentes en otros países han sufrido en los últimos años un intenso proceso de transformación que las ha conducido a perder, en buena medida, sus rasgos distintivos, reduciéndose, a la vez, su protagonismo en el mercado. Al hilo de de los procesos de privatización, desregulación y liberalización experimentados en casi todos los países desde la década de los ochenta, se ha difundido una singular comprensión del sistema de eco-

nomía de mercado, con progresivo influjo en el mundo jurídico, según la cual sólo serían compatibles con sus características ciertas formas organizativas de entre las que el ordenamiento reconoce. Este reduccionismo interpretativo, en buena medida derivado de la difusión del «análisis económico del Derecho», con su particular acento en la eficiencia (168), ha conducido a excesos injustificables y a una pérdida de «diversidad» jurídica carente de todo fundamento.

Que la eficiencia en el mercado no sólo se vincula a la adopción de determinadas estructuras jurídicas lo prueba, bien a las claras, la regulación española de las entidades de crédito, con una figura, como las Cajas de Ahorros, cuyas características estructurales no responden al canon predicado por algunos, y de cuya eficiencia, a la vista de los resultados, no parece prudente dudar (169). Como se ha defendido en este trabajo, su incardinación en la Constitución económica de nuestro país —y por extensión en la, todavía no nacida, europea— resulta indiscutible, y la opción por el modelo fundacional encuentra pleno apoyo en nuestra más inmediata tradición, así como en el ordenamiento jurídico vigente. Con sus servidumbres y sus grandezas, la figura jurídica de las Cajas de Ahorros permite integrar el ejercicio de una actividad de empresa con la realización de fines de interés general, haciendo posible la satisfacción del interés de la empresa, entendida de manera abierta y plural. No parece lógico, por lo expuesto, prescindir de este modelo organizativo; antes bien, merece la pena ahondar en su conocimiento, articular adecuadamente su régimen jurídico, poniendo énfasis en su naturaleza fundacional, y dar el margen suficiente a la autonomía de la voluntad como valor jurídico básico dentro de un orden económico de mercado modulado por la cláusula del Estado social, tan relevante desde el punto de vista del funcionamiento cotidiano de las Cajas de Ahorros.

VII. CONCLUSIONES

1ª. El ejercicio de actividades empresariales por fundaciones, ámbito en el que se han de insertar las Cajas de Ahorros, se encuadra plenamente en la Constitución económica vigente entre nosotros, y constituye un ejemplo concreto de aplicación de la libertad de empresa reconocida en el art. 38 CE.

2ª. De acuerdo con la experiencia comparada y con la legislación vigente en nuestro país, son dos, esencialmente, las posibilidades institucionales de que se lleven a cabo actividades empresariales por fundaciones: la fundación-empresa, en la que la persona jurídica fundacional es titular inmediato y directo de la actividad empresarial, y la fundación con empresa, en la que la titularidad es indirecta merced a la participación

mayoritaria de la fundación en el capital de una o varias sociedades.

3ª. En el vigente Derecho español, la fundación-empresa tiene un predominante carácter funcional, al exigirse la vinculación de la actividad mercantil realizada con los fines de interés general que ha de perseguir necesariamente toda fundación. No se admiten, en apariencia, las fundaciones-empresa de carácter puramente dotacional ni, por supuesto, serían admisibles aquellas fundaciones en las que la actividad de empresa se convirtiera en el fin esencial de la fundación.

4ª. Por su parte, la fundación con empresa permite separar, cuando menos formalmente, la actividad fundacional del ejercicio de la actividad de empresa, conectado de manera inmediata a la sociedad o sociedades en las que la fundación participe mayoritariamente.

5ª. La figura de la fundación con empresa puede servir como forma de organización a auténticos grupos de sociedades en los que corresponderá a la fundación el ejercicio de la dirección económica unificada de todas las sociedades pertenecientes al grupo. A tal fin, y para armonizar en lo posible el fin de interés general que ha de perseguir la fundación con el interés del grupo, puede ser útil la conclusión de un «contrato de grupo», en el que, con la debida transparencia, se harán constar las principales reglas a que se someta su funcionamiento.

6ª. Las Cajas de Ahorros son, en Derecho español, un ejemplo concreto de fundación-empresa, sometidas a un régimen especial, por su carácter de entidades de crédito, así como, en términos generales, al Derecho de fundaciones en lo que resulte compatible con aquella condición.

7ª. Al igual que las restantes entidades de crédito, las Cajas de Ahorros actúan en el mercado sometándose a su Derecho común o básico. Tal circunstancia no impide que cada una de ellas siga su particular régimen jurídico de acuerdo con su naturaleza, lo que traerá consigo algunas similitudes y ciertas diferencias, vinculadas precisamente a las características singulares de la figura jurídica elegida en cada caso.

8ª. Una concreta «fortaleza» del modelo fundacional propio de las Cajas consiste en excluir la viabilidad de técnicas, como la oferta pública de adquisición, destinadas a adquirir su control. Lo mismo sucede, no obstante su diferente naturaleza, con las cooperativas de crédito. Ambas formas de entidades de crédito se distinguen, así, de los bancos los cuales, en cuanto sociedades anónimas cotizadas, se ven sometidas al Derecho del mercado de valores, sin perjuicio de que puedan utilizar ciertas medidas defensivas, lícitas en Derecho español, frente a intentos exteriores de toma del control.

9ª. La anterior idea no supone discriminación de los bancos o privilegio de las Cajas. Se trata, lisa y llanamente, de una consecuencia inevitable derivada de la opción por una determinada figura jurídica de entre las que ofrece el ordenamiento español para el ejercicio de la intermediación en el crédito. Todas las entidades de crédito, con independencia de su diversa estructura jurídica, están igualmente sometidas al Derecho básico o común del mercado, que funciona, por ello, como factor de nivelación entre ellas.

10ª. La reconocida eficiencia de las Cajas de Ahorros en nuestro mercado de crédito aconseja mantener íntegros los principios básicos de su naturaleza fundacional con motivo de posibles reformas en su estatuto jurídico.

NOTAS

(*) Agradezco a Vanessa Martí Moya, doctora en Derecho, su gran ayuda para la preparación de este trabajo. Abreviaturas empleadas: AAMN, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*; CDC, *Cuadernos de Derecho y Comercio*; C. de C., Código de Comercio; DL, *Documentación Laboral*; DN, *Derecho de los Negocios*; DWiR, *Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*; ECFR, *European Company and Financial Law Review*; LF, Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones; LSA, Ley de Sociedades Anónimas; LSRL, Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; Not UE, Noticias de la Unión Europea; NZG, *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*; PEE, *Papeles de Economía Española*; RAP, *Revista de Administración Pública*; RCDI, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*; RCP, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*; RDBB, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*; RDM, *Revista de Derecho Mercantil*; RdS, *Revista de Derecho de Sociedades*; RDP, *Revista de Derecho Privado*; RF, Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de competencia estatal; RRM, Reglamento del Registro Mercantil; RVEH, *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*; STS, Sentencia del Tribunal Supremo; ZHR, *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht*.

(1) Que este debate en torno a la naturaleza jurídica de las Cajas sea importante y, sobre todo, frecuente en la realidad española no significa que merezca una valoración positiva a la totalidad de la doctrina. No faltan autores que lo califican de «infructuoso»; así, recientemente, URENA SALCEDO, J.A. (2005: 99), quien literalmente afirma que «lo más inteligente para aportar una solución es «escapar» a toda prisa de este debate sobre la naturaleza y forma jurídica de las Cajas de Ahorros españolas» (*op.cit.*: 100). Aun entendiendo las razones que pueden estar en la base de tan enfática afirmación, consideramos más pertinente profundizar en esa naturaleza jurídica, analizando con el mayor cuidado los supuestos institucionales de ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones y, más específicamente, la figura de la fundación-empresa. Sin ánimo de exhaustividad, cabe reseñar algunas monografías valiosas sobre este asunto, además de la que se acaba de mencionar: GONZÁLEZ MORENO, J.M. (1983), ROS PÉREZ, F. (1996), CASARES MARCOS, A. (2003), sin perjuicio de la ulterior bibliografía que se vaya citando.

(2) Véase el detallado análisis que, a tal efecto, lleva a cabo CAÑABATE POZO, R. (2006: 137 y ss.); en la misma línea, CASARES MARCOS, A. (2003: 151 y ss.). Es interesante, en esta orientación, la STS de 3 de mayo de 1999 (RJ 1999/3598), según la cual «tradicionalmente las Cajas de Ahorros, instituciones benéfico-sociales, han realizado la actividad crediticia, sin propósito alguno de reparto de los excedentes económicos, por la sencilla razón de que son entes

fundacionales, carentes por completo de base asociativa. Las Cajas de Ahorros no son de nadie, no tienen socios, y por esto no es posible el reparto auténtico de beneficios, de ahí que el excedente empresarial debe destinarse a la propia autofinanciación de su actividad económica y a la financiación de actividades sociales (obra benéfico-social)».

(3) Lo que no equivale, obviamente, a ser empresario, no obstante la aparente cercanía de ambos calificativos; sobre todo ello se volverá *infra*, II.

(4) En línea con lo que es habitual a la hora de establecer las notas básicas de la fundación en los más diversos ordenamientos jurídicos; por muchos, y sobre la base de un planteamiento jurídico-comparado, SCHLÜTER, A. (2004: 27). Desde esta perspectiva comparada, es también interesante, para el conocimiento de la realidad jurídica de las fundaciones, la consulta de HOPT, K. y REUTER, D. (eds.) (2001). Entre nosotros, sigue teniendo interés el valioso libro de CAFFARENA, J. (1992), como análisis del Derecho comparado con vistas a la inminente modernización del Derecho español de fundaciones.

(5) Ambas afirmaciones, obvias en un ordenamiento como el español, no son, sin embargo, generalizables. La idea de una «persona jurídica fundacional» es característica de los ordenamientos propios del *civil law*, siendo relativamente extraña a los países anglosajones; por su parte, la realización de un fin de interés general como un elemento esencial de las fundaciones (ya se entienda el término como equivalente al de un sujeto con personalidad jurídica o no) es una característica bastante más común, sin perjuicio de que ordenamientos como el alemán no la exijan a la hora de perfilar el concepto jurídico de fundación; al respecto: SCHLÜTER, A. (2004: 19 y ss.).

(6) Como es bien sabido, las cantidades aportadas por las Cajas de Ahorros al cumplimiento de fines de interés general han adquirido en la práctica española un relieve altamente significativo. En la *Memoria de responsabilidad social corporativa* de 2005, editada por la Confederación Española de Cajas de Ahorros, se cifra en 1.338 millones de euros la cantidad aportada por todas las Cajas a dichos fines, bajo el concepto clásico de la «obra social» (sobre este trascendental asunto, últimamente, URENA SALCEDO, J.A., 2005: 241 y ss.; dicha suma representa, según la indicada *Memoria*, el 21 por 100 del beneficio obtenido por las Cajas, en tanto que el 79 por 100 restante se dedica al incremento de sus recursos propios. Por ello, bien puede decirse que las Cajas de Ahorros se configuran en España como entidades auténticamente pioneras en el terreno, tan actual, de la responsabilidad social corporativa (en este sentido, EMBID IRUJO, J.M., 2004: 34-35; con carácter más general, pueden verse entre nosotros los distintos trabajos contenidos en *Responsabilidad social corporativa*, PEE, 108, 2006). Nótese, al mismo tiempo, que la realización de actividades propias de responsabilidad social corporativa supone para las Cajas, ni más ni menos, asumir coherentemente las consecuencias de su singular naturaleza jurídica; para los restantes agentes económicos, sean empresas u organizaciones no mercantiles (al respecto, últimamente, CONLEY, J. y WILLIAMS, C., 2005), en cambio, la responsabilidad social corporativa se concibe desde una perspectiva puramente voluntaria, sin condicionamiento aparente derivado de su propia naturaleza o de un, por el momento inexistente, vínculo legal. No obstante, esta última afirmación puede sufrir algún matiz como consecuencia, entre otras cosas, de la progresiva generalización de la responsabilidad social corporativa entendida en estos momentos como una práctica empresarial valiosa; al respecto, sugiriendo su hipotética conversión en costumbre, en sentido jurídico, EMBID IRUJO, J.M. (2006: 64-65).

(7) Esta materia, objeto de discusión en la doctrina (al respecto, véanse las referencias de CAÑABATE POZO, R., 2006: 169, nota 235, y el apunte positivo, aunque cauteloso, de SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., 2006: 111) y en la Jurisprudencia (véase la STS de 3 de mayo de 1999, que da una respuesta negativa), ha sido expresamente afirmada por algunas normas autonómicas sobre Cajas de Ahorros, como es el caso de la Ley 15/1999, de 16 de diciembre,

de Cajas de Ahorros de Andalucía; al efecto, su art. 2 señala que «las Cajas de Ahorros domiciliadas en Andalucía, con o sin Monte de Piedad, son entidades de crédito de naturaleza fundacional y de carácter social, sin ánimo de lucro, que orientan su actividad a la consecución de fines de interés público. Además, en cuanto a su régimen jurídico, se les aplicará, con carácter supletorio y en lo que proceda, la normativa propia de las fundaciones». En la misma línea se manifiesta el art. 1, 2º del Decreto Legislativo 1/2005, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Cajas de Ahorros de Galicia, que reconoce el carácter supletorio de la normativa sobre fundaciones respecto de las Cajas de Ahorros. Al respecto, véase CAÑABATE POZO, R. (2006: 129-130, nota 98). Conviene citar, por último, la exposición de motivos de la Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones, de la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOE número 156, de 1 de julio de 2005), que reitera, en su punto II, el criterio ya visto sobre la supletoriedad de la legislación de fundaciones respecto del régimen de las Cajas de Ahorros.

(8) El marco normativo básico en nuestro ordenamiento lo constituye la ya mencionada Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, en la que concentraremos preferentemente nuestra atención, considerando, a su vez, otros textos relevantes en materia de fundaciones como son la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de Régimen Fiscal de las Entidades sin Fines Lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo (sobre ambas leyes, véase MUÑOZ MACHADO, S.; CRUZ AMORÓS, M. y DE LORENZO GARCÍA, R. dirs., 2005), y el Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de fundaciones de competencia estatal. Todo ello sin perjuicio, naturalmente, de la alusión a las abundantes normas autonómicas sobre fundaciones y, por supuesto, de la consideración de la regulación propia de las Cajas de Ahorros, tanto estatal como autonómica.

(9) Las fundaciones se insertarían, así, en el llamado Tercer Sector, denominación hoy generalizada para agrupar a entidades con naturaleza jurídica diversa, pero que coinciden en carecer de un fin lucrativo (entidades *non profit*) a la hora de articular su organización y su actividad; de la muy amplia literatura sobre el Tercer Sector, véase, entre nosotros, CABRA DE LUNA, M.A. (1998); para los Estados Unidos, HANSMANN, H. (2001). Últimamente, con perspectiva no sólo jurídica, HOPT, K.; VON HIPPEL, T. y WALZ, R. (eds.) (2005).

(10) Al respecto, BERCOVITZ, A. (2006: 211 y ss.), aludiendo expresamente a las fundaciones en el marco de los operadores económicos del mercado.

(11) Nos referimos, con esta terminología, al conjunto de reglas jurídicas básicas que ordenan el mercado y la actividad de quienes en él actúan. Sería, tal vez, más correcto, por ello, hablar de «Derecho común del mercado», por cuanto prescindimos aquí de las reglas especiales que gobiernan determinados mercados específicos (por ejemplo, el mercado de valores), sólo aplicables a los sujetos que intervengan en ellos. Al margen de estos matices, la idea de un «Derecho del mercado» como categoría jurídica singular empieza a ser considerada como tal por la doctrina reciente; por muchos, IMMENGA, U., (2001); con un planteamiento más general, FRANZESE, L. (2006).

(12) Interesantes consideraciones sobre el patrimonio, y su función al servicio del fin de la fundación, pueden encontrarse, desde la perspectiva del Derecho alemán, en HÜTTEMANN, R. (1998), y REUTER, D. (2005); sintéticamente, con planteamiento comparado, SCHLÜTER, A. (2004; 287 y ss.).

(13) Al respecto, destacando este extremo, FERRER I RIBA, J. (1998: 134 y ss.); más recientemente, GOMÁ LANZÓN, J. (2005), quien propone reestudiar el significado de las fundaciones desde el origen de sus fuentes de financiación. De este modo, a juicio del autor citado, pocas fundaciones actuales merecen el calificativo de fundaciones patrimoniales, a pesar de que la Ley 50/2002 sigue concentrando alrededor del patrimonio (concepto no siempre equiparable al de dotación) el núcleo básico de su concepto; sobre este último aspecto, SANTOS MORÓN, M^a, J. (2005).

(14) Sobre este asunto, véase con detalle EMBID IRUJO, J.M. (2003a). Se hace eco de este planteamiento, recientemente, MONTÉS, V.L. (2004: 227-228), y BELUCHE RINCÓN, I. (2006: 405-406).

(15) Según ha indicado SCHLÜTER, A. (2004: 522) respecto del Derecho de la Unión Europea, las fundaciones pueden ser consideradas como empresas, a los efectos del Derecho de la competencia y de las normas sobre ayudas de Estado, cuando presten servicios a cambio de una contraprestación y cuando ejerzan actividades concurrentes con otros sujetos en el mercado.

(16) Aunque el Derecho concursal se ha originado históricamente en el seno de la legislación mercantil y ha adquirido su pleno sentido en cuanto regulador de suspensiones de pagos y quiebras de los empresarios, es hoy bien sabido que el ordenamiento español ha generalizado su aplicación a todo tipo de deudores, sean empresarios o no. El vigente régimen concursal, que se concreta en la Ley 22/2003, de 9 de julio (al respecto, de entre la muy amplia bibliografía, ROJO, A. y BELTRÁN, E., dirs., 2004 y AA.VV., 2005), además de modernizar el tratamiento jurídico de la crisis económica, suprime la dualidad de regulaciones basada en la condición subjetiva del deudor. La «susceptibilidad concursal» de las fundaciones es, por lo demás, una solución bastante común en el Derecho comparado; así sucede, por ejemplo, en Alemania, Reino Unido y Estados Unidos de América, atendiendo, claro está, a las particularidades de cada uno de estos ordenamientos (cfr. al respecto, SCHLÜTER, A., 2004: 322-323). En cambio, la fundación no puede caer en concurso en el Derecho francés (véase KRONKE, H., 1988: 99). Entre nosotros, véase el breve apunte de VICENT CHULIÁ, F. (2005: 2414-2416), con alusión final a las Cajas de Ahorros, y más recientemente, el detallado estudio de LA CASA GARCÍA, R. (2006).

(17) Estos preceptos, como tantos otros de la normativa básica de las fundaciones en Derecho español, habrán de ser completados con lo establecido en el Real Decreto 1337/2005, por el que se aprueba el Reglamento de fundaciones de competencia estatal. Así, en concreto, se han de tener en cuenta sus arts. 5 y 6, dedicados, respectivamente, a la acreditación y a la valoración de las aportaciones a la dotación. Sin entrar ahora en más detalles, cabe apreciar, quizá también de manera paradójica, que el Derecho español de fundaciones asume algunos aspectos de la legislación societaria incluso con mayor rigor que ésta. En concreto, la intervención del experto independiente para valorar las aportaciones no dinerarias tiene siempre carácter obligatorio en el terreno de las fundaciones, lo que, en el Derecho de sociedades, sólo procede respecto de las sociedades anónimas. Como es bien sabido, la constitución de sociedades de responsabilidad limitada con aportaciones *in natura*, en aras de la flexibilidad del tipo, no precisa de la intervención de expertos independientes, que, no obstante, siempre podrá realizarse de manera voluntaria, tal y como se deduce del art. 21, 5º LSRL. Por otra parte, llama la atención la minuciosidad que el art. 5 RF dedica a la acreditación ante notario de las aportaciones a la dotación. Este requisito tiene su precedente, como es sabido, en los arts. 40 LSA, 19, 2º LSRL y 189 RRM, pero en ninguno de ellos se encuentra una disciplina tan detallada de la intervención notarial. De seguir el Derecho de fundaciones, en su desarrollo, por este camino de regulación minuciosa, quizá no sea descabellado pensar en su posible y futura influencia sobre la legislación societaria, sobre todo con la finalidad de aclarar dudas interpretativas o resolver concretos problemas prácticos. Contrasta, en todo caso, este planteamiento con el que se observa en sede de asociaciones —otra persona jurídica desprovista de fin de lucro—, cuya ordenación patrimonial resulta casi inexistente, lo que provoca serios problemas a la hora de contemplar con detalle el ejercicio, sin duda lícito, de actividades económicas por ellas, como se deduce del art. 13 de la Ley 1/2002, de 22 de marzo, orgánica reguladora del derecho de asociación; al respecto, véanse las consideraciones de BELUCHE RINCÓN, I. (2006), con la bibliografía allí citada.

(18) La coincidencia con el art. 133 LSA (directamente aplicable, como es sabido, a las sociedades limitadas, de acuerdo con el artículo 69 LSRL) era todavía mayor con anterioridad a su reforma, llevada a cabo, como es sabido, por la ley 17/2003, de 17 de julio, conocida

como «ley de transparencia», en cuyo contenido, de extraordinaria trascendencia, no resulta posible entrar aquí. En todo caso, la disciplina legal del Patronato se ve completada por las normas de organización que se contienen en los arts. 9-14 RF, que, en todo caso, se aplicarán «en defecto de la regulación contenida en los estatutos, de acuerdo con la ley» (art. 8 RF). Llama la atención también aquí el celo del legislador de fundaciones, frente a la tendencia tradicionalmente abstencionista de la normativa societaria por lo que se refiere, en particular, al régimen del Consejo de Administración, órgano equivalente, *mutatis mutandis*, al Patronato fundacional. Sin perjuicio de que las normas del RF tienen clara naturaleza dispositiva, constituyen una regulación que, a buen seguro, terminará sirviendo de modelo en la práctica. No es posible, en fin, entrar ahora en el sugestivo tema del papel de la autonomía de la voluntad en el Derecho de fundaciones, ámbito en principio abonado para su ejercicio (cfr. SCHLÜTER, A., 2004); ha sido mucho más frecuente su consideración en el marco del Derecho de sociedades, con particular relieve en los últimos años, al hilo de las tendencias desreguladoras y de apoyo a la libertad contractual expresadas por una amplia doctrina al respecto.

(19) No pretendemos sugerir que se haya producido en este asunto un completo trasvase del Derecho contable mercantil al ámbito de las fundaciones. Ello es así, sin duda, cuando hablamos de fundaciones que ejercen actividades empresariales, pues en tal caso «la contabilidad de las fundaciones se ajustará a lo dispuesto en el Código de Comercio» (art. 25, 9º LF; téngase en cuenta también el art. 29 RF en punto a las cuentas consolidadas). Sin embargo, y del mismo modo que hemos explicado en el texto respecto de ciertas figuras propias del Derecho de sociedades, que han sido acogidas en la legislación de fundaciones para todas ellas, también en materia de contabilidad de fundaciones, en general, se aprecia un notorio influjo de la legislación mercantil contable. Algunos párrafos del art. 25 LF, en concreto, reflejan casi literalmente ciertos preceptos del Código de Comercio; compárese, en tal sentido, el art. 25, 2º, 2 LF con el art. 34, 1º y 2º C. de C. En todo caso, conviene tener en cuenta, además de las normas contables de LF y RF, el Real Decreto 296/2004, de 20 de febrero, sobre contabilidad simplificada, susceptible de ser aplicado a muchas fundaciones (véase al respecto, con carácter previo al mencionado Real Decreto, el art. 25, 4º LF), y también a numerosos empresarios, ya sean individuales o sociales. Sobre esta disciplina contable, en el marco de las tendencias actuales de la contabilidad, véase MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A. (2004: 25 y ss.).

(20) Sin entrar ahora en temas doctrinales propios del Derecho mercantil, sí parece oportuno señalar que su influjo actual en el Derecho de fundaciones modifica un tanto la forma de concebir su generalización, tal y como se ha recibido desde que se constató dicho fenómeno a finales del siglo XIX. No se trata ahora de la generalización de contratos o de medios de pago y obtención de crédito, propios de los comerciantes, a todos los ciudadanos, con su progresiva inserción en normas de naturaleza civil. Nos encontramos, más bien, en presencia de una especie de «segunda generalización» relativa a las técnicas de organización jurídica de la empresa, por un lado, y a los instrumentos de defensa de la empresa en el mercado, por otro. Las fundaciones, en cuanto personas jurídicas lógicas y sistemáticamente ubicadas en el Derecho civil, se encuentran, por razón de la evolución experimentada, en el ámbito del mercado, y sometidas, se quiera o no, a sus particulares exigencias. Pero, al mismo tiempo, y a fin de poder prestar los servicios que su naturaleza exige, han de articular su estructura interna con modalidades organizativas acreditadas en el ámbito del Derecho mercantil. La finalidad de lucro habitualmente vinculada a los empresarios —materia que merecería más de un matiz que aquí no puede exponerse— no constituye un obstáculo para este trasvase de instrumentos y técnicas, las cuales pasan a ser, en cierto sentido, formas neutras susceptibles de ser utilizadas, con las debidas adaptaciones, en terrenos muy diversos a aquéllos en los que se originaron. No pretendemos ignorar, con todo, las diferencias de régimen jurídico que trae consigo la opción por una determinada forma jurídica; al respecto, últimamente, BELUCHE RINCÓN, I. (2006: 390, nota 3).

(21) Esta idea, tantas veces repetida en España, encuentra cumplido reflejo en la primera, y hasta el momento más relevante, aportación sobre la fundación-empresa escrita entre nosotros: VALERO AGÚNDEZ, U. (1969), en la que el autor expone (pág. XI) como una de las principales dificultades de su trabajo la necesidad de compaginar la elaboración de su tema de estudio con el establecimiento de una teoría general de la fundación, casi inexistente en la época por carencias relevantes del Derecho positivo y por falta de suficiente investigación doctrinal.

(22) Y que se materializa, por vez primera, en la Ley 30/1994, antecedente inmediato de la actual.

(23) La relación entre fundaciones, en general, y Constitución fue puesta de manifiesto, con singular acierto, por TOMÁS Y VALIENTE, F., «Estudio preliminar», en AA.VV., *Comentarios a la ley de fundaciones y de incentivos fiscales*, I, Madrid, Escuela Libre Editorial, 1995: XXV y siguientes.

(24) Esta legitimidad ha sido discutida, cuando no negada, por relevante juristas, si bien hoy constituye una opinión ampliamente afirmada. Entre los críticos, podemos citar, por el relieve de sus argumentos, el conocido trabajo de MESTMÄCKER, E.J. (1964); modernamente, en esta misma línea, EMMERICH, V. y HABERSACK (2005: 483), quienes no dejan de señalar, sin embargo, que la liberalización del Derecho de fundaciones en Alemania, llevada cabo en 2002 por la Ley de modernización de las fundaciones (al respecto, HÜTTEMANN, R., 2003: 60 y ss.), establece las bases para superar este punto de vista.

(25) Véase últimamente el completo estudio de CIDONCHA, A. (2006: 177 y ss.), quien opta por considerarla un derecho fundamental y, más concretamente, un derecho de libertad con eficacia directa *inter privatos* (págs. 205-207).

(26) La libertad de empresa reconocida en el art. 38 CE se predica de los sujetos privados, lo que no afecta, en modo alguno, a la legitimidad constitucional de la empresa pública, fundada, esencialmente, en el art. 128, 2º CE; al respecto, con interesantes consideraciones, CIDONCHA, A. (2006: 237-248).

(27) Este tema se plantearía en los mismos términos en el ámbito de la Unión Europea, ya que, al margen del aparente fracaso del proyecto de Constitución Europea, el principio de libertad de empresa representa la columna vertebral de su constitución económica, expresa o no en un texto normativo determinado.

(28) Como, por ejemplo, el art. 116 C. de C., según el cual «el contrato de compañía, por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas para obtener lucro será mercantil, cualquiera que fuese su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código». En todo caso, el debate doctrinal español hace tiempo mostró, en una doctrina muy autorizada, la posibilidad de separar el ánimo de lucro de la causa del contrato de sociedad, con apoyo incluso de la propia disciplina legislativa (art. 3 LSA y art. 3 LSRL). Véase al respecto, GIRÓN TENA, J. (1976: 231 y ss.); más recientemente, PAZ ARES, C. (1991 y 2006); con destacados matices, es útil también la lectura de MENÉNDEZ, A. (1995). Mantienen el punto de vista clásico, con detenidos argumentos, FONT GALÁN, J.I. y PINO ABAD, M. (2001), especialmente, págs. 43 y siguientes.

(29) En este sentido, CIDONCHA, A. (2006: 224); para la caracterización de la cooperativa y de su tipo societario, ALFONSO SÁNCHEZ, R., en ALONSO ESPINOSA, F. (dir.) (2005). Obsérvese, en todo caso, que las cooperativas de crédito (o cajas rurales), entidades de crédito reconocidas plenamente en el Derecho español, muestran una causa mutualista, no lucrativa por tanto, sin que ello haya planteado problemas de legitimidad constitucional en el ejercicio de la actividad de empresa. Las dudas que, desde algunos sectores, se han querido formular a la posibilidad de que las fundaciones ejerciten actividades empresariales parecen responder, en el fondo, a la singularidad jurídica de las Cajas de Ahorros, y sobre todo al relieve de estas entidades en el mercado del crédito, posición muy alejada, desde luego, a

la que corresponde a las cajas rurales. Véase, en todo caso, la referencia puntual, pero muy significativa, a este tema que efectúa MASSAGUER, J. (1996: 403), admitiendo expresamente que la libertad de empresa vale también para las fundaciones.

(30) Así, expresamente, CIDONCHA, A. (2006: 224).

(31) Como sucede en las Cajas de Ahorros; al respecto, entre otros muchos, UREÑA SALCEDO, J.A. (2005: 92).

(32) La idea patrocinada en el texto es, por lo demás, criterio ampliamente admitido, desde antiguo, en la doctrina, sobre todo en la mercantilista, cuando se ocupa de precisar los diferentes supuestos de personas jurídicas merecedoras de la calificación de empresarios, a pesar de que el Código de Comercio vigente (al igual que su precedente de 1829) nada dicen al respecto. Por muchos, véase, SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, J. (2006: 110-111), ROJO, A. (2006: 107-109). Incluso el Tribunal Constitucional, en su conocida sentencia 49/1988, tan relevante para las Cajas de Ahorros, no niega la admisibilidad de la fundación-empresa en nuestro ordenamiento, si bien duda de su exacto encaje en el art. 34 CE, que reconoce, como es sabido, el derecho fundamental a crear fundaciones, y tutela al mismo tiempo a la propia fundación, como instituto garantizado (cfr. CIDONCHA, A., 2006: 223-224, nota 29). Entre la doctrina civilista, últimamente, MONTÉS, V.L. (2004: 221-222).

(33) En términos generales, véase SPADA, P. (2006: 183 y ss.).

(34) Esa inserción, sin embargo, no tiene por qué realizarse siempre de la misma manera, sino que podrá variar en función de la naturaleza jurídica del empresario en cuestión. Así, en concreto, será plena siempre que el empresario en cuestión (por ejemplo, una sociedad cotizada, respecto del mercado de valores) vea condicionada su actividad de modo permanente por el mercado en cuestión; en nuestro ejemplo, la sociedad anónima cotizada, por su propia naturaleza (al respecto, véase AA.VV., 2006), está «fijada» al mercado de valores, sin perjuicio, claro está, de la aplicación del régimen propio de las sociedades anónimas en lo que no haya sido afectado por el Derecho regulador de aquel mercado. Pero, del mismo modo, la inserción en un mercado específico puede ser solamente parcial para un determinado empresario cuando su conexión con aquél no se deduzca de su naturaleza jurídica, sino de un acto volitivo concreto (una emisión de cuotas participativas por una Caja de Ahorros, por ejemplo) o, en su caso, de una imposición específica del legislador, que, lógicamente, habrá de ser fundamentada. Si en el primer caso el Derecho del mercado de valores se aplicará sin restricciones al empresario en cuestión (la sociedad anónima cotizada), en el segundo sólo podrá serlo en tanto en cuanto la voluntad del empresario afectado (la Caja de Ahorros) así lo manifieste, o se deduzca de una concreta y fundada imposición legislativa. Podría decirse, en conclusión, que la aplicación plena del Derecho de un mercado específico a un determinado empresario es una consecuencia vinculada estrictamente a su *status* jurídico, a su naturaleza, en suma, sin perjuicio de que también quepa su aplicación (parcial) a otros empresarios con distinto *status* jurídico sobre la base de una concreta actividad o conducta que puedan desarrollar, o por decisión fundada del legislador.

(35) Tomamos estas observaciones de FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. (2001: 271-272), quien añade a los problemas indicados en el texto los inconvenientes desde el punto de vista de la seguridad jurídica que se derivarían de que se vulnera el principio de *numerus clausus* de las sociedades mercantiles, entendiéndose en este último caso el concepto de sociedad en un sentido amplio.

(36) Con su aportación, VALERO AGÜNDEZ (1969) no se ha limitado a importar una institución más del Derecho alemán, como de forma, en apariencia poco complaciente con planteamientos doctrinales semejantes, ha expresado el TC en su sentencia 49/1988. Literalmente, afirma el TC que «el concepto de fundación-empresa en sus diversas modalidades constituye una de tantas importaciones de la doctrina alemana que se han realizado o se intentan realizar en nuestro Derecho. No es, por supuesto, tarea de este Tribunal determinar si es posi-

ble y, en caso afirmativo, en qué condiciones, esa importación». Tal vez hayan de inscribirse en esa misma línea las palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2003: 19), según las cuales la fundación-empresa es una figura «convencional y no demasiado sólida».

(37) Dicha Ley ha sido desarrollada por el Real Decreto 798/1986, de 21 de marzo, experimentando algunas modificaciones significativas tras la promulgación de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero. Sobre esta última reforma, cfr. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. (2003); en todo caso, como advierte CASARES MARCOS, A. (2005: 58), la mencionada Ley prescinde de todo reconocimiento de la naturaleza de las Cajas como fundación-empresa, sancionando un grado de intervención pública sobre ellas no equivalente al que existe respecto de las restantes entidades de crédito.

(38) Últimamente, CAÑABATE POZO, R. (2006: 189). La misma autora advierte (pág. 187, nota 45), acertadamente a nuestro juicio, que en la distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas en materia de Cajas de Ahorros «poca o ninguna trascendencia ha tenido el art. 149.1.6 CE, respecto de la atribución al Estado de la competencia exclusiva de la legislación mercantil», teniendo en cuenta que, según doctrina prácticamente unánime, las Cajas de Ahorros han de considerarse empresarios. No obstante, concluye CAÑABATE POZO, este hecho tal vez se explique por «la singularidad tipológica de las Cajas y la resistencia del propio TC a considerarlas como empresas». La propia CAÑABATE recoge en su obra (págs. 129 y ss., entre otras) una relación muy completa y actualizada de la legislación autonómica sobre Cajas de Ahorros. Se trata, como es sabido, de una regulación amplia y detallada, sometida, por lo demás, a numerosos cambios. No parece imposible, por ello, que la puesta en marcha de la reforma de los estatutos de autonomía, tan de actualidad al escribir estas líneas, traiga consigo nuevas modificaciones en la respectiva regulación sobre Cajas de Ahorros.

(39) En una línea similar, CAÑABATE POZO, R. (2006: 160).

(40) De la misma forma que la calificación de los bancos o las cajas rurales como entidades de crédito no permite obviar su condición de sociedades anónimas o cooperativas de crédito, respectivamente.

(41) No han faltado las aportaciones doctrinales tendentes a esclarecer las cuestiones relativas al ejercicio de las actividades empresariales por las fundaciones en el marco de la Ley 30/1994. Sin afán de exhaustividad, pueden verse los trabajos de CABRA DE LUNA, M.A. (1995: 182 y ss.); NIETO ALONSO, A. (1996); LINARES ANDRÉS, L. (1997: 1663 y ss.); y 2001: 497-500); MARÍN LÓPEZ, J.J. (1998); PEDREIRA MENÉNDEZ, J. (1999), y DE PRADA GONZÁLEZ, J.M^a (2002); además de las referencias contenidas en monográficas genéricas sobre fundaciones, como la de GARCÍA ANDRADE, J. (1997). No muy anterior a la Ley 30/1994 es el trabajo de CARRANCHO HERRERO, M.T. (1991). Véanse, en todo caso, las amplias referencias al tema y a la doctrina especializada de CASARES MARCOS, A. (2003: 379 y ss.).

(42) Véanse las interesantes referencias que al respecto formula FERRER I RIBA, J. (1998: 138 y ss.).

(43) Como ya hemos indicado, partimos de la normativa correspondiente a las fundaciones de competencia estatal, sin ignorar, por ello, la abundante normativa sobre fundaciones en las comunidades autónomas. En el tema que nos ocupa, sin embargo, cabe plantear alguna duda sobre la posibilidad de que estas últimas regulen el vínculo entre fundación y actividad empresarial en sus normas sobre fundaciones. Ello se debe, como sabemos, a que, en tal caso, puede llegar a surgir un auténtico empresario cuyo *status* y funcionamiento se considera integrado en el Derecho mercantil, y esta materia, conforme al art. 149.1.6. CE, es competencia exclusiva del Estado, lo que han confirmado de manera indudable tanto la doctrina como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. A pesar de ello, no faltan en las leyes autonómicas referencias al tema que nos ocupa; entre las más recientes, véase, en concreto, el art. 33 de la Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones, de la Comunidad Autónoma de Andalucía, que, por lo demás, sigue muy de cerca lo dispuesto en la

Ley 50/2002. En la misma línea, a propósito de las asociaciones que ejercen actividades económicas, se expresa MARÍN LÓPEZ, J.J. (2005: 838), para quien el art. 13, 2º de la Ley 1/2002, Orgánica del Derecho de Asociación, excluye la aplicación de las correspondientes normas autonómicas, si bien recurre, para su amparo competencial, al artículo 149.1.1 CE.

(44) Nada tiene que ver con este asunto el fenómeno, tan actual, de la llamada «fundación de empresa», ni que decir tiene auténtica fundación, pero completamente ajena al ejercicio, directo o indirecto, de una actividad mercantil. Como es sabido, este tipo de fundaciones suele responder al propósito de grandes empresas de financiar la realización de actividades de interés general, sirviendo la fundación de instrumento idóneo al efecto. Además de esta finalidad, la fundación de empresa termina siendo un poderoso instrumento de mejora de la «imagen corporativa» de la empresa constituyente y, en tal sentido, sirve para canalizar actividades propias de la llamada responsabilidad social corporativa (véase *supra*, nota 6), marginando un tanto la esencia propia de la persona jurídica fundacional. El fenómeno de la fundación de empresa ha encontrado un tratamiento jurídico específico en el Derecho francés gracias a la ley de 4 de julio de 1990 (cfr. SCHLÜTER, A., 2004: 103-105, y bibliografía allí citada; entre nosotros, PEDREIRA MENÉNDEZ, J. (1999: 288 y ss.).

(45) En este sentido, GONDRA, J.M.^a (1998: 523 y 525). La objetivación de la gestión de la empresa, como afirma el mismo GONDRA, no sólo se observa en el supuesto de la fundación-empresa, sino también en empresas públicas y grandes sociedades anónimas.

(46) Un apunte sobre las ideas económicas de Rathenau, en STERN, F. (2003: 198-199); con gran detalle sobre su influencia en la formulación de la teoría de la «empresa en sí», desde una perspectiva jurídica, LAUX, F. (1998).

(47) Al respecto, RIECHERS, A. (1996).

(48) Así, expresamente, VALERO AGÚNDEZ, U. (1969: 134-136). Como ha señalado dicho autor (*op. cit.*, pág. 128), para que la fundación pueda ser considerada forma adecuada para la titularidad de una empresa, es preciso «que la conexión entre fundación y empresa responda a una exigencia institucional de aquélla. La razón de este requisito está en que la forma jurídica de la empresa no sólo implica la creación de un sujeto jurídico de la actividad económica, sino además la creación de una organización adecuada para el ejercicio de dicha actividad. Y esta organización sólo se da en aquellas fundaciones a las que el fundador ha asignado la función de desarrollar una actividad de empresa».

(49) En este sentido, VALERO AGÚNDEZ, U. (1969: 140). Tal vez por esta razón, algunos autores, críticos con la idea de la fundación-empresa en sí misma considerada, terminan admitiendo la configuración puramente dotacional; así, por ejemplo, REUTER, D. (1991: 196).

(50) Con detalle, VALERO AGÚNDEZ, U. (1969: 139 y ss.).

(51) En este sentido, VALERO AGÚNDEZ, U. (1969: 141).

(52) Aunque la distinción esbozada en el texto goza de un considerable refrendo doctrinal (véase, por muchos, y a propósito de las Cajas de Ahorros, ARAGÓN REYES, M.; GARCÍA VILLAVARDE, R. y SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (1991: 120-122)), lo cierto es que las dos modalidades de fundación-empresa descritas corresponden, más bien, a tipos ideales antes que a supuestos verdaderamente existentes en la realidad económica. Más común es encontrar figuras intermedias que, de manera variable, integran aspectos propios de las categorías reseñadas. El ejemplo de las Cajas de Ahorros en España ilustra bien esta dificultad de adscribir con plenitud a las fundaciones-empresa realmente existentes a una de las dos; por tal razón, es habitual en la doctrina atribuirles el calificativo de fundación-empresa de tipo mixto; en este sentido, entre otros, GARCÍA VILLAVARDE, R. (1995: 869), y CASARES MARCOS, A. (2005: 60).

(53) Al respecto, PEDREIRA MENÉNDEZ, J. (1999: 288 y ss.).

(54) La aparente incomunicación entre las figuras de la fundación-empresa y la fundación con empresa que se suele encontrar en la doctrina —y también, siquiera en apariencia, en el presente estudio—, como si se tratase de dos estructuras plenamente distintas a la hora de organizar el ejercicio de actividades empresariales por fundaciones, quizá deba formularse en términos menos absolutos. No parece descabellado pensar en una fundación que ejercite directa e inmediatamente una actividad mercantil (una fundación-empresa, por tanto) y que, a la vez, participe en el capital de diversas sociedades, incluso de forma mayoritaria, y cuyo objeto social tenga o no que ver con dicha actividad mercantil. La temática de los grupos de empresas encabezados por una fundación, ya esbozada con anterioridad, se nos vuelve a manifestar, sugiriendo, a la vez, una nueva alusión a las Cajas de Ahorros.

(55) No en balde, el art. 2, 2º LF señala que «las fundaciones se rigen por la voluntad del fundador, por sus Estatutos y, en todo caso, por la Ley»; sobre este aspecto, en el marco general de los conceptos básicos de la fundación en la Ley 50/2002, véase GARCÍA ANDRADE, J. (2005: 44 y ss.).

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

(57) Por ejemplo, en el Derecho español, como se comprobará más adelante, el legislador parece reconocer solamente a la fundación-empresa de tipo funcional, al exigir que la actividad mercantil esté vinculada, de forma más o menos intensa, con los fines fundacionales.

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

(59) En este sentido, KRONKE, H. (2001: 162).

(60) HOPT, K. y REUTER, D. (2001a: 14).

(61) Al respecto, VAN DER PLOEG, T. (2001: 406 y 413), quien cita la cifra de 19.000 fundaciones activas en Holanda dentro del ámbito empresarial. Para más detalles sobre el Derecho holandés de fundaciones, véase SCHUMACHER, C. (1999).

(62) Al respecto, HEMSTRÖM, C. (2001: 471).

(63) Cfr. HANSEN, S.F. (2001: 288), quien habla de que en el año 1999 había inscritas en el registro más de mil fundaciones titulares de actividades empresariales, de las cuales unas doscientas eran empresas dominantes en un grupo.

(64) En este sentido, HOPT, K. y REUTER, D. (2001a: 11).

(65) Al respecto FRIES, R. (2001: 377).

(66) Sobre la llamada «fundación privada» del Derecho austriaco, pertinente en el tema que nos ocupa, véase DORALT, P. y KALSS, S. (2001: 426).

(67) Se pueden encontrar múltiples referencias a esta fundación, ejemplo paradigmático de la categoría «fundación-empresa» en VALERO AGÚNDEZ, U. (1969: 124, nota 94, y 358-363, entre otras).

(68) Al respecto, RIEMER, H.M. (2001: 515 y 517).

(69) Con detalle, DE GIORGI, M.V. (2001: 396-397). De manera específica sobre la fundación-empresa, LAMARCA I MARQUES, A. (1998: 481 y ss.).

(70) Sobre este importante asunto, véase la visión sintética de GUERRERA, F. (2006); con más detalle, FUSARO, A. (2005).

(71) En el ámbito del Derecho francés, CAPITANT, D. (2001), que menciona expresamente el informe, elaborado por el Consejo de Estado francés en 1996: «Rendre plus attractif le droit de fondations». Sobre la fundación de empresa, véase *supra*, nota 43. Entre nosotros, LAUROBA LACASA, M. E. (1998).

(72) Sin perjuicio de que, según numerosas opiniones, el ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones resultaba posible con tal de que se cumplieran los requisitos conceptuales señalados en el art. 1 de la Ley 30/1994 (así, por ejemplo, PIÑAR MAÑAS, J.L., 1995), este texto legal daba pistas más seguras sobre la licitud de aquel propósito. En efecto, ya la exposición de motivos, en su apartado V, afirmaba la posibilidad de que las fundaciones ejercieran «directa o indirectamente actividades mercantiles o industriales». Más adelante, el art. 22, bajo la rúbrica «actividades mercantiles e industriales» contemplaba lo que venimos denominando «fundación con empresa», merced a la regulación de la participación de las fundaciones en el capital de «sociedades no personalistas». Por último, el art. 23, 6º imponía la aplicación de las reglas de contabilidad del Código de Comercio a las fundaciones cuando «realizaran directamente actividades mercantiles o industriales». Obsérvese que, según este último precepto, sólo el ejercicio directo por la fundación de la actividad de empresa implicaría la llevanza de la contabilidad conforme a las normas que regulan el estatuto del empresario en el Derecho español, con lo que habría de presumirse dicha condición en la fundación. Por el contrario, la contabilidad de una fundación que participase mayoritariamente en el capital de una sociedad mercantil no debería ser llevada conforme a las reglas del Código de Comercio. Se trataba, en nuestro criterio, de una opción discutible por parte del legislador. En todo caso, de la breve exposición efectuada cabe deducir, sin demasiadas dudas, que tanto la fundación-empresa, en cuanto titular directo e inmediato de una actividad empresarial, como la fundación con empresa, mediante su participación en sociedades no personalistas, eran contempladas y admitidas por la Ley 30/1994; para mayores detalles, véase la bibliografía citada *supra*, nota 41.

(73) Quizá por el carácter todavía reciente de la mencionada Ley, no abundan los análisis relativos al ejercicio de actividades empresariales por fundaciones dentro de su disciplina reguladora; véanse, no obstante, los trabajos de EMBID IRUJO, J.M. (2004b: 3 y ss., y 2005a: 398 y ss.), así como las consideraciones que expone SERRANO CHAMORRO, Mª E. (2003: 254 y ss.). Aunque, desde la perspectiva básica del régimen de las Cajas de Ahorros, es interesante la consulta de CASARES MARCOS, A. (2003). Últimamente, SOTILLO, A. (2006).

(74) Conviene recordar que ya la Ley 30/1994 utilizaba una expresión coincidente, si bien dentro de la fórmula, más amplia, de «actividades mercantiles e industriales», como hemos podido apreciar en la nota 72.

(75) La continua referencia normativa al término «actividades» en punto al tema que nos ocupa obliga a efectuar alguna precisión sobre aquél. Situados en el marco de la teoría de la empresa, quizá resulte innecesario decir que el plural utilizado por las normas no debe confundirse sobre su significado exacto. No se trata de «actos», es decir, de comportamientos individualizados ajenos a un propósito organizador de la vertiente profesional de un determinado sujeto, sino de «actividad», o sea, de un designio sistemático en torno a la vertiente profesional de un determinado sujeto, que se traduce, por razón de la organización, en una serie continua y repetida de actos concretos. Sólo en este sentido, como se sabe, cabe hablar de empresa y, lógicamente, de actividad de empresa (al respecto, GONDRA, J. Mª, 1999: 528 y ss.). Por otro lado, el hecho de que las normas utilicen habitualmente el plural («actividades») parece permitir la titularidad simultánea no sólo de una, sino de varias empresas por parte de la fundación. Ello supone, por ejemplo, que una fundación-empresa pueda ser titular directa e inmediata de distintas actividades empresariales, siempre que se respeten las reglas vigentes y, fundamentalmente, que dichas empresas

guarden alguna relación con los fines fundacionales (art. 23, 2º RF). Por su parte, una fundación con empresa puede, igualmente, resultar titular de diversas actividades empresariales, si bien en este caso, como sabemos, no se requiere, en principio, que estén relacionadas con sus fines. Quizás en este caso resulte más hacedera la mencionada situación de titularidad simultánea de varias empresas, puesto que en la fundación-empresa se hará sin duda más compleja la gestión empresarial y la propia organización fundacional. En todo caso, no entramos ahora en los diversos problemas que este problema pueda plantear, y simplemente nos limitamos a apuntar su aparente licitud en el marco del vigente Derecho español de fundaciones.

(76) Con alguna excepción llamativa, puesto que el art. 29 RF («cuentas consolidadas») vuelve a referirse, en su párrafo primero, a «las fundaciones que realicen actividades económicas», recordando la terminología del art. 24, 1º LF. No hace falta decir que la expresión «actividades económicas» es equivalente a la de «actividades mercantiles», desde luego por razones de coherencia del propio RF y, más específicamente, por el contenido de su art. 29, que ahora nos ocupa, en donde se contempla la aplicación del régimen sobre consolidación contable del Código de Comercio a las fundaciones que se encuentren en alguno de los supuestos previstos en los arts. 42 y 43 del mismo. Alguna leve incongruencia encontramos, también, en la LF, cuya predilección por la fórmula «actividades económicas» se ve desmentida, por ejemplo, en su art. 25, 9º, *in fine*, precepto en el cual, tras declarar aplicable el régimen contable del Código de Comercio a las fundaciones que «realicen actividades económicas», de acuerdo con lo indicado en el art. 24 LF, habla en el inciso final de «los distintos elementos patrimoniales afectos a la actividad mercantil».

(77) Al margen de que la LF hable de «actividades económicas» y el RF de «actividad mercantil», términos que, a nuestro juicio, han de considerarse equivalentes, aquélla indica, al comienzo del precepto comentado, que las fundaciones podrán «intervenir» en las mencionadas actividades (art. 24, 1º *in fine* LF), en tanto que éste señala que las fundaciones podrán «realizar» tales actividades (art. 23, 2º *in fine* RF). La diferencia semántica entre ambas palabras puede no ser irrelevante en el tema que nos ocupa, al apuntar una diferente calificación de la fundación como sujeto participante en la actividad empresarial. Si se interviene en la actividad empresarial, no es seguro que quepa atribuir al sujeto interviniente la calificación de empresario, ya que tal conclusión dependerá de la intensidad y extensión de dicha intervención; si, en cambio, se realiza una actividad empresarial, aunque sea indirectamente, merced a la participación en una sociedad, no resultará difícil atribuir al sujeto activo en tal caso la calificación de empresario. Las consecuencias en ambos casos pueden ser muy distintas, como es obvio, y sólo parece posible indicar ahora que el legislador ha terminado de desarrollar con cierta claridad sus ideas en materia de ejercicio, directo o indirecto, de actividades empresariales por las fundaciones en el RF, dando expresión a algunos criterios no del todo nítidos contenidos en la Ley de Fundaciones.

(78) Extremos, todos ellos, que se deducen naturalmente del derecho fundamental a la libertad de empresa (art. 38 CE) aplicable, sin género de dudas, a las fundaciones, según hemos indicado *supra* II, 2.

(79) Sea cual sea dicha relación —asunto sobre el que se volverá *infra* V, al analizar más detalladamente el régimen de la fundación con empresa—, la legislación vigente, sobre todo el RF, parece partir de un posición mayoritaria o de control de la fundación en el seno de la sociedad. De no ser así, carecería de sentido que el art. 23, 2º RF hablara expresamente de «realizar cualquier actividad mercantil»; no se puede realizar tal actividad si la fundación no es susceptible de influir de manera decisiva en la formación de la voluntad de la sociedad participada y de dirigir, en suma, su actuación en el mercado. Como hemos tenido ocasión de indicar *supra*, nota 76, el art. 24, 2º LF no es tan nítido en su dicción, si bien el análisis sistemático y teleológico del precepto permite buscar una interpretación que integre lo allí dicho con lo establecido en el RF. Si la intención del legislador en aquella norma hubiera sido meramente la de autorizar la participación de la fundación en sociedades mercantiles en las que los socios no

respondan de las deudas sociales, sin plantearse los temas que venimos considerando, además de innecesaria, la norma resultaría altamente perturbadora respecto de la actuación de las fundaciones en el tráfico jurídico.

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

(81) Si tomamos como reflejo de la experiencia práctica del tema que nos ocupa su presencia en los fallos judiciales, llegamos a la conclusión, de inmediato, de su escaso relieve o, al menos, de su reducida conflictividad; podemos reseñar, en todo caso, la STS de 5 de abril de 2000 (RJ 2000/4015), que reconoce la legitimidad de las actividades empresariales ejercidas por las fundaciones como medio para conseguir su subsistencia a través del ejercicio de actividades económicas adecuadas o al menos no incompatibles con su propio fin fundacional; por tal razón, la mencionada sentencia concluye que dichas actividades empresariales o, más concretamente, los bienes y recursos en que se traducen, son perfectamente embargables. En la misma línea, véase la STS de 9 de julio de 2002 (RJ 2002/7989).

(82) La vertiente tributaria, tan relevante en el régimen jurídico general de las fundaciones, no será considerada aquí, al margen de las posibles alusiones que quepa formular desde la perspectiva concreta del ejercicio de las actividades empresariales por ellos, objeto central de nuestro trabajo. Entre nosotros, el lector interesado sobre el Derecho tributario de las fundaciones puede consultar, recientemente, el volumen editado por MUÑOZ MACHADO, S.; CRUZ AMORÓS, M. y DE LORENZO GARCÍA, R. (dirs.) (2005: 763 y ss.).

(83) Por muchos, véase GONDRA, J.M^a (1998).

(84) Al respecto, GONDRA, J.M^a (1998: 533 y 534).

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

(86) No conviene olvidar que, en nuestro tiempo, se empieza a ver a la fundación como un auténtico operador económico en el mercado, aunque no desarrolle actividades empresariales; al respecto, *supra* II, 1.

(87) Quizá podría haber algo de base para sostener esta última interpretación atendiendo a la regulación de las entidades sin fines lucrativos en la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, que determina su régimen fiscal. Aunque dicha Ley no está concebida de manera específica para las fundaciones (al respecto, no obstante, REAL PÉREZ, A. (2004), no obstante su significativa conexión, conviene atender a lo dispuesto en su art. 3 («requisitos de las entidades sin fines lucrativos») y, dentro de él, a su apartado tercero, que excluye de dicha condición a las entidades que realicen actividades consistentes «en el

desarrollo de explotaciones económicas ajenas a su objeto o finalidad estatutaria». Por lo que a las fundaciones se refiere, este requisito implicará, a nuestro juicio, que la actividad económica (*rectius*, mercantil o empresarial) carezca de toda relación con los fines fundacionales, lo que a priori sucede en el caso de la fundación con empresa. Ahora bien, el propio art. 3, 3º de la Ley 49/2002 continúa diciendo que «se entenderá cumplido este requisito [no desarrollar explotaciones económicas ajenas al objeto o finalidad estatutaria de la entidad sin fines lucrativos] si el importe neto de la cifra de negocios del ejercicio correspondiente al conjunto de las explotaciones económicas no exentas ajenas a su objeto o finalidad estatutaria no excede del 40 por 100 de los ingresos totales de la entidad, siempre que el desarrollo de estas explotaciones económicas no exentas no vulnere las normas reguladoras de defensa de la competencia en relación con empresas que realicen la misma actividad». Traduciendo esta formulación legal al tema que nos ocupa, alguien podría sostener que si la actividad mercantil desarrollada directamente por una fundación no vulnera las normas de defensa de la competencia, y no alcanza el porcentaje señalado en el art. 3, 3º de la Ley 49/2002, nada impediría su calificación de entidad no lucrativa desde el punto de vista fiscal, y su reconocimiento como fundación-empresa desde el punto de vista jurídico-privado, no obstante carecer la actividad mercantil desarrollada de toda relación con sus fines específicos, a la vista, sobre todo, de la recepción por el art. 23, 2º RF de lo dispuesto en el art. 3, 3º de la Ley 49/2002 a propósito de los caracteres de la actividad mercantil o económica desarrollada por la fundación. En realidad esta interpretación resulta correcta hasta el momento en que se califica a la fundación como entidad sin fin lucrativo; el paso siguiente, sin embargo, no tiene un fundamento seguro, entre otras cosas porque la finalidad de la norma que estudiamos reside exclusivamente en la determinación de los caracteres que convierten a un sujeto de Derecho de muy diversa configuración jurídica —y, por ello mismo, no sólo fundación— en entidad sin fin lucrativo. Conseguido este resultado, deducciones ulteriores en torno a la naturaleza y los caracteres de la fundación-empresa parecen fuera de lugar, sin perjuicio de las puntuales conexiones que pueda haber entre la norma fiscal y la norma jurídico-privada, como ya hemos podido apreciar en el art. 23, 2º RF, a la hora de perfilar los caracteres de la actividad mercantil que puede ejercer lícitamente una fundación-empresa. Se ponen aquí de manifiesto, una vez más, los problemas de conexión entre Derecho fiscal y Derecho mercantil, objeto de detenida atención por nuestra mejor doctrina; por todos, URÍA, R. (1946).

(88) La interpretación del Derecho español vigente que acabamos de proponer, conforme a la cual sólo sería válida, dentro de ciertos márgenes, la fundación-empresa funcional, resulta más restrictiva que la formulada en su día (cfr. EMBID IRUJO, 2005a: 402-403) a propósito exclusivamente de la disciplina contenida en la LF. En aquel caso, proponíamos, si bien *de lege ferenda*, la posibilidad de admitir la fundación-empresa dotacional, no obstante la clara inclinación de dicha ley por la fundación-empresa funcional. En la actualidad, sin embargo, entendemos conveniente reiterar lo expuesto en el presente trabajo, a la vista, en concreto, de lo dispuesto en el RF, cuyo régimen en el tema que nos ocupa reitera sin duda alguna la necesaria conexión entre los fines de la fundación y la actividad de empresa, si bien de una manera no rígida. Desde luego, siempre resultará posible criticar este punto de vista y entender, también *de lege ferenda*, la conveniencia de admitir entre nosotros la figura de la fundación-empresa puramente dotacional. Con todo, la regulación que el RF contiene respecto de la fundación con empresa quizá haga innecesario este planteamiento, encontrándose en este último supuesto la libertad necesaria para hacer posible la desconexión, cuando menos formal, entre fines fundacionales y actividad de empresa. En una línea crítica con el planteamiento de la LF, por considerarlo en este punto demasiado restrictivo, véase PÉREZ ESCOLAR, M. (2005).

(89) Antes de la promulgación del RF, hubiera sido posible discutir si la aplicación del Derecho mercantil contable sólo resultaba pertinente para la fundación-empresa y no para la fundación con empresa. El argumento se hubiera podido deducir del hecho de que

el art. 25, 9º LF ordenaba tal remisión normativa cuando la fundación realizase directamente actividades económicas; como se ha recordado en su momento (véase *supra*, nota 72), el art. 24, 1º LF distingue entre «desarrollar» actividades económicas, supuesto de la fundación-empresa, e «intervenir» en cualesquiera actividades económicas, supuesto de la fundación con empresa, queriendo, quizá, sugerir, que en este último caso no cabe, propiamente, titularidad de la actividad empresarial en sentido estricto, si bien indirecto, por parte de la fundación. El art. 23 RF habla, en los dos supuestos, de «realizar» actividades mercantiles, con lo que la aplicación del Derecho mercantil contable procede en todo caso, quedando sin objeto, a nuestro juicio, la posible discusión.

(90) Parece lógico pensar que la consolidación contable será pertinente, sobre todo, en supuestos de fundación con empresa, y sobre todo cuando, en dicho ámbito, la fundación se constituya en entidad directora de un auténtico grupo de empresas o sociedades. Sin embargo, con ser lo anterior correcto, no resulta extravagante la hipótesis de que una fundación-empresa, en sentido estricto, venga obligada a consolidar cuentas por ser cabecera de un grupo, sin perjuicio de que ella misma realice directamente actividades mercantiles. No ha de pensarse, por tanto, que la fundación-empresa deba contentarse con ser titular directo de una actividad mercantil quedándole vedada, más de hecho que de derecho, la participación en sociedades u otras personas jurídicas. Al respecto, véase *supra*, nota 54.

(91) Tanto para ella como para la fundación con empresa no parece irrelevante la relajación de las funciones del Protectorado que se observa en el Derecho vigente en punto a la reducción del número de autorizaciones que éste ha de emitir en presencia de actos de enajenación y gravamen relativos al Patronato de la fundación. Así sucede, por ejemplo, con los actos de gravamen relativos a establecimientos mercantiles o industriales (art. 21, 3º LF y art. 17, 2, b, 3ª RF). No acontece lo mismo, sin embargo, en lo que atañe a la enajenación de los bienes y derechos que formen parte de la dotación o estén vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales, que requerirá autorización del Protectorado, sólo susceptible de concesión si existe justa causa debidamente acreditada (art. 21, 1º LF y art. 17, 1º RF). En aquellos casos de fundación-empresa en los que la actividad mercantil esté estrechamente conectada a los fines fundacionales, no resultará demasiado cómodo su ejercicio como consecuencia de esta facultad de intervención del Protectorado; en todos los demás casos, que sin duda serán mayoría, bastará con la mera comunicación al Protectorado.

(92) En realidad, la fundación-empresa (del mismo modo, a nuestro juicio, que la fundación con empresa) no viene configurada en el Derecho español como un tipo jurídico singular dentro del régimen de las fundaciones. Se trata, en sentido estricto, de una fundación que, a la vez, es titular directo de una empresa, y que, por ello mismo, ejerce de modo inmediato una actividad mercantil. El hecho de que el legislador, tanto en la LF como en el RF, incluya su tratamiento en los capítulos respectivos dedicados a la actividad de la fundación, al lado de otras cuestiones aplicables a todas las fundaciones con independencia de que sean titulares de una actividad de empresa, permite confirmar lo que antecede. De este modo, la fundación-empresa y, en general, el ejercicio de actividades mercantiles por las fundaciones, se conciben en nuestro Derecho, sobre todo, como aspectos de la vertiente externa de dichas personas jurídicas, sin influjo aparente en su ordenación interna, a salvo, claro está, de las necesarias referencias en los casos pertinentes. No es seguro, sin embargo, que este planteamiento sea enteramente correcto; parece, más bien, que es el resultado de una primera y limitada aproximación al tema que nos ocupa, necesitada de un mayor detalle conforme los diversos supuestos institucionales de fundación con actividad mercantil alcancen un mayor desarrollo práctico.

(93) Por muchos, SCHÜTER, A. (2004: 354).

(94) Así, por ejemplo, el art. 29, 1º LF faculta al Patronato de la fundación para modificar los Estatutos de ésta siempre que resulte conveniente en interés de la misma, salvo que el fundador lo haya prohibi-

do; al respecto, CAFFARENA, J. (2005). También sobre dicha materia, si bien conectada al cambio de los fines fundacionales, FERRER I RIBA, J. (1998: 167 y ss.).

(95) En general, VALERO AGÚNDEZ, U. (1969: 433 y ss.).

(96) Con detalle, CAFFARENA, J. (2005a).

(97) En este sentido, VALERO AGÚNDEZ, U. (1969: 354).

(98) Al respecto, véanse las consideraciones de VALERO AGÚNDEZ, U. (1969: 354-355 y 377, entre otras muchas).

(99) Sobre estas cuestiones, con más detalles, EMBID IRUJO, J.M. (2005b). La configuración misma del Patronato es susceptible de reflejar con amplitud los particulares criterios del fundador; así se deduce del art. 15 LF y el RF, que ofrece una suerte de regulación-modelo al efecto, concebida con un mero carácter supletorio, a falta de específica regulación estatutaria; así se deduce de su art. 8, cuando advierte, a propósito de este tema, que «las disposiciones recogidas en este capítulo se aplicarán en defecto de la regulación contenida en los estatutos, de acuerdo con la ley». Sobre el Patronato, sigue siendo de interés, aun refiriéndose a la Ley 30/1994, el libro de SALELLES CLIMENT, J.R. y VERDERA SERVER, R. (1997).

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

(101) Las funciones propias y, por ello mismo, indelegables del Patronato son la aprobación de las cuentas y del plan de actuación, la modificación de los Estatutos, la fusión y la liquidación de la fundación, así como aquellos actos que requieran la autorización del Protectorado (art. 16, 1º LF y art. 15, 2º RF). En todo caso, la creación, modificación y supresión de estos órganos distintos del Patronato, así como el nombramiento y cese de sus miembros se inscribirán en el Registro de Fundaciones de competencia estatal (art. 15, 3º RF, que resulta mucho más preciso que el art. 16, 4º LF).

(102) En este sentido, VALERO AGÚNDEZ, U. (1969: 355).

(103) Véase *supra* IV, B.

(104) Ya con anterioridad al moderno Derecho español de fundaciones, VALERO AGÚNDEZ, U. (1969: 380); en el marco de la LF, EMBID IRUJO, J. M. (2005b: 236 y ss.).

(105) Cfr. KRONKE, H. (1988: 113 y ss.).

(106) Sobre el mismo, por muchos, KÜBLER, F. (2001: 310-330). Entre nosotros, y repasando la evolución histórica del régimen orgánico en la sociedad por acciones del Derecho alemán, ESTEBAN VELASCO, G. (1982).

(107) Y, por tanto, también respecto de las sociedades europeas que se constituyan en España, de acuerdo con dicho Reglamento y con la normativa nacional sobre sociedad anónima, modificada, en este punto, por la Ley 19/2005, de 14 de noviembre; al respecto, últimamente, BOQUERA MATARREDONA, J. (dir.) (2006); de manera específica sobre el Reglamento europeo, ESTEBAN VELASCO, G. (2003).

(108) Véanse las referencias, si bien algo antiguas, contenidas en VALERO AGÚNDEZ, U. (1969: 358 y ss.).

(109) El tratamiento, por mínimo que fuera, de la temática del gobierno corporativo desborda obviamente el alcance de este trabajo. De la muy amplia bibliografía puede verse, entre nosotros, ESTEBAN VELASCO, G. (dir.) (1999), desde una perspectiva jurídica; con planteamiento interdisciplinar, HOMMELHOFF, P.; HOPT, K. y V. WERDER, A. (eds.) (2003); con orientación igualmente amplia, véase también FARRAR, J. (2005). Aun siendo este debate habitual respecto de las sociedades cotiza-

das, alcanza también a otras formas de empresario, incluida la fundación-empresa. Así sucede en España respecto de las Cajas de Ahorros; véase, últimamente, ROS PÉREZ, F. (2005). En los últimos tiempos se extiende la reflexión a las entidades no lucrativas en general; al respecto, recientemente, HOPT, K. (2005). Con todo, una idea de dicha temática que podría resultar interesante para nuestro campo de estudio sería la de los administradores independientes; es decir, la utilización de dicha figura en el contexto de las fundaciones titulares de actividades de empresa como instrumento idóneo para promover un «buen gobierno», facilitando la transparencia de su gestión.

(110) Y no sólo de ellos; también la fundación-empresa es un campo especialmente idóneo para hacer posible la participación de otros grupos de interés (*stakeholders*) en los órganos que, al efecto, se puedan establecer, bien en el órgano de vigilancia, bien en otro de distinta naturaleza y funciones.

(111) Resulta significativo que el muy reciente «Código unificado de buen gobierno», aprobado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores con fecha 19 de mayo de 2006, y referido, obviamente, a las sociedades cotizadas, contenga entre sus recomendaciones «que el Consejo desempeñe sus funciones con unidad de propósito e independencia de criterio, dispense el mismo trato a todos los accionistas y se guíe por el interés de la compañía, entendido como hacer máximo, de forma sostenida, el valor económico de la empresa», aludiendo seguidamente a la relación con los grupos de interés (*stakeholders*).

(112) Haciendo posible, a su vez, el mantenimiento de la integridad de la empresa, lo que resulta especialmente significativo en las empresas familiares, sobre todo después de la muerte del fundador (de la empresa y de la fundación). Véanse, a este respecto, las referencias a la fundación «Amancio Ortega Gaona» en GARCÍA RUBIO, M. P. y TRIGO GRACIA, B. (2004: 255 y ss.).

(113) Lo que puede plantear dificultades añadidas desde el punto de vista de la realización de los fines fundacionales; al respecto, VALE-RO AGÜNDEZ, U. (1969: 117).

(114) En su caso, dichas inversiones habrán de tener en cuenta el «Código de conducta de las entidades sin ánimo de lucro para la realización de inversiones temporales», aprobado por acuerdo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 20 de noviembre de 2003; al respecto, señalando la conexión de estas inversiones con la diligencia de los patronos de la fundación, LLÁCER MATAÇAS, M. R. (2004: 275-276). Téngase en cuenta, en todo caso, lo dispuesto en el art. 25 RF.

(115) No parece que esté demasiado lejos de estas ideas y, por ello mismo, de la figura de la fundación con empresa la estructura empresarial resultante de la conversión de la mutua de seguros MAPFRE en sociedad cotizada en Bolsa, atribuyendo la mayoría del capital de esta última a una Fundación que velará por mantener la finalidad social característica de la mutua; véase, al respecto, *El País*, 31 de mayo de 2006: 69, y 1 de junio de 2006: 12, con indicaciones no del todo aceptadas sobre la utilidad de este esquema organizativo para las Cajas de Ahorros.

(116) A diferencia de lo que sucedía en el art. 22, 1º de la Ley 30/1994, en el que se decía literalmente que «las fundaciones no podrán tener participación alguna en sociedades mercantiles en las que deban responder personalmente de las deudas sociales». Obsérvese que, a diferencia de la normativa vigente, que habla sólo de «sociedades», la norma derogada, sin un planteamiento de fondo demasiado claro, restringía el supuesto de hecho a sociedades mercantiles en las que los socios respondieran personalmente por las deudas sociales.

(117) Que la fundación llegue a ser socia de una sociedad en la que responda por las deudas sociales sucede, tanto en LF como en RF, porque aquélla haya recibido «por cualquier título, bien como parte de la dotación inicial, bien en un momento posterior» una participación en la mencionada sociedad. Hay aquí una diferencia importante con la Ley 30/1994, cuyo art. 22, 2º limitaba el supuesto en estudio a

que la participación (que había de ser mayoritaria) «formara parte de la dotación» (sobre el significado de la dotación en la LF, véase CAFFARENA, J., 2005b). En la actualidad, por tanto, las posibilidades de que se pueda convertir la fundación en socio de una sociedad en la que se responda por las deudas sociales son múltiples, incluso la adquisición, originaria o derivativa, por ella misma de la participación. No creemos que quepa dar otra interpretación a la frase «si la fundación recibiera por cualquier título», aunque desde una perspectiva literal quizá cupiera entender que el verbo «recibir» puede referirse a un supuesto de conversión en socio de carácter no contractual.

(118) No se plantea en la normativa vigente, a diferencia de la ley 30/1994, la posibilidad de que la fundación sea socio mayoritario de una sociedad en la que asuma responsabilidad personal por las deudas sociales. En tal caso, la normativa derogada obligaba a la fundación a promover la transformación de la sociedad en un tipo societario en el que «quede limitada la responsabilidad». Aun con dicción tan inexacta como la actual, resultaba claro el propósito legislativo, sin que se indicara cuál debía ser la actitud de la fundación que no fuera socio mayoritario de dicha sociedad; cabía concluir, no obstante, que si bien no se le imponía, como en el Derecho vigente, la obligación de enajenar su participación, tal consecuencia podía considerarse inevitable por el carácter prohibido de la misma, con arreglo al art. 22, 1º de la Ley 30/1994. La situación resulta más compleja en la actualidad, ya que la fundación, con participación mayoritaria o sin ella, no viene obligada a promover la transformación, ya que tanto LF como RF hablan de que «se produzca» dicha modificación estructural de la sociedad en el plazo de un año desde que la fundación llegue a ser socio de la misma. Parece lógico pensar, no obstante, que el Patronato, de acuerdo con el *standard* de diligencia impuesto a sus miembros (el art. 17, 1º LF dice que «los patronos deberán desempeñar su cargo con la diligencia de un representante leal»), habrá de poner todos los medios para contribuir al resultado (enajenación de la participación o transformación de la sociedad) indicado por el legislador en la normativa vigente. Sin embargo, la enajenación puede resultar del todo inconveniente por razones económicas fundadas, y la transformación, por su parte, devenir imposible por ser la fundación un socio minoritario con escaso poder de decisión en la sociedad. A nuestro juicio, podrá el Patronato exponer las razones que considere oportunas a la hora de presentar las alegaciones que, en contestación al requerimiento del Protectorado, contempla el art. 24, 4º RF. Del mismo modo, el Patronato deberá explicar cuál ha sido el criterio empleado respecto del ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones que, como socio, hayan podido corresponder a la fundación. Nada se dice al respecto en el vigente Derecho de fundaciones, y ha de entenderse, por tanto, que tales derechos no quedan suspendidos, sino que mantendrán su vigencia en los términos que la Ley o los estatutos de la sociedad puedan establecer.

(119) Con todo, «el protectorado, si concurren las circunstancias previstas en la ley, podrá entablar la acción de responsabilidad contra los patronos o solicitar de la autoridad pública su cese» (art. 24, 4º *in fine*, RF). No se trata, por lo indicado, de una consecuencia inevitable, pues parece lógico atender, en primera instancia, a lo que el Patronato pueda indicar en las alegaciones que, con arreglo al RF, llegue a exponer tras el plazo concedido al efecto por el Protectorado.

(120) Los detalles de dicha comunicación, tradicional entre nosotros, pues ya aparecía en el art. 22, 3º de la Ley 30/1994, aparecen contemplados en el art. 24, 1º RF. A su tenor, y de conformidad con la LF, la comunicación al Protectorado se realizará en cuanto se produzca la adquisición de la participación mayoritaria, «sin que pueda superarse en ningún caso el plazo máximo de 30 días, y se acompañará de una copia del título que justifique la adquisición de la participación mayoritaria».

(121) A salvo de que se trate de «participaciones minoritarias que, acumuladas a adquisiciones anteriores, den lugar a la participación mayoritaria de la fundación en la sociedad mercantil», en cuyo caso se aplicará el régimen de comunicación al Protectorado característico de la adquisición de participaciones mayoritarias (art. 24, 1º *in fine* RF).

(122) Obsérvese que en el art. 24, 1º RF sólo se habla de la adquisición originaria o derivativa por la fundación «de participaciones mayoritarias en sociedades mercantiles en las que no se responda personalmente de las deudas sociales». No se alude expresamente, a diferencia de lo dispuesto en la LF, a la adquisición sin más, cualquiera sea el porcentaje de valores objeto de negociación. Quizá este extremo, que no plantea problema alguno de coherencia normativa ni de interpretación, sirva para poner de relieve, si se quiere de modo elíptico, que el objetivo fundamental de la política legislativa en torno a la fundación con empresa es hacer posible la conversión de la fundación en entidad dominante de un grupo de sociedades.

(123) Contrasta notoriamente esta redacción con lo dispuesto en el art. 22, 3º de la Ley 30/1994. En dicho precepto se decía que «las fundaciones podrán participar mayoritariamente en sociedades no personalistas», dando cuenta inmediata, en tal caso, al Protectorado. Esta expresión («sociedades no personalistas») es, quizá, menos afortunada que la vigente, pues permite comprender en su literalidad a tipos societarios, como las sociedades comanditarias por acciones, de carácter estrictamente capitalista que, no obstante, mantienen la responsabilidad de algunos de sus socios por las deudas sociales. A pesar de ello, tal supuesto no hubiera sido posible por oponerse derechamente a lo que establecía el art. 22, 1º de la mencionada ley.

(124) Otra cosa sería imaginar el régimen jurídico de una participación mayoritaria de la fundación en una sociedad cooperativa. En realidad, el supuesto resulta de difícil realización, tanto en lo que se refiere a la cooperativa de primer grado, donde rige el principio de «un hombre, un voto», como a la cooperativa de segundo grado, aunque en esta modalidad, no siempre abierta a la participación de entidades no cooperativas, como la fundación, la asignación del derecho de voto no responde a criterios estrictamente cooperativos; véanse, al respecto, las referencias a nuestro Derecho positivo en la materia contenidas en ALFONSO SÁNCHEZ, R. (2000: 352-356).

(125) Al respecto, EMBID IRUJO, J.M. (2001).

(126) Por muchos, véase el análisis de los arts. 90-92 LSA que lleva a cabo FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, A. (2001). En la sociedad de responsabilidad limitada, se discutió desde la promulgación de su ley reguladora la posibilidad de que se pudieran emitir participaciones sin derecho de voto, siendo mayoritario el criterio positivo, hasta que, finalmente, con la introducción en 2003 del art. 42 bis LSRL, zanjó el legislador la polémica; al respecto, véase MIRANDA SERRANO, L. y PAGADOR LÓPEZ, J. (2002).

(127) Al respecto, ECHEBARRÍA SÁENZ, J. (1998).

(128) De la amplia literatura existente al efecto, véase RECALDE, A. (1996).

(129) Sin necesidad de extendernos en la cita de la amplia bibliografía existente —sirva, por todos, la mención de los numerosos trabajos dedicados a la cuestión por SÁNCHEZ ANDRÉS, A.; entre otros SÁNCHEZ ANDRÉS, A.; MENÉNDEZ, A. y BELTRÁN, E. (1994)—, bastará con mencionar la expresa acogida de la opinión expresada en el texto entre las recomendaciones del reciente «Código unificado de buen gobierno». En este sentido se dice literalmente que se recomienda «que los Estatutos de las sociedades cotizadas no limiten el número máximo de votos que pueda emitir un mismo accionista, ni contengan otras restricciones que dificulten la toma de control de la sociedad mediante la adquisición de sus acciones en el mercado». Con ser importante esta recomendación, entendemos, no obstante, que sería conveniente, si así se considera oportuno, una norma legal vigente, por cuanto el mantenimiento incólume del art. 105, 2º LSA puede inducir a más de una confusión; no puede sorprender del todo, por lo expuesto, que importantes sociedades cotizadas mantengan en sus estatutos cláusulas limitativas del número máximo de votos que pueden emitir un mismo accionista o sociedades pertenecientes al mismo grupo (véanse, al respecto, las referencias contenidas en *El País Negocios*, de 30 de julio de 2006: «las cotizadas cuidan poco al minoritario»). Recientemente, se ha venido a reforzar la posibilidad de desli-

gar el capital del voto al ponerse en cuestión la exactitud de la regla «una acción, un voto»; véase FERRARINI, G. (2006).

(130) Mediante la existencia de relaciones externas con la sociedad, instrumentadas, por ejemplo, por contratos que conduzcan a una situación fáctica de mera dependencia económica. Del mismo modo, puede ser traído a colación el supuesto de identidad personal entre el Patronato de la fundación y el órgano administrativo de la sociedad (*interlocking directorates*). Por sí solos, o unidos con una participación en el capital, ambos instrumentos pueden contribuir decisivamente a la consolidación de una posición de poder firme de la fundación en el seno de la sociedad. El tema se inscribe, como no podía ser menos, en el marco de las técnicas que permiten obtener el control de una sociedad; al respecto, sintéticamente, EMBID IRUJO, J.M. (1987: 64 y ss.); en general, sobre la situación de dominio, ANTUNES, J.A. (2002).

(131) De «influencia dominante», utilizando una expresión extendida en el Derecho comparado, habla el art. 87 LSA.

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

(133) La definición doctrinal del grupo (y, en algunos países como Alemania, también legal) de acuerdo con la que el grupo requiere —además de la existencia de una relación de control o dominio, el ejercicio de una dirección económica unificada— ha pasado, finalmente, al Derecho positivo español. En este sentido, cabe citar, por su valor global, lo dispuesto por el art. 42, 1º C. de C.; «existe un grupo cuando varias sociedades constituyan una unidad de decisión», con lo que, a nuestro juicio, se zanja definitivamente la controversia existente en un sector de la doctrina española en torno al concepto básico del grupo en el Derecho español.

(134) El grupo de sociedades es una figura de interés no sólo para el Derecho mercantil, sino para todos aquellos sectores del ordenamiento jurídico en los que la empresa tiene un papel relevante (Derecho del trabajo, Derecho tributario, etc.). Es cierto, no obstante, que es dentro del Derecho mercantil, y más particularmente en el seno del Derecho de sociedades, donde cabe situar la *sedes naturae* para su regulación fundamental.; al respecto, GIRGADO, P. (2001).

(135) Que el grupo de sociedades es, entre nosotros, una estructura empresarial legítima constituye, desde hace algún tiempo, una afirmación habitual en la doctrina española, sobre la base de las continuas referencias a la figura existentes en nuestro ordenamiento; en este sentido, véanse, entre otros, los trabajos de GIRGADO, P. (2001), EMBID IRUJO, J.M. (2003b), ARRIBA FERNÁNDEZ, Mª L. (2004).

(136) Que se ha intentado corregir para los aspectos de Derecho de sociedades en la propuesta de Código de Sociedades Mercantiles, si bien, por desgracia, sin éxito. Sobre dicho régimen, ARRIBA FERNÁNDEZ, Mª L. (2004), y EMBID IRUJO, J.M., «La regulación de los grupos en la propuesta de Código de Sociedades Mercantiles», de próxima publicación en el libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde.

(137) Se trata de una circunstancia que ya contemplaba la Ley 30/1994, y que desarrolló posteriormente el RD 776/1998, de 30 de abril. Al respecto, EMBID IRUJO, J.M. (2004b: 10). En la actualidad, hay que mencionar los arts. 25, 9º LF y 29 RF.

(138) Aludimos reiteradamente a que la fundación «encabeza» o «dirige» el grupo de sociedades por cuanto no parece posible que una fundación ocupe una posición subordinada dentro de una estructura de grupo. Al ser la fundación, como sabemos, una persona jurídica de base patrimonial, y no asociativa, que, a la vez, ha de perseguir un fin de interés general, sería altamente difícil que pudiera cumplir con este objetivo estando integrada, como entidad dependiente, en un grupo y, al mismo tiempo, sometida al interés del grupo, de inevitable observancia para todos sus componentes. Más detalles al res-

pecto, en EMBID IRUJO, J.M. (2003b: 189 y ss.). Con todo, quizá pudiera hablarse de una dependencia «genética», no funcional, de la fundación respecto del fundador, también susceptible de manifestación en las fundaciones del sector público; si bien, en este último caso, parece difícil referirla al ejercicio de actividades empresariales por la persona jurídica fundacional.

(139) Se trata de cuestiones suficientemente conocidas en el ámbito de la doctrina especializada en el estudio de los grupos, por lo que basta con remitir al lector, para su mejor conocimiento, a la bibliografía citada en notas anteriores, en particular a la consignada en la nota 135.

(140) Véase, por todos, EMMERICH, V. y HABERSACK, M. (2005: 483-484), quienes, en términos generales, se muestran poco favorables al ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones.

(141) Sobre estos temas, hoy ya habituales en el debate sobre el régimen jurídico de los grupos, EMBID IRUJO, J.M. (2003b: 54 y ss.).

(142) Véase *supra* I.

(143) Como ha sucedido, esencialmente, en Italia; en general, sobre el proceso de transformación experimentado por las Cajas de Ahorros en diversos países europeos, ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, R. (2002). En general, sobre este asunto enmarcado en la evolución de las Cajas en España, sigue teniendo gran interés el trabajo de SÁNCHEZ CALERO, F. (1991).

(144) De ello ha sido consciente el legislador español, de manera un tanto oblicua, al establecer la necesaria inscripción de las Cajas en el Registro Mercantil, fijando al efecto un sumario régimen jurídico (arts. 270-276 RRM) no necesariamente vinculado a su carácter de entidad de crédito y que, en todo caso, sirve para confirmar su condición de empresario.

(145) Lo que no ha impedido que se les apliquen los preceptos integrantes de la normativa registral de la sociedad anónima como Derecho supletorio, de acuerdo con lo que establece el art. 276 RRM, «en la medida en que resulten compatibles».

(146) Así, entre otros muchos, MARTÍN-RETORTILLO, S. (1995: 865), GONZÁLEZ MORENO, J.M. (1991: 600-603), ARAGÓN REYES, M.; GARCÍA VILLAVERDE, R. y SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (1991: 143-145).

(147) Véase, al respecto, TOMÁS y VALIENTE, F., «Estudio preliminar», en AA.VV., *Comentarios a la ley de fundaciones y de incentivos fiscales*, Madrid, Escuela Libre Editorial (1995: XXII-XXIII), que habla del «temor reverencial» al Código Civil y a la regulación en él contenida sobre fundaciones como elementos explicativos de la falta de un auténtico régimen jurídico de la figura entre nosotros hasta fecha muy reciente.

(148) Véanse las sintéticas, pero muy claras, referencias de MARTÍN-RETORTILLO, S. (1995: 863).

(149) Una completa aproximación a la evolución de las Cajas de Ahorros, en CASARES MARCOS, A. (2000).

(150) Al respecto, GARCÍA VILLAVERDE, R. (1991).

(151) Cabe reiterar la idea, expuesta *supra* (nota 109), de que la figura de los administradores independientes podría resultar especialmente idónea para una figura, como las Cajas de Ahorros, de naturaleza fundacional, contribuyendo a mejorar su gestión y hacerla a la vez más transparente, de acuerdo con los postulados del *corporate governance*, tan relevante en ellas.

(152) En ocasiones, la posible remisión al Derecho de fundaciones, sin duda pertinente, podrá resultar insuficiente, dadas las limitaciones con las que se contemplan algunas de sus instituciones. Es el caso, por ejemplo, de la fusión, que conducirá, por la vía de la supletoriedad contemplada en el art. 276 RRM a la aplicación de normas sobre fusiones de sociedades anónimas a las fusiones propias de las Cajas de Ahorros. Al respecto, entre otros, ROS PÉREZ, F. (1996: 271 y ss.), así como CAÑABATE POZO, R. (2006).

(153) Véase lo indicado *supra*, nota 7, y además EMBID IRUJO, J.M. (1995: 32-34), afirmando la aplicación de la legislación de fundaciones a las Cajas de Ahorros, y ROS PÉREZ, F. (1996: 177), que prefiere una respuesta negativa; ambos trabajos se refieren obviamente a la Ley 30/1994.

(154) Véase *supra* I.

(155) Véase *supra* IV, 2. C) b).

(156) Véase *supra* III, IV y V.

(157) Véase *supra*, notas 51 y 53.

(158) Véase *supra* V, 2. A).

(159) Véase *supra* V, 2. C).

(160) Sobre lo que sigue, véase *supra* II, 2.

(161) Por tal razón, una cooperativa, al igual que una fundación, no puede ocupar el lugar de una entidad dominada en un grupo por subordinación; un grupo de cooperativas ha de ser necesariamente paritario, lo que no impide, sin embargo, que la cooperativa pueda controlar o dominar a otras entidades no cooperativas (como, por ejemplo, una sociedad anónima), siempre claro está, atendiendo a los requerimientos que imponga su respectiva naturaleza jurídica.

(162) Véase *supra* V, 2. B) b).

(163) Para dar una imagen completa del problema, habrá que esperar a la transposición que vaya a hacerse entre nosotros de la directiva 2004/25/CE, del Parlamento y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a las ofertas públicas de adquisición, que deja a los estados un amplio margen de libertad a la hora de contemplar o no en sus ordenamientos jurídicos la existencia de medidas defensivas frente al lanzamiento de tales ofertas. Si en el terreno de los principios pareciera que la directiva podía llegar a ser poco complaciente con tales medidas, a la hora de la verdad el margen de maniobra de los estados es muy amplio, por lo que resultan posibles muy diversos escenarios; al respecto, véase GARRIDO, J.M. (2006: 80 y ss.).

(164) De entre la ya amplia bibliografía, véase CASARES MARCOS, A. (2005: 64 y ss.), con referencia a ejemplos de otros países, como Italia.

(165) No puede sorprender, por ello, que desde instancias relevantes en la economía mundial, como el Fondo Monetario Internacional, en su último informe sobre la economía española (véase *El País*, 23 de marzo de 2006: 70), se recomiende reducir la presencia del sector público en los órganos de gobierno de las Cajas de Ahorros, al tiempo que se sugiere promover la emisión de cuotas participativas y eliminar las trabas a las fusiones entre Cajas.

(166) Una decidida expansión en el exterior parece requerir la unión de las Cajas de Ahorros, según opinión de Juan Ramón Quintás, presidente de la Confederación Española de Cajas de Ahorros (véase *El País*, miércoles 7 de junio de 2006: 82).

(167) Véase, entre nosotros, FUERTES, M. (2003), con la bibliografía allí citada.

(168) Véase la completa y rigurosa exposición de EIDENMÜLLER, H. (2005).

(169) Algo parecido podría decirse, salvando las distancias y el menor relieve en el mercado, de las cooperativas de crédito.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV. (2005), *Estudios sobre la Ley concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid, Marcial Pons.

— (2006), *Derecho de las sociedades anónimas cotizadas*, 2 volúmenes, Navarra, Thomson-Aranzadi.

- ALFONSO SÁNCHEZ, R. (2000), *La integración cooperativa y sus técnicas de realización: la cooperativa de segundo grado*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- ALFONSO SÁNCHEZ, R., en ALONSO ESPINOSA, F. (dir.) (2005), *Curso fundamental de Derecho Mercantil, II (Derecho de sociedades)*, Murcia, Fundación San Antonio: 531 y siguientes.
- ANTUNES, J.A. (2002), *Os grupos de sociedades. Estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina: 451 y siguientes.
- ARAGÓN REYES, M.; GARCÍA VILLAVARDE, R., y SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (1991), *El régimen jurídico de las Cajas de Ahorros*, Madrid.
- ARRIBA FERNÁNDEZ, Mª L. (2004), *Derecho de grupos de sociedades*, Madrid, Thomson-Civitas.
- ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (2004), *Asociaciones y fundaciones. XI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Murcia, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia.
- BELUCHE RINCÓN, I. (2006), «Asociación y actividad económica», *RdS*, 26: 389 y siguientes.
- BERCOVITZ, A. (2006), *Apuntes de Derecho Mercantil*, 7.ª ed., Navarra, Thomson-Aranzadi.
- BOQUERA MATARREDONA, J. (dir.) (2006), *La sociedad anónima europea domiciliada en España*, Navarra, Aranzadi.
- CABRA DE LUNA, M.A. (1995), «Artículo 22», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de fundaciones y de incentivos fiscales*, I, Madrid, Escuela Libre Editorial: 182 y siguientes.
- (1998), *El tercer sector y las fundaciones de España. Hacia el nuevo milenio (enfoque económico, sociológico y jurídico)*, Madrid, Escuela Libre Editorial.
- CAFFARENA, J. (1992), *El régimen jurídico de las fundaciones: estudio para su reforma*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales.
- (2005), «La modificación de los estatutos de la fundación», en MUÑOZ MACHADO, S.; CRUZ AMORÓS, M., y DE LORENZO GARCÍA, R. (eds.), 2005: 413 y siguientes.
- (2005a), «La fusión de las fundaciones», en MUÑOZ MACHADO, S.; CRUZ AMORÓS, M., y DE LORENZO GARCÍA, R. (eds.), 2005: 437 y siguientes.
- (2005b), «La dotación», en MUÑOZ MACHADO, S.; CRUZ AMORÓS, M., y DE LORENZO GARCÍA, R. (eds.), 2005: 199 y siguientes.
- CAÑABATE POZO, R. (2006), *El régimen jurídico de la fusión de Cajas de Ahorros*, Madrid, Marcial Pons.
- CAPITANT, D. (2001), «Stiftungen im französischen Recht», en HOPT, K., y REUTER, D. (eds.), 2001: 343 y siguientes.
- CARRANCHO HERRERO, M.T. (1991), «El problema del ejercicio de actividades económicas por las fundaciones», *RDP*: 107 y siguientes.
- CASARES MARCOS, A. (2000), *La historia de las Cajas de Ahorros: origen y evolución histórica*, León, Universidad de León, 2000.
- (2003), *Cajas de Ahorros: naturaleza jurídica e intervención pública*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- (2005), «La naturaleza fundacional de las Cajas de Ahorros y la emisión de cuotas participativas», *RAP*, 166: 51 y siguientes.
- CIDONCHA, A. (2006), *La libertad de empresa*, Madrid, Thomson-Civitas.
- CONLEY, J., y WILLIAMS, C. (2005), «Engage, embed and embellish: Theory versus Practice in the Corporate Social Responsibility Movement», *The Journal of Corporation Law*, 31: 1 y siguientes.
- DE GIORGI, M.V. (2001), «Stiftungen im Italienischen Recht», en HOPT, K., y REUTER, D. (eds.), 2001: 381 y siguientes.
- DE PRADA GONZÁLEZ, J.Mª (2002), «Actividades mercantiles de las fundaciones», en AA.VV., *Derecho de sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, I, Madrid, McGraw-Hill: 53 y siguientes.
- DORALT, P., y KALSS, S. (2001), «Stiftungen im Österreichischen Recht», en HOPT, K., y REUTER, D. (eds.), 2001: 419 y siguientes.
- ECHEBARRÍA SÁENZ, J. (1998), «Participaciones con voto privilegiado y principio de mayoría en la SRL», en *Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al Profesor Justino Duque Domínguez*, I, Valladolid, Universidad de Valladolid: 193 y siguientes.
- EIDENMÜLLER, H. (2005), *Effizienz als Rechtsprinzip*, 3.ª ed., Tubinga, Mohr Siebeck.
- EMBID IRUJO, J.M. (1987), *Grupos de sociedades y accionistas minoritarios. La tutela de la minoría en situaciones de dependencia societaria y grupo*, Madrid, Ministerio de Justicia.
- (1995), «Notas sobre la naturaleza jurídica de las Cajas de Ahorros», *DL*, 46: 13 y siguientes.
- (2001), «Artículo 87», en ARROYO, I., y EMBID, J.M. (coord.), *Comentarios a la Ley de sociedades anónimas*, I, Madrid, Tecnos: 847 y siguientes.
- (2003a), «Notas sobre el régimen jurídico de las entidades sin ánimo de lucro, su estructura interna y la responsabilidad de sus órganos gestores (especial referencia a las fundaciones)», *RVEH*, 7: 79 y siguientes.
- (2003b), *Introducción al derecho de los grupos de sociedades*, Granada, Comares.
- (2004a), «La responsabilidad social corporativa ante el Derecho mercantil», *CDC* 42: 11 y siguientes.
- (2004b), «Fundaciones y actividades empresariales en el Derecho español», *DN*, 160: 3 y siguientes.
- (2005a), «Funcionamiento y actividad de la fundación» en MUÑOZ MACHADO, S.; CRUZ AMORÓS, M., y DE LORENZO GARCÍA, R. (dirs.), 2005: 361 y siguientes.
- (2005b), «Gobierno de la fundación», en MUÑOZ MACHADO, S.; CRUZ AMORÓS, M., y DE LORENZO GARCÍA, R. (dirs.), 2005: 230 y siguientes.
- (2006), «Derecho, mercado y responsabilidad social corporativa», *Papeles de Economía Española*, 108: 63 y siguientes.
- EMMERICH, V., y HABERSACK (2005), *Konzernrecht*, 8.ª ed., Munich, Beck.
- ESTEBAN VELASCO, G. (1982), *El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho europeo y reforma del Derecho español*, Madrid, Civitas-Fundación Universidad Empresa.
- (2003), «La sociedad europea: un instrumento jurídico al servicio de la reestructuración empresarial», *RVEH*, 8: 213 y siguientes.
- ESTEBAN VELASCO, G. (dir.) (1999), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Madrid, Marcial Pons.
- FARRAR, J. (2005), *Corporate Governance. Theories, Principles and Practice*, 2.ª ed., Oxford, Oxford University Press.
- FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, A. (2001), «Arts. 90-92», en ARROYO, I., y EMBID, J.M. (dirs.), *Comentarios a la Ley de sociedades anónimas*, I, Madrid, Tecnos: 877 y siguientes.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. (2001), «Problemas regulatorios y autorregulación en el Derecho de fundaciones: acotaciones a un modelo de estatutos-tipo», *RdS*, 16.
- FERRARINI, G. (2006), «One share-one vote: A European rule?», *ECFR*, 3-2: 147 y siguientes.

- FERRER I RIBA, J. (1998), «Les finalitats fundacionals: la seva naturalesa, compliment y modificació», en AA.VV., *Les persones jurídiques en el Dret Civil de Catalunya: Associacions i fundacions*, Valencia, Tirant lo Blanch: 129 y siguientes.
- FONT GALÁN, J.I., y PINO ABAD, M. (2001), «La relevante causa negocial de la sociedad. Una relectura (sólo) jurídica del concepto legal de sociedad», RDM, 239: 7 y siguientes.
- FRANZESE, L. (2006), *Ordine economico e ordinamento giuridico. La sussidiarietà delle istituzioni*, 2.ª ed., Padua, Cedam.
- FRIES, R. (2001), «Foundations in British Law», en HOPT, K., y REUTER, D. (eds.), 2001: 371 y siguientes.
- FUERTES, M. (2003), «Las Cajas de Ahorros locales en Alemania: noticia de un servicio público y de su controvertido debate en el ámbito comunitario», RAP, 161: 513 y siguientes.
- FUSARO, A. (2005), «Riflessi della riforma del diritto societario sul "terzo settore"», en AFFERNI, V., y VISINTINI, G. (eds.), *Principio civilistico nella riforma del Diritto societario*, Milano, Giuffrè Editore: 217 y siguientes.
- GARCÍA ANDRADE, J. (1997), *La fundación: un estudio jurídico*, Madrid, Escuela Libre Editorial.
- (2005), «Objeto y alcance de la ley de fundaciones. Concepto de la fundación. Fines y beneficiarios. Aplicación de la ley y fundaciones especiales», en MUÑOZ MACHADO, S.; CRUZ AMORÓS, M., y DE LORENZO GARCÍA, R. (eds.), 2005: 9 y siguientes.
- GARCÍA RUBIO, M.P., y TRIGO GRACÍA, B. (2004), «Fundación, sociedades y patrimonio familiar», en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (2004: 249 y siguientes).
- GARCÍA VILLAYERDE, R. (1991), «Los órganos de gobierno de las Cajas de Ahorros: del Patronato al sistema actual de representaciones», RDBB, 43: 773 y siguientes.
- (1995), Voz «Caja de Ahorros (Derecho Mercantil)», *Enciclopedia Jurídica Básica*, I, Madrid, Civitas: 868 y siguientes.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2003), «Prólogo» a CASARES MARCOS, A. (2003).
- GARRIDO, J.M. (2006), «La oferta pública de adquisición de acciones en el Derecho europeo», Not UE, 252: 75 y siguientes.
- GIRGADO, P. (2001), *La empresa de grupo y el Derecho de sociedades*, Granada, Comares.
- GIRÓN TENA, J. (1976), *Derecho de sociedades. I. Teoría general. Sociedades colectivas y comanditarias*, Madrid, edición del autor.
- GOMÁ LANZÓN, J. (2005), «¿Qué es una fundación? Propuesta de una aproximación realista a su estudio», en GARRIDO MELERO, M., y FUGARDO ESTIVILL, J. Mª (coord.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, I, Barcelona, Bosch: 774 y siguientes.
- GONDRA, J.Mª (1998), «La estructura jurídica de la empresa (el fenómeno de la empresa desde la perspectiva de la teoría general del Derecho)», RDM, 228: 493 y siguientes.
- GONZÁLEZ MORENO, J.M. (1983), *Naturaleza y régimen jurídico de las Cajas de Ahorros*, Madrid.
- (1991), «La personalidad jurídica de las Cajas de Ahorros», RDBB, 43.
- GUERRERA, F. (2006), «Trasformazione, fusione e scissione», en AA.VV., *Diritto delle Società [Manuale breve]*, 3.ª ed., Milano, Giuffrè Editore: 415 y siguientes.
- HANSEN, S.F. (2001), «Stiftungen im Dänischen Recht», en HOPT, K., y REUTER, D., (eds.), 2001: 287 y siguientes.
- HANSMANN, H. (2001), «A reform agenda for the Law of Nonprofit Organizations», en HOPT, K., y REUTER, D. (eds.), 2001: 262 y siguientes.
- HEMSTRÖM, C. (2001), «Foundations in Swedish Law», en HOPT, K. y REUTER, D. (eds.), 2001: 455 y siguientes.
- HOMMELHOFF, P.; HOPT, K., y V. WERDER, A. (eds.) (2003), *Handbuch Corporate Governance. Leitung und Überwachung börsennotierter Unternehmen in der Rechts- und Wirtschaftspraxis*, Köln, Dr. Otto Schmidt.
- HOPT, K. (2005), «Corporate governance in non-profit organisationen», en HOPT, K.; VON HIPPEL, Y., y WALZ, R. (eds.), 2005: 243 y siguientes.
- HOPT, K.; VON HIPPEL, T., y WALZ, R. (eds.) (2005), *Nonprofit-Organisationen in Recht, Wirtschaft und Gesellschaft. Theorien-Analysen-Corporate Governance*, Tubinga, Mohr Siebeck.
- HOPT, K., y REUTER, D. (eds.) (2001), *Stiftungsrecht in Europa. Stiftungsrecht und Stiftungsrechtsreform in Deutschland, den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, der Schweiz, Liechtenstein und den USA*, Colonia, Carl Heymanns.
- (2001a), «Stiftungsrecht in Europa: eine Einführung», en HOPT, K., y REUTER, D. (eds.), 2001: 1 y siguientes.
- HÜTTEMANN, R. (1998), «Der Grundsatz der Vermögenserhaltung im Stiftungsrecht», en JAKOBS, H.H.; PICKER, E., y WILHELM, J. (eds.), *Festschrift für Werner Flume zum 90. Geburtstag*, Berlin-Heidelberg, Springer: 59 y siguientes.
- (2003), «Das Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts», ZHR, 167.
- IMMENGA, U. (2001), *El Derecho y el Mercado. Estudios de Derecho de la competencia*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- KRONKE, H. (1988), *Stiftungstypus und Unternehmensträgerstiftung*, Tubinga, Mohr Siebeck.
- (2001), «Familien- und Unternehmensträgerstiftungen», en HOPT, K., y REUTER, D. (eds.), 2001: 159 y siguientes.
- KÜBLER, F. (2001), *Derecho de sociedades* (trad. esp. de Michèle Klein), Madrid, Fundación Cultural del Notariado.
- LA CASA GARCÍA, R. (2006), «Apuntes sobre el concurso de las fundaciones», RCP, 5: 149 y siguientes.
- LAMARCA I MARQUES, A. (1998), «Fundació i empresa. El cas italià», en AA.VV., *Les persones jurídiques en el Dret Civil de Catalunya: associacions i fundacions*, Valencia, Tirant lo Blanch: 481 y siguientes.
- LAUROBA LACASA, M. E. (1998), «El régimen de fundaciones en Francia. Claves y caracteres de una regulación tardía», en AA.VV., *Les persones jurídiques en el Dret Civil de Catalunya: associacions i fundacions*, Valencia, Tirant lo Blanch: 511 y siguientes.
- LAUX, F. (1998), *Die Lehre vom Unternehmen an sich. Walter Rathenau und die aktienrechtliche Diskussion in der Weimarer Republik*, Berlin, Duncker und Humblot.
- LINARES ANDRÉS, L. (1997), «La actividad económica de las fundaciones», RCDI: 1663 y siguientes.
- (2001), «Stiftungen im Spanischen Recht», en HOPT, K., y REUTER, D. (eds.), 2001: 475 y siguientes.
- LLÁCER MATA CÁS, M. R. (2004), «Fundaciones con actividad económica y responsabilidad de los patronos», en Asociación de Profesores de Derecho Civil (2004: 271 y siguientes).
- MARÍN LÓPEZ, J.J. (1998), «Fundación, sociedad mercantil y actividad empresarial», RdS, 10: 318 y siguientes.
- (2005), «El patrimonio de las asociaciones», en GARRIDO MELERO, M., y FUGARDO ESTIVILL, J. Mª (coord.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, I, Barcelona: 795 y siguientes.
- MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A. (2004), «Información y contabilidad: una reflexión sobre su reciente regulación legal», RVEH, 11: 9 y siguientes.

- MARTÍN-RETORTILLO, S. (1995), Voz «Caja de Ahorros» (Derecho administrativo), *Enciclopedia Jurídica Básica*, I, Madrid, Civitas: 862 y siguientes.
- MASSAGUER, J. (1996), «El Derecho Mercantil ante las transformaciones político-sociales. Una aproximación», en AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, I, Madrid, Civitas.
- MENÉNDEZ, A. (1995), «Sociedad anónima y fin de lucro», en *Estudios jurídicos sobre la sociedad anónima*, Madrid, Civitas: 39 y siguientes.
- MESTMÄCKER, E.J. (1964), «Soll das Stiftungsrecht bundesgesetzlich vereinheitlicht und reformiert werden, gegebenenfalls mit welchen Grundzügen?», *Verhandlungen des 44. Deutschen Juristentages*, II, Tübingen: G-17 y siguientes.
- MIRANDA SERRANO, L., y PAGADOR LÓPEZ, J., «¿Participaciones sin voto? Ensayo de una respuesta ("de lege lata") para una cuestión particularmente controvertida», *RdS*, 18: 167 y siguientes.
- MONTÉS, V.L. (2004), «Fragmentos de un estudio sobre las fundaciones en el Derecho español, después de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre», en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (2004: 161 y siguientes).
- MUÑOZ MACHADO, S.; CRUZ AMORÓS, M., y DE LORENZO GARCÍA, R. (dirs.) (2005), *Comentarios a las leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, Madrid, Fundación ONCE-IUSTEL.
- NIETO ALONSO, A. (1996), *Fundaciones, su capacidad: especial consideración a la realización de actividades mercantiles e industriales*, A Coruña, Fundación Pedro Barrié de la Maza.
- PAZ ARES, C. (1991), «Ánimo de lucro y concepto de sociedad (Breves consideraciones a propósito del artículo 2.2. LAIE)», en *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Madrid, Civitas: 731 y siguientes.
- (2006), «La sociedad en general: caracterización del contrato de sociedad», en URÍA, R., y MENÉNDEZ, A. (dirs.), *Curso de Derecho Mercantil*, 2.ª ed., I, Madrid, Thomson-Civitas: 471 y siguientes.
- PEDREIRA MENÉNDEZ, J. (1999), *Las actividades empresariales de las fundaciones y su tributación*, Valladolid, Lex Nova.
- PÉREZ ESCOLAR, M. (2005), «Fundación y actividades económicas directas: apuntes en torno a un modelo», *RCDI*, 687: 865 y siguientes.
- PIÑAR MAÑAS, J.L. (1995), «Artículos 1 y 2», en AA.VV., *Comentarios a la ley de fundaciones y de incentivos fiscales*, I, cit.: 3 y siguientes.
- REAL PÉREZ, A. (2004), «Fundaciones, actividades mercantiles e impuesto de sociedades: algunas reflexiones a propósito de las leyes 49/2002 y 50/2002», en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (2004: 281 y siguientes).
- RECALDE, A. (1996), *Limitación estatutaria del derecho de voto en las sociedades de capitales*, Madrid, Civitas.
- REUTER, D. (1991), «Rechtsprobleme Unternehmensbezogener Stiftungen», *DWiR*: 192 y siguientes.
- (2005), «Stiftungsrechtliche Vorgaben für die Verwaltung des Stiftungsvermögens», *NZG*, 16: 649 y siguientes.
- RIECHERS, A. (1996), *Das «Unternehmen an sich»*, Tübingen, Mohr Siebeck.
- RIEMER, H.M. (2001), «Stiftungen im Schweizerischen Recht», en HOPT, K., y REUTER, D. (eds.), 2001: 511 y siguientes.
- ROJO, A., y BELTRÁN, E. (dirs.) (2004), *Comentario de la Ley concursal*, Madrid, Thomson-Civitas.
- ROJO, A. (2006), «El Empresario (II)», en URÍA, R., y MENÉNDEZ, A. (dirs.), *Curso de Derecho Mercantil*, 2.ª ed., I, Madrid, Thomson-Civitas: 93 y siguientes.
- ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, R. (2002), «La transformación de las Cajas de Ahorros operada en el ámbito comunitario», *RDBB*, 85.
- ROS PÉREZ, F. (1996), *Las Cajas de Ahorros en España: evolución y régimen jurídico*, Murcia, Caja Murcia.
- (2005), «Gobierno corporativo, transparencia y cajas de ahorros», *RDBB*, 100: 71 y siguientes.
- SALELLES CLIMENT, J.R., y VERDERA SERVER, R. (1997), *El Patronato de la Fundación*, Navarra, Aranzadi.
- SÁNCHEZ ANDRÉS, A.; MENÉNDEZ, A., y BELTRÁN, E. (1994), «La acción y los derechos del accionista», en URÍA, R.; MENÉNDEZ, A., y OLIVENCIA, M. (dirs.), *Comentarios al régimen legal de las sociedades mercantiles*, IV-1º, Madrid, Civitas.
- SÁNCHEZ CALERO, F. (1991), «La identidad de las Cajas de Ahorros pasado, presente y futuro», *RDBB*, 43: 563 y siguientes.
- SÁNCHEZ CALERO, F., y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. (2006), *Instituciones de Derecho Mercantil*, I, 29.ª ed., Navarra, Thomson-Aranzadi.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. (2003), «Las modificaciones en el régimen jurídico de las Cajas de Ahorros», en SÁNCHEZ CALERO, F. (dir.), *Comentarios a la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero*, Navarra, Aranzadi.
- SANTOS MORÓN, Mª J. (2005), «El patrimonio de la fundación. Régimen de gestión patrimonial», en MUÑOZ MACHADO, S., y CRUZ AMORÓS, M., y DE LORENZO GARCÍA, R. (eds.), 2005: 277 y siguientes.
- SCHLÜTER, A. (2004), *Stiftungsrecht zwischen Privatautonomie und Gemeinwohlbindung. Ein Rechtsvergleich Deutschland, Frankreich, Italien, England, USA*, Munich, Beck.
- SCHUMACHER, C. (1999), *Die konzernverbundene Stiftung. Eine rechtsvergleichende Untersuchung des Niederländischen und Deutschen Rechts*, Munich, Waxmann.
- SERRANO CHAMORRO, Mª E. (2003), *Las fundaciones: dotación y patrimonio*, 2.ª ed., Madrid, Thomson-Civitas.
- SOTILLO, A. (2006), «Artículo 24», en OLAVARRÍA IGLESIA, J. (dir.), *Comentario a la ley de fundaciones*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- SPADA, P. (2006), *Diritto Commerciale. II. Elementi*, Padua, Cedam.
- STERN, F. (2003), *El mundo alemán de Einstein*, Barcelona, Paidós.
- UREÑA SALCEDO, J.A. (2005), *La influencia pública en las Cajas de Ahorros*, Madrid, Marcial Pons.
- URÍA, R. (1946), «Derecho fiscal y Derecho mercantil», *AAMN*: 257 y siguientes.
- VALERO AGÚNDEZ, U. (1969), *La fundación como forma de empresa*, Valladolid, Universidad de Valladolid.
- VAN DER PLOEG, T. (2001), «Stiftungen im Niederländischen Recht», en HOPT, K., y REUTER, D. (eds.), 2001: 405 y siguientes.
- VICENT CHULIÁ, F. (2005), «El concurso de la persona jurídica», en AA.VV., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, II: 2389 y siguientes.



Legislación

LEY 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones
(BOE n.º 310, de 27-XII-2002)

REAL DECRETO 1337/2005, de 11 de noviembre, por el que se aprueba
el Reglamento de fundaciones de competencia estatal
(BOE n.º 279, de 22 de noviembre)

LEY 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones (BOE n.º 310, de 27-XII-2002)

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I

El artículo 34 de la Constitución reconoce «el derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la Ley». Por su parte, el artículo 53.1 del texto constitucional reserva a la ley la regulación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del Título I, entre los que se encuentra el de fundación, especificando que dichas normas legales deben en todo caso respetar el contenido esencial de tales derechos y libertades.

Hasta el momento, esta previsión constitucional se encontraba cumplida mediante la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general, que regulaba en un solo cuerpo legal el régimen jurídico de los entes fundacionales y las ventajas de carácter impositivo que se conceden a las personas privadas, físicas o jurídicas (sin limitarse a las de naturaleza fundacional), por sus actividades o aportaciones económicas en apoyo de determinadas finalidades de interés público o social. Dicha Ley puso fin a un régimen regulador de las fundaciones que cabría calificar de vetusto (algunas de sus normas databan de mediados del siglo XIX), fragmentario, incompleto y aun contradictorio, satisfaciendo las legítimas demandas y aspiraciones reiteradamente planteadas por el sector, y adaptando, en suma, esta normativa a las exigencias del nuevo orden constitucional, singularmente en lo que se refiere al sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Diversas exigencias aconsejan, sin embargo, proceder a la revisión de este marco legal.

En primer lugar, resulta necesario acoger en nuestro sistema jurídico algunas experiencias innovadoras que se han desarrollado en los últimos años en el derecho comparado, y que pueden servir para fortalecer el fenómeno fundacional en nuestro país.

Por otro lado, la reforma da respuesta a las demandas de las propias fundaciones, en un sentido general de superar ciertas rigideces de la anterior regulación, que, sin significar claras ventajas para el interés público, dificultaban el adecuado desenvolvimiento de la actividad fundacional: simplificación de trámites administrativos, reducción de los actos de control del Protectorado, reforma del régimen de organización y funcionamiento del Patronato, etcétera.

II

La presente Ley aborda la regulación sustantiva y procedimental de las fundaciones, dejando para una norma legal distinta lo que constituía el contenido del Título II de la anterior, esto es, los incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general, por ser ésta una materia que presenta unos perfiles específicos que demandan un tratamiento separado.

Tres son los objetivos que se pretende alcanzar con esta nueva regulación del derecho de fundación. En primer término, reducir la intervención de los poderes públicos en el funcionamiento de las fundaciones. Así, se ha sustituido en la mayor parte de los casos la exigencia de autorización previa de actos y negocios jurídicos por parte del Protectorado, por la de simple comunicación al mismo del acto o negocio realizado, con objeto de que pueda impugnarlo ante la instancia judicial competente, si lo considera contrario a derecho, y, eventualmente, ejercitar acciones legales contra los patronos responsables.

Por otra parte, se han flexibilizado y simplificado los procedimientos, especialmente los de carácter económico y financiero, eximiendo además a las fundaciones de menor tamaño del cumplimiento de ciertas obligaciones exigibles a las de mayor entidad.

Por último, la Ley pretende, a lo largo de todo su articulado, dinamizar y potenciar el fenómeno fundacional, como cauce a través del que la sociedad civil coadyuva con los poderes públicos en la consecución de fines de interés general.

El Parlamento Europeo, en su Resolución sobre las fundaciones en Europa (R.A. 304/93), señala, en este sentido, que «merecen apoyo especial las fundaciones que participen en la creación y desarrollo de respuestas e iniciativas, adaptadas a las necesidades sociológicas de la sociedad contemporánea. Particularmente, las que luchan por la defensa de la democracia, el fomento de la solidaridad, el bienestar de los ciudadanos, la profundización de los derechos humanos, la defensa del medio ambiente, la financiación de la cultura, las ciencias y prácticas médicas y la investigación».

También nuestro Tribunal Constitucional (STC 18/1984, de 7 de febrero, entre otras) ha apuntado que una de las notas características del Estado social de Derecho es que los intereses generales se definen a través de una interacción entre el Estado y los agentes sociales, y que esta interpenetración

entre lo público y lo privado trasciende también al campo de lo organizativo, en donde, como es fácil entender, las fundaciones desempeñan un papel de primera magnitud.

III

En un breve repaso de las novedades más significativas del nuevo texto legal, destaca en el capítulo I la regulación de las fundaciones extranjeras, que queda circunscrita a aquéllas que pretendan ejercer actividades en España de manera estable. Se especifica que el Registro competente para su inscripción dependerá del ámbito, autonómico o supraautonómico en que desarrollen principalmente sus actividades, y que se sancionará el incumplimiento de los requisitos legales con la prohibición de usar la denominación «Fundación» en nuestro territorio.

Se introduce en este capítulo una nueva regulación de la denominación de las fundaciones, que pretende evitar duplicidades e inscripciones abusivas.

En el capítulo II, la Ley establece una presunción de suficiencia de la dotación a partir de 30.000 euros, a fin de garantizar la viabilidad económica de la nueva entidad, sin perjuicio de que esta cantidad pueda ser reducida cuando el Protectorado lo considere necesario, en atención a los fines específicos de cada fundación.

Por otra parte, para garantizar la seriedad de las actuaciones conducentes a la constitución de las fundaciones, se prevé el cese de los patronos que no hubiesen instado la inscripción de la entidad constituida en los seis meses siguientes al otorgamiento de la escritura fundacional, procediendo el Protectorado a nombrar nuevos patronos, previa autorización judicial, que asuman explícitamente la obligación de inscribir la fundación en el correspondiente Registro de Fundaciones.

En el capítulo III, se potencia la estabilidad y el adecuado funcionamiento de los órganos de gobierno de las fundaciones con la obligatoriedad de la figura del Secretario, y con la posibilidad de crear órganos distintos del Patronato para el desempeño de los cometidos que expresamente se le encomienden.

Con objeto de facilitar el funcionamiento del Patronato, se prevé, además de la obligada representación de las personas jurídicas por personas físicas, que los patronos puedan ser representados por otros miembros del órgano colegiado.

Se admite la posibilidad, hasta ahora inédita en la Ley, de que el Patronato acuerde una retribución adecuada a los patronos que presten a la fundación servicios distintos de los que implica el desempeño de las funciones que les corresponden como miembros del Patronato, siempre que el fundador no lo hubiese prohibido, resolviéndose así una problemática reiteradamente planteada por el sector.

El patrimonio de la fundación, regulado en el capítulo IV, es uno de los campos donde el principio de libertad inspirador de toda la Ley se pone más ampliamente de manifiesto, al sustituirse, en determinados supuestos, el sistema de autorización previa por parte del Protectorado por la simple comu-

nicación al mismo del acto o negocio realizado, al objeto de que éste pueda, en su caso, llevar a cabo las acciones legales procedentes.

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.

Con objeto de facilitar la gestión contable de las fundaciones de menores dimensiones, se autoriza la utilización de modelos abreviados de rendición de cuentas cuando cumplan los requisitos establecidos legalmente al efecto para las sociedades mercantiles. Por otra parte, las fundaciones de reducido tamaño podrán adoptar un modelo simplificado de llevanza de contabilidad y estarán exentas de la obligación general de someter las cuentas anuales a auditoría externa.

Por otra parte, la obligación de aprobar un presupuesto anual ha sido sustituida por la de presentar un plan de actuación, con lo que, manteniéndose la finalidad esencial de ofrecer información acerca de los proyectos fundacionales, se facilita en gran medida la gestión de estas entidades.

El capítulo VII reformula las funciones del Protectorado, potenciando las de apoyo y asesoramiento a las fundaciones sobre las que ejerce su competencia, en especial a las que se encuentran en proceso de constitución.

En el capítulo VIII, regulador del Registro de Fundaciones de competencia estatal, se prevé por vez primera la creación de una sección de denominaciones, en la que se anotarán los nombres de las fundaciones inscritas en los Registros estatal y autonómicos, así como las denominaciones sobre cuya utilización exista reserva temporal, con objeto de evitar duplicidades.

De otro lado, se crea en el Consejo Superior de Fundaciones una Comisión de cooperación e información registral que se encargará de establecer mecanismos para la colaboración e información mutua entre Registros.

El capítulo XI diseña el régimen aplicable a las fundaciones constituidas mayoritariamente por entidades del sector público estatal, aplicando la técnica fundacional al ámbito de la gestión pública. En esta regulación se establecen los requisitos y limitaciones exigidos por la especial naturaleza de la referida figura fundacional de carácter público.

En las disposiciones adicionales y finales se excluye de la aplicación de la Ley a las fundaciones gestionadas por el Patrimonio Nacional, denominadas Reales Patronatos, y se dispone el estricto respeto a lo dispuesto en los acuerdos y convenios de cooperación suscritos por el Estado con la Iglesia Católica y con otras iglesias y confesiones, en relación con las fundaciones creadas o fomentadas por las mismas.

Por otra parte, la aplicación de la nueva normativa obliga a establecer las necesarias previsiones en cuanto a la subsistencia temporal de los actuales Registros de Fundaciones

de competencia estatal, así como a fijar un plazo para la adaptación, cuando proceda, de los Estatutos de las fundaciones ya constituidas.

En una Ley como la presente, donde se contienen preceptos reguladores de las fundaciones de competencia estatal junto a otros dirigidos a todas las fundaciones, resulta de capital importancia efectuar una delimitación precisa de los distintos tipos de normas.

En tal sentido, la disposición final primera enumera los preceptos que son de aplicación a todas las fundaciones, sean estatales o autonómicas, bien por regular las condiciones básicas que garantizan la igualdad de los españoles en el ejercicio del derecho de fundación (artículo 149.1.1.a CE), bien por su naturaleza procesal (artículo 149.1.6.a CE), bien por incorporar normas de derecho civil, sin perjuicio de la aplicabilidad preferente del derecho civil foral o especial allí donde exista (artículo 149.1.8.a CE). Los restantes preceptos de la Ley serán de aplicación únicamente a las fundaciones de competencia estatal.

La nueva regulación de las Fundaciones del Sector Público Estatal ha obligado a realizar en la Ley General Presupuestaria determinadas adaptaciones, que se introducen por medio de una disposición final.

Por último, cabe destacar que, pese a la relevancia de las innovaciones realizadas, se ha conservado un importante número de preceptos de la Ley de 1994, cuya validez y eficacia han sido confirmadas por la práctica.

CAPÍTULO I

Disposiciones generales

Artículo 1. Objeto de la Ley

La presente Ley tiene por objeto desarrollar el derecho de fundación, reconocido en el artículo 34 de la Constitución y establecer las normas de régimen jurídico de las fundaciones que corresponde dictar al Estado, así como regular las fundaciones de competencia estatal.

Artículo 2. Concepto

1. Son fundaciones las organizaciones constituidas sin fin de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general.

2. Las fundaciones se rigen por la voluntad del fundador, por sus Estatutos y, en todo caso, por la Ley.

Artículo 3. Fines y beneficiarios

1. Las fundaciones deberán perseguir fines de interés general, como pueden ser, entre otros, los de defensa de los

derechos humanos, de las víctimas del terrorismo y actos violentos, asistencia social e inclusión social, cívicos, educativos, culturales, científicos, deportivos, sanitarios, laborales, de fortalecimiento institucional, de cooperación para el desarrollo, de promoción del voluntariado, de promoción de la acción social, de defensa del medio ambiente, y de fomento de la economía social, de promoción y atención a las personas en riesgo de exclusión por razones físicas, sociales o culturales, de promoción de los valores constitucionales y defensa de los principios democráticos, de fomento de la tolerancia, de desarrollo de la sociedad de la información, o de investigación científica y desarrollo tecnológico.

2. La finalidad fundacional debe beneficiar a colectividades genéricas de personas. Tendrán esta consideración los colectivos de trabajadores de una o varias empresas y sus familiares.

3. En ningún caso podrán constituirse fundaciones con la finalidad principal de destinar sus prestaciones al fundador o a los patronos, a sus cónyuges o personas ligadas con análoga relación de afectividad, o a sus parientes hasta el cuarto grado inclusive, así como a personas jurídicas singularizadas que no persigan fines de interés general.

4. No se incluyen en el apartado anterior las fundaciones cuya finalidad exclusiva o principal sea la conservación y restauración de bienes del patrimonio histórico español, siempre que cumplan las exigencias de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, en particular respecto de los deberes de visita y exposición pública de dichos bienes.

Artículo 4. Personalidad jurídica

1. Las fundaciones tendrán personalidad jurídica desde la inscripción de la escritura pública de su constitución en el correspondiente Registro de Fundaciones.

La inscripción sólo podrá ser denegada cuando dicha escritura no se ajuste a las prescripciones de la ley.

2. Sólo las entidades inscritas en el Registro al que se refiere el apartado anterior, podrán utilizar la denominación de «Fundación».

Artículo 5. Denominación

1. La denominación de las fundaciones se ajustará a las siguientes reglas:

a) Deberá figurar la palabra «Fundación», y no podrá coincidir o asemejarse de manera que pueda crear confusión con ninguna otra previamente inscrita en los Registros de Fundaciones.

b) No podrán incluirse términos o expresiones que resulten contrarios a las leyes o que puedan vulnerar los derechos fundamentales de las personas.

c) No podrá formarse exclusivamente con el nombre de España, de las Comunidades Autónomas o de las Entidades Locales, ni utilizar el nombre de organismos oficiales o públicos, tanto nacionales como internacionales, salvo que se trate del propio de las entidades fundadoras.

d) La utilización del nombre o seudónimo de una persona física o de la denominación o acrónimo de una persona jurídica distintos del fundador deberá contar con su consentimiento expreso, o, en caso de ser incapaz, con el de su representante legal.

e) No podrán adoptarse denominaciones que hagan referencia a actividades que no se correspondan con los fines fundacionales, o induzcan a error o confusión respecto de la naturaleza o actividad de la fundación.

f) Se observarán las prohibiciones y reservas de denominación previstas en la legislación vigente.

2. No se admitirá ninguna denominación que incumpla cualquiera de las reglas establecidas en el apartado anterior, o conste que coincide o se asemeja con la de una entidad preexistente inscrita en otro Registro público, o con una denominación protegida o reservada a otras entidades públicas o privadas por su legislación específica.

Artículo 6. Domicilio

1. Deberán estar domiciliadas en España las fundaciones que desarrollen principalmente su actividad dentro del territorio nacional.

2. Las fundaciones tendrán su domicilio estatutario en el lugar donde se encuentre la sede de su Patronato, o bien en el lugar en que desarrollen principalmente sus actividades.

Las fundaciones que se inscriban en España para desarrollar una actividad principal en el extranjero, tendrán su domicilio estatutario en la sede de su Patronato dentro del territorio nacional.

Artículo 7. Fundaciones extranjeras

1. Las fundaciones extranjeras que pretendan ejercer sus actividades de forma estable en España, deberán mantener una delegación en territorio español que constituirá su domicilio a los efectos de esta Ley, e inscribirse en el Registro de Fundaciones competente en función del ámbito territorial en que desarrollen principalmente sus actividades.

2. La fundación extranjera que pretenda su inscripción deberá acreditar ante el Registro de Fundaciones correspondiente que ha sido válidamente constituida con arreglo a su ley personal.

La inscripción podrá denegarse cuando no se acredite la circunstancia señalada en el párrafo anterior, así como cuan-

do los fines no sean de interés general con arreglo al ordenamiento español.

3. Las fundaciones extranjeras que incumplan los requisitos establecidos en este artículo no podrán utilizar la denominación de «Fundación».

4. Las delegaciones en España de fundaciones extranjeras quedarán sometidas al Protectorado que corresponda en función del ámbito territorial en que desarrollen principalmente sus actividades, siéndoles de aplicación el régimen jurídico previsto para las fundaciones españolas.

CAPÍTULO II

Constitución de la fundación

Artículo 8. Capacidad para fundar

1. Podrán constituir fundaciones las personas físicas y las personas jurídicas, sean éstas públicas o privadas.

2. Las personas físicas requerirán de capacidad para disponer gratuitamente, ínter vivos o mortis causa, de los bienes y derechos en que consista la dotación.

3. Las personas jurídicas privadas de índole asociativa requerirán el acuerdo expreso del órgano competente para disponer gratuitamente de sus bienes, con arreglo a sus Estatutos o a la legislación que les resulte aplicable. Las de índole institucional deberán contar con el acuerdo de su órgano rector.

4. Las personas jurídico-públicas tendrán capacidad para constituir fundaciones, salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario.

Artículo 9. Modalidades de constitución

1. La fundación podrá constituirse por actos «ínter vivos» o «mortis causa».

2. La constitución de la fundación por acto «ínter vivos» se realizará mediante escritura pública, con el contenido que determina el artículo siguiente.

3. La constitución de la fundación por acto «mortis causa» se realizará testamentariamente, cumpliéndose en el testamento los requisitos establecidos en el artículo siguiente para la escritura de constitución.

4. Si en la constitución de una fundación por acto «mortis causa» el testador se hubiera limitado a establecer su voluntad de crear una fundación y de disponer de los bienes y derechos de la dotación, la escritura pública en la que se contengan los demás requisitos exigidos por esta Ley se otorgará por el albacea testamentario y, en su defecto, por los herederos testamentarios. En caso de que éstos no existieran, o incumplieran esta obligación, la escritura se otorgará por el Protectorado, previa autorización judicial.

Artículo 10. Escritura de constitución

La escritura de constitución de una fundación deberá contener, al menos, los siguientes extremos:

- a) El nombre, apellidos, edad y estado civil del fundador o fundadores, si son personas físicas, y su denominación o razón social, si son personas jurídicas, y, en ambos casos, su nacionalidad y domicilio y número de identificación fiscal.
- b) La voluntad de constituir una fundación.
- c) La dotación, su valoración y la forma y realidad de su aportación.
- d) Los Estatutos de la fundación, cuyo contenido se ajustará a las prescripciones del artículo siguiente.
- e) La identificación de las personas que integran el Patronato, así como su aceptación si se efectúa en el momento fundacional.

Artículo 11. Estatutos

1. En los Estatutos de la fundación se hará constar:
 - a) La denominación de la entidad.
 - b) Los fines fundacionales.
 - c) El domicilio de la fundación y el ámbito territorial en que haya de desarrollar principalmente sus actividades.
 - d) Las reglas básicas para la aplicación de los recursos al cumplimiento de los fines fundacionales y para la determinación de los beneficiarios.
 - e) La composición del Patronato, las reglas para la designación y sustitución de sus miembros, las causas de su cese, sus atribuciones y la forma de deliberar y adoptar acuerdos.
 - f) Cualesquiera otras disposiciones y condiciones lícitas que el fundador o fundadores tengan a bien establecer.

2. Toda disposición de los Estatutos de la fundación o manifestación de la voluntad del fundador que sea contraria a la Ley se tendrá por no puesta, salvo que afecte a la validez constitutiva de aquélla. En este último caso, no procederá la inscripción de la fundación en el correspondiente Registro de Fundaciones.

Artículo 12. Dotación

1. La dotación, que podrá consistir en bienes y derechos de cualquier clase, ha de ser adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales. Se presumirá sufi-

ciente la dotación cuyo valor económico alcance los 30.000 euros.

Cuando la dotación sea de inferior valor, el fundador deberá justificar su adecuación y suficiencia a los fines fundacionales mediante la presentación del primer programa de actuación, junto con un estudio económico que acredite su viabilidad utilizando exclusivamente dichos recursos.

2. Si la aportación es dineraria, podrá efectuarse en forma sucesiva. En tal caso, el desembolso inicial será, al menos, del 25 por 100, y el resto se deberá hacer efectivo en un plazo no superior a cinco años, contados desde el otorgamiento de la escritura pública de constitución de la fundación.

Si la aportación no es dineraria, deberá incorporarse a la escritura de constitución tasación realizada por un experto independiente.

En uno y otro caso, deberá acreditarse o garantizarse la realidad de las aportaciones ante el notario autorizante, en los términos que reglamentariamente se establezcan.

3. Se aceptará como dotación el compromiso de aportaciones de terceros, siempre que dicha obligación conste en títulos de los que llevan aparejada ejecución.

4. Formarán también parte de la dotación los bienes y derechos de contenido patrimonial que durante la existencia de la fundación se aporten en tal concepto por el fundador o por terceras personas, o que se afecten por el Patronato, con carácter permanente, a los fines fundacionales.

5. En ningún caso se considerará dotación el mero propósito de recaudar donativos.

Artículo 13. Fundación en proceso de formación

1. Otorgada la escritura fundacional, y en tanto se procede a la inscripción en el correspondiente Registro de Fundaciones, el Patronato de la fundación realizará, además de los actos necesarios para la inscripción, únicamente aquellos otros que resulten indispensables para la conservación de su patrimonio y los que no admitan demora sin perjuicio para la fundación, los cuales se entenderán automáticamente asumidos por ésta cuando obtenga personalidad jurídica.

2. Transcurridos seis meses desde el otorgamiento de la escritura pública fundacional sin que los patronos hubiesen instado la inscripción en el correspondiente Registro de Fundaciones, el Protectorado procederá a cesar a los patronos, quienes responderán solidariamente de las obligaciones contraídas en nombre de la fundación y por los perjuicios que ocasiona la falta de inscripción.

Asimismo, el Protectorado procederá a nombrar nuevos patronos, previa autorización judicial, que asumirán la obligación de inscribir la fundación en el correspondiente Registro de Fundaciones.

Gobierno de la fundación

Artículo 14. Patronato

1. En toda fundación deberá existir, con la denominación de Patronato, un órgano de gobierno y representación de la misma, que adoptará sus acuerdos por mayoría en los términos establecidos en los Estatutos.

2. Corresponde al Patronato cumplir los fines fundacionales y administrar con diligencia los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación, manteniendo el rendimiento y utilidad de los mismos.

Artículo 15. Patronos

1. El Patronato estará constituido por un mínimo de tres miembros, que elegirán entre ellos un Presidente, si no estuviera prevista de otro modo la designación del mismo en la escritura de constitución o en los Estatutos.

Asimismo, el Patronato deberá nombrar un Secretario, cargo que podrá recaer en una persona ajena a aquél, en cuyo caso tendrá voz pero no voto, y a quien corresponderá la certificación de los acuerdos del Patronato.

2. Podrán ser miembros del Patronato las personas físicas que tengan plena capacidad de obrar y no estén inhabilitadas para el ejercicio de cargos públicos.

Las personas jurídicas podrán formar parte del Patronato, y deberán designar a la persona o personas físicas que las representen en los términos establecidos en los Estatutos.

3. Los patronos entrarán a ejercer sus funciones después de haber aceptado expresamente el cargo en documento público, en documento privado con firma legitimada por notario o mediante comparecencia realizada al efecto en el Registro de Fundaciones.

Asimismo, la aceptación se podrá llevar a cabo ante el Patronato, acreditándose a través de certificación expedida por el Secretario, con firma legitimada notarialmente.

En todo caso, la aceptación se notificará formalmente al Protectorado, y se inscribirá en el Registro de Fundaciones.

4. Los patronos ejercerán su cargo gratuitamente sin perjuicio del derecho a ser reembolsados de los gastos debidamente justificados que el cargo les ocasione en el ejercicio de su función.

No obstante lo establecido en el párrafo anterior, y salvo que el fundador hubiese dispuesto lo contrario, el Patronato podrá fijar una retribución adecuada a aquellos patronos que presten a la fundación servicios distintos de los que implica el desempeño de las funciones que les corresponden como miembros del Patronato, previa autorización del Protectorado.

5. El cargo de patrono que recaiga en persona física deberá ejercerse personalmente. No obstante, podrá actuar en su nombre y representación otro patrono por él designado. Esta actuación será siempre para actos concretos y deberá ajustarse a las instrucciones que, en su caso, el representado formule por escrito.

Podrá actuar en nombre de quien fuera llamado a ejercer la función de patrono por razón del cargo que ocupare, la persona a quien corresponda su sustitución.

Artículo 16. Delegación y apoderamientos

1. Si los Estatutos no lo prohibieran, el Patronato podrá delegar sus facultades en uno o más de sus miembros. No son delegables la aprobación de las cuentas y del plan de actuación, la modificación de los Estatutos, la fusión y la liquidación de la fundación ni aquellos actos que requieran la autorización del Protectorado.

2. Los Estatutos podrán prever la existencia de otros órganos para el desempeño de las funciones que expresamente se les encomienden, con las excepciones previstas en el párrafo anterior.

3. El Patronato podrá otorgar y revocar poderes generales y especiales, salvo que los Estatutos dispongan lo contrario.

4. Las delegaciones, los apoderamientos generales y su revocación, así como la creación de otros órganos, deberán inscribirse en el Registro de Fundaciones.

Artículo 17. Responsabilidad de los patronos

1. Los patronos deberán desempeñar el cargo con la diligencia de un representante leal.

2. Los patronos responderán solidariamente frente a la fundación de los daños y perjuicios que causen por actos contrarios a la Ley o a los Estatutos, o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo. Quedarán exentos de responsabilidad quienes hayan votado en contra del acuerdo, y quienes prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél.

3. La acción de responsabilidad se entablará, ante la autoridad judicial y en nombre de la fundación:

a) Por el propio órgano de gobierno de la fundación, previo acuerdo motivado del mismo, en cuya adopción no participará el patrono afectado.

b) Por el Protectorado, en los términos establecidos en el artículo 35.2.

c) Por los patronos disidentes o ausentes, en los términos del apartado 2 de este artículo, así como por el fundador cuando no fuere Patrono.

Artículo 18. Sustitución, cese y suspensión de patronos

1. La sustitución de los patronos se producirá en la forma prevista en los Estatutos. Cuando ello no fuere posible, se procederá de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 de esta Ley, quedando facultado el Protectorado, hasta que la modificación estatutaria se produzca, para la designación de la persona o personas que integren provisionalmente el órgano de gobierno y representación de la fundación.

2. El cese de los patronos de una fundación se producirá en los supuestos siguientes:

a) Por muerte o declaración de fallecimiento, así como por extinción de la persona jurídica.

b) Por incapacidad, inhabilitación o incompatibilidad, de acuerdo con lo establecido en la Ley.

c) Por cese en el cargo por razón del cual fueron nombrados miembros del Patronato.

d) Por no desempeñar el cargo con la diligencia prevista en el apartado 1 del artículo anterior, si así se declara en resolución judicial.

e) Por resolución judicial que acoja la acción de responsabilidad por los actos mencionados en el apartado 2 del artículo anterior.

f) Por el transcurso del plazo de seis meses desde el otorgamiento de la escritura pública fundacional sin haber instado la inscripción en el correspondiente Registro de Fundaciones.

g) Por el transcurso del período de su mandato si fueron nombrados por un determinado tiempo.

h) Por renuncia, que podrá llevarse a cabo por cualquiera de los medios y mediante los trámites previstos para la aceptación.

i) Por las causas establecidas válidamente para el cese en los Estatutos.

3. La suspensión de los patronos podrá ser acordada cautelarmente por el juez cuando se entable contra ellos la acción de responsabilidad.

4. La sustitución, el cese y la suspensión de los patronos se inscribirán en el correspondiente Registro de Fundaciones.

CAPÍTULO IV

Patrimonio de la fundación

Artículo 19. Composición, administración y disposición del patrimonio

1. El patrimonio de la fundación está formado por todos los bienes, derechos y obligaciones susceptibles de valora-

ción económica que integren la dotación, así como por aquellos que adquiera la fundación con posterioridad a su constitución, se afecten o no a la dotación.

2. La administración y disposición del patrimonio corresponderá al Patronato en la forma establecida en los Estatutos y con sujeción a lo dispuesto en la presente Ley.

Artículo 20. Titularidad de bienes y derechos

1. La fundación deberá figurar como titular de todos los bienes y derechos integrantes de su patrimonio, que deberán constar en su inventario anual.

2. Los órganos de gobierno promoverán, bajo su responsabilidad, la inscripción a nombre de la fundación de los bienes y derechos que integran el patrimonio de ésta, en los Registros públicos correspondientes.

Artículo 21. Enajenación y gravamen

1. La enajenación, onerosa o gratuita, así como el gravamen de los bienes y derechos que formen parte de la dotación, o estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales, requerirán la previa autorización del Protectorado, que se concederá si existe justa causa debidamente acreditada.

2. Se entiende que los bienes y derechos de la fundación están directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales, cuando dicha vinculación esté contenida en una declaración de voluntad expresa, ya sea del fundador, del Patronato de la fundación o de la persona física o jurídica, pública o privada que realice una aportación voluntaria a la fundación, y siempre respecto de los bienes y derechos aportados.

Asimismo, la vinculación a que se refiere el párrafo anterior podrá realizarse por resolución motivada del Protectorado o de la autoridad judicial.

3. Los restantes actos de disposición de aquellos bienes y derechos fundacionales distintos de los que forman parte de la dotación o estén vinculados directamente al cumplimiento de los fines fundacionales, incluida la transacción o compromiso, y de gravamen de bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, bienes de interés cultural, así como aquéllos cuyo importe, con independencia de su objeto, sea superior al 20 por 100 del activo de la fundación que resulte del último balance aprobado, deberán ser comunicados por el Patronato al Protectorado en el plazo máximo de treinta días hábiles siguientes a su realización.

El Protectorado podrá ejercer las acciones de responsabilidad que correspondan contra los patronos, cuando los acuerdos del Patronato fueran lesivos para la fundación en los términos previstos en la Ley.

4. Las enajenaciones o gravámenes a que se refiere el presente artículo se harán constar anualmente en el Registro de

Fundaciones al término del ejercicio económico. Del mismo modo, se inscribirán en el Registro de la Propiedad o en el Registro público que corresponda por razón del objeto, y se reflejarán en el Libro inventario de la fundación.

Artículo 22. Herencias y donaciones

1. La aceptación de herencias por las fundaciones se entenderá hecha siempre a beneficio de inventario.

Los patronos serán responsables frente a la fundación de la pérdida del beneficio de inventario por los actos a que se refiere el artículo 1024 del Código Civil.

2. La aceptación de legados con cargas o donaciones onerosas o remuneratorias y la repudiación de herencias, donaciones o legados sin cargas será comunicada por el Patronato al Protectorado en el plazo máximo de los diez días hábiles siguientes, pudiendo éste ejercer las acciones de responsabilidad que correspondan contra los patronos, si los actos del Patronato fueran lesivos para la fundación, en los términos previstos en esta Ley.

CAPÍTULO V

Funcionamiento y actividad de la fundación

Artículo 23. Principios de actuación

Las fundaciones están obligadas a:

- a) Destinar efectivamente el patrimonio y sus rentas, de acuerdo con la presente Ley y los Estatutos de la fundación, a sus fines fundacionales.
- b) Dar información suficiente de sus fines y actividades para que sean conocidos por sus eventuales beneficiarios y demás interesados.
- c) Actuar con criterios de imparcialidad y no discriminación en la determinación de sus beneficiarios.

Artículo 24. Actividades económicas

1. Las fundaciones podrán desarrollar actividades económicas cuyo objeto esté relacionado con los fines fundacionales o sean complementarias o 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.

Artículo 25. Contabilidad, auditoría y plan de actuación

1. Las fundaciones deberán llevar una contabilidad ordenada y adecuada a su actividad, que permita un seguimiento cronológico de las operaciones realizadas.

Para ello llevarán necesariamente un Libro Diario y un Libro de Inventarios y Cuentas Anuales.

2. El Presidente, o la persona que conforme a los Estatutos de la fundación, o al acuerdo adoptado por sus órganos de gobierno corresponda, formulará las cuentas anuales, que deberán ser aprobadas en el plazo máximo de seis meses desde el cierre del ejercicio por el Patronato de la fundación.

Las cuentas anuales, que comprenden el balance, la cuenta de resultados y la memoria, forman una unidad, deben ser redactadas con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la fundación.

La memoria, además de completar, ampliar y comentar la información contenida en el balance y en la cuenta de resultados, incluirá las actividades fundacionales, los cambios en sus órganos de gobierno, dirección y representación, así como el grado de cumplimiento del plan de actuación, indicando los recursos empleados, su procedencia y el número de beneficiarios en cada una de las distintas actuaciones realizadas, los convenios que, en su caso, se hayan llevado a cabo con otras entidades para estos fines, y el grado de cumplimiento de las reglas establecidas en el artículo 27 de la presente Ley.

Las actividades fundacionales figurarán detalladas con los requisitos que reglamentariamente se establezcan. Igualmente, se incorporará a la memoria un inventario de los elementos patrimoniales, cuyo contenido se desarrollará reglamentariamente.

3. 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.

4. Reglamentariamente se desarrollará un modelo de llavanza simplificado de la contabilidad, que podrá ser aplicado por las fundaciones en las que, al cierre del ejercicio, se cumplan al menos dos de las siguientes circunstancias:

- a) Que el total de las partidas del activo no supere 150.000 euros. A estos efectos, se entenderá por total activo el total que figura en el modelo de balance.

b) Que el importe del volumen anual de ingresos por la actividad propia, más, en su caso, el de la cifra de negocios de su actividad mercantil, sea inferior a 150.000 euros.

c) Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a 5.

5. Existe obligación de someter a auditoría externa las cuentas anuales de todas las fundaciones en las que, a fecha de cierre del ejercicio, concurran al menos dos de las circunstancias siguientes:

a) Que el total de las partidas del activo supere 2.400.000 euros.

b) Que el importe neto de su volumen anual 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.

c) Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio sea superior a 50.

La auditoría se contratará y realizará de acuerdo con lo previsto en la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas, disponiendo los auditores de un plazo mínimo de un mes, a partir del momento en que les fueran entregadas las cuentas anuales formuladas, para realizar el informe de auditoría. El régimen de nombramiento y revocación de los auditores se establecerá reglamentariamente.

6. En relación con las circunstancias señaladas en los apartados 3, 4 y 5 anteriores, éstas se aplicarán teniendo en cuenta lo siguiente:

a) Cuando una fundación, en la fecha de cierre del ejercicio, pase a cumplir dos de las citadas circunstancias, o bien cese de cumplirlas, tal situación únicamente producirá efectos en cuanto a lo señalado si se repite durante dos ejercicios consecutivos.

b) En el primer ejercicio económico desde su constitución o fusión, las fundaciones cumplirán lo dispuesto en los apartados anteriormente mencionados si reúnen, al cierre de dicho ejercicio, al menos dos de las tres circunstancias que se señalan.

7. Las cuentas anuales se aprobarán por el Patronato de la fundación y se presentarán al Protectorado dentro de los diez días hábiles siguientes a su aprobación.

En su caso, se acompañarán del informe de auditoría.

El Protectorado, una vez examinadas y comprobada su adecuación formal a la normativa vigente, procederá a depositarlas en el Registro de Fundaciones.

Cualquier persona podrá obtener información de los documentos depositados.

8. El Patronato elaborará y remitirá al Protectorado, en los últimos tres meses de cada ejercicio, un plan de actuación,

en el que queden reflejados los objetivos y las actividades que se prevea desarrollar durante el ejercicio siguiente.

9. 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.

Artículo 26. 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.

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.

En el cálculo de los ingresos no se incluirán las aportaciones o donaciones recibidas en concepto de dotación patrimonial en el momento de la constitución o en un momento posterior, ni los ingresos obtenidos en la transmisión onerosa de bienes inmuebles en los que la entidad desarrolle la actividad propia de su objeto o finalidad específica, siempre que el importe de la citada transmisión se reinvierta en bienes inmuebles en los que concurra dicha circunstancia.

2. Se entiende por gastos de administración los directamente ocasionados por la administración de los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación, y aquellos otros de los que los patronos tienen derecho a resarcirse de acuerdo con el artículo 15.4.

Reglamentariamente se determinará la proporción máxima de dichos gastos.

Artículo 28. Autocontratación

Los patronos podrán contratar con la fundación, ya sea en nombre propio o de un tercero, previa autorización del Protectorado que se extenderá al supuesto de personas físicas que actúen como representantes de los patronos.

CAPÍTULO VI

Modificación, fusión y extinción de la fundación

Artículo 29. Modificación de los Estatutos

1. El Patronato podrá acordar la modificación de los Estatutos de la fundación siempre que resulte conveniente en interés de la misma, salvo que el fundador lo haya prohibido.

2. Cuando las circunstancias que presidieron la constitución de la fundación hayan variado de manera que ésta no pueda actuar satisfactoriamente con arreglo a sus Estatutos, el Patronato deberá acordar la modificación de los mismos, salvo que para este supuesto el fundador haya previsto la extinción de la fundación.

3. Si el Patronato no da cumplimiento a lo previsto en el apartado anterior, el Protectorado le requerirá para que lo cumpla, solicitando en caso contrario de la autoridad judicial que resuelva sobre la procedencia de la modificación de Estatutos requerida.

4. La modificación o nueva redacción de los Estatutos acordada por el Patronato se comunicará al Protectorado, que sólo podrá oponerse por razones de legalidad y mediante acuerdo motivado, en el plazo máximo de tres meses a contar desde la notificación al mismo del correspondiente acuerdo del Patronato. El Protectorado podrá comunicar en cualquier momento dentro de dicho plazo y de forma expresa su no oposición a la modificación o nueva redacción de los Estatutos.

5. La modificación o nueva redacción habrá de ser formalizada en escritura pública e inscrita en el correspondiente Registro de Fundaciones.

Artículo 30. Fusión

1. Las fundaciones, siempre que no lo haya prohibido el fundador, podrán fusionarse previo acuerdo de los respectivos Patronatos, que se comunicará al Protectorado.

2. El Protectorado podrá oponerse a la fusión por razones de legalidad y mediante acuerdo motivado, en el plazo máximo de tres meses a contar desde la notificación al mismo de los respectivos acuerdos de las fundaciones interesadas. El Protectorado podrá comunicar en cualquier momento dentro de dicho plazo y de forma expresa su no oposición al acuerdo de fusión.

3. La fusión requerirá el otorgamiento de escritura pública y la inscripción en el correspondiente Registro de Fundaciones.

La escritura pública contendrá los Estatutos de la fundación resultante de la fusión, así como la identificación de los miembros de su primer Patronato.

4. Cuando una fundación resulte incapaz de alcanzar sus fines, el Protectorado podrá requerirla para que se fusione con otra de análogos fines que haya manifestado ante el Protectorado su voluntad favorable a dicha fusión, siempre que el fundador no lo hubiera prohibido.

Frente a la oposición de aquélla, el Protectorado podrá solicitar de la autoridad judicial que ordene la referida fusión.

Artículo 31. Causas de extinción

La fundación se extinguirá:

- a) Cuando expire el plazo por el que fue constituida.
- b) Cuando se hubiese realizado íntegramente el fin fundacional.
- c) Cuando sea imposible la realización del fin fundacional, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 29 y 30 de la presente Ley.
- d) Cuando así resulte de la fusión a que se refiere el artículo anterior.
- e) Cuando concurra cualquier otra causa prevista en el acto constitutivo o en los Estatutos.
- f) Cuando concurra cualquier otra causa establecida en las leyes.

Artículo 32. Formas de extinción

1. En el supuesto del párrafo a) del artículo anterior la fundación se extinguirá de pleno derecho.

2. En los supuestos contemplados en los párrafos b), c) y e) del artículo anterior, la extinción de la fundación requerirá acuerdo del Patronato ratificado por el Protectorado. Si no hubiese acuerdo del Patronato, o éste no fuese ratificado por el Protectorado, la extinción de la fundación requerirá resolución judicial motivada, que podrá ser instada por el Protectorado o por el Patronato, según los casos.

3. En el supuesto del párrafo f) del artículo anterior se requerirá resolución judicial motivada.

4. El acuerdo de extinción o, en su caso, la resolución judicial, se inscribirán en el correspondiente Registro de Fundaciones.

Artículo 33. Liquidación

1. La extinción de la fundación, salvo en el supuesto previsto en el artículo 31.d), determinará la apertura del procedi-

miento de liquidación, que se realizará por el Patronato de la fundación bajo el control del Protectorado.

2. Los bienes y derechos resultantes de la liquidación se destinarán a las fundaciones o a las entidades no lucrativas privadas que persigan fines de interés general y que tengan afectados sus bienes, incluso para el supuesto de su disolución, a la consecución de aquéllos, y que hayan sido designados en el negocio fundacional o en los Estatutos de la fundación extinguida. En su defecto, este destino podrá ser decidido, en favor de las mismas fundaciones y entidades mencionadas, por el Patronato, cuando tenga reconocida esa facultad por el fundador, y, a falta de esa facultad, corresponderá al Protectorado cumplir ese cometido.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, las fundaciones podrán prever en sus Estatutos o cláusulas fundacionales que los bienes y derechos resultantes de la liquidación sean destinados a entidades públicas, de naturaleza no fundacional, que persigan fines de interés general.

4. Reglamentariamente se establecerán los criterios reguladores del procedimiento de liquidación a que se hace referencia en los apartados anteriores.

CAPÍTULO VII

El Protectorado

Artículo 34. Protectorado

1. El Protectorado velará por el correcto ejercicio del derecho de fundación y por la legalidad de la constitución y funcionamiento de las fundaciones.

2. El Protectorado será ejercido por la Administración General del Estado, en la forma que reglamentariamente se determine, respecto de las fundaciones de competencia estatal.

Artículo 35. Funciones del Protectorado

1. Son funciones del Protectorado:

a) Informar, con carácter preceptivo y vinculante para el Registro de Fundaciones, sobre la idoneidad de los fines y sobre la suficiencia dotacional de las fundaciones que se encuentren en proceso de constitución, de acuerdo con lo previsto en los artículos 3 y 12 de la presente Ley.

b) Asesorar a las fundaciones que se encuentren en proceso de constitución, en relación con la normativa aplicable a dicho proceso.

c) Asesorar a las fundaciones ya inscritas sobre su régimen jurídico, económico-financiero y contable, así como sobre cualquier cuestión relativa a las actividades por ellas desarrolladas en el cumplimiento de sus fines, prestándoles a tal efecto el apoyo necesario.

d) Dar a conocer la existencia y actividades de las fundaciones.

e) Velar por el efectivo cumplimiento de los fines fundacionales, de acuerdo con la voluntad del fundador, y teniendo en cuenta la consecución del interés general.

f) Verificar si los recursos económicos de la fundación han sido aplicados a los fines fundacionales, pudiendo solicitar del Patronato la información que a tal efecto resulte necesaria, previo informe pericial realizado en las condiciones que reglamentariamente se determine.

g) Ejercer provisionalmente las funciones del órgano de gobierno de la fundación si por cualquier motivo faltasen todas las personas llamadas a integrarlo.

h) Designar nuevos patronos de las fundaciones en período de constitución cuando los patronos inicialmente designados no hubieran promovido su inscripción registral, en los términos previstos en el artículo 13.2 de la presente Ley.

i) Cuantas otras funciones se establezcan en ésta o en otras leyes.

2. En todo caso, el Protectorado está legitimado para ejercitar la correspondiente acción de responsabilidad por los actos relacionados en el artículo 17.2 y para instar el cese de los patronos en el supuesto contemplado en el párrafo d) del artículo 18.2.

Asimismo, está legitimado para impugnar los actos y acuerdos del Patronato que sean contrarios a los preceptos legales o estatutarios por los que se rige la fundación.

3. Cuando el Protectorado encuentre indicios racionales de ilicitud penal en la actividad de una fundación, dictará resolución motivada, dando traslado de toda la documentación al Ministerio Fiscal o al órgano jurisdiccional competente, comunicando esta circunstancia a la fundación interesada.

CAPÍTULO VIII

El Registro de Fundaciones de competencia estatal

Artículo 36. El Registro de Fundaciones de competencia estatal

1. Existirá un Registro de Fundaciones de competencia estatal dependiente del Ministerio de Justicia, en el que se inscribirán los actos relativos a las fundaciones que desarrollen su actividad en todo el territorio del Estado o principalmente en el territorio de más de una Comunidad Autónoma.

2. La estructura y funcionamiento del Registro de Fundaciones de competencia estatal se determinarán reglamentariamente.

3. En el Registro de Fundaciones de competencia estatal se llevará una sección de denominaciones, en la que se registrarán las de las fundaciones ya inscritas en los Registros estatal y autonómicos, y las denominaciones sobre cuya utilización exista reserva temporal.

Las Comunidades Autónomas, una vez realizada la inscripción de la constitución de la fundación o, en su caso, de la extinción de la misma, darán traslado de estas circunstancias al Registro de Fundaciones de competencia estatal, a efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior y para constancia y publicidad general.

Artículo 37. Efectos

1. Los Registros de Fundaciones serán públicos, presumiéndose el conocimiento del contenido de los asientos.

2. La publicidad se hará efectiva mediante certificación del contenido de los asientos, por nota simple informativa o por copia de los asientos y de los documentos depositados en los Registros o por medios informáticos o telemáticos que se ajustará a los requisitos establecidos en la normativa vigente en materia de protección de datos de carácter personal.

3. Los actos sujetos a inscripción no inscritos no perjudicarán a tercero de buena fe. La buena fe del tercero se presume en tanto no se pruebe que conocía el acto sujeto a inscripción no inscrito.

4. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de la normativa reguladora de otros Registros públicos existentes.

5. Cuando el Registro encuentre indicios racionales de ilicitud penal en la constitución de una fundación, dictará resolución motivada, dando traslado de toda la documentación al Ministerio Fiscal o al órgano jurisdiccional competente, comunicando esta circunstancia a la fundación interesada, quedando suspendido el procedimiento de inscripción hasta tanto recaiga resolución judicial firme.

CAPÍTULO IX

El Consejo Superior de Fundaciones

Artículo 38. Consejo Superior de Fundaciones

1. Se crea, con carácter de órgano consultivo, el Consejo Superior de Fundaciones.

2. El Consejo Superior de Fundaciones estará integrado por representantes de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las fundaciones, atendiendo especialmente a la existencia de asociaciones de fundaciones con implantación estatal, y se regirá por las normas que reglamentariamente se establezcan sobre su estructura y composición.

Artículo 39. Funciones del Consejo Superior de Fundaciones

Serán funciones del Consejo Superior de Fundaciones:

a) Asesorar e informar sobre cualquier disposición legal o reglamentaria de carácter estatal que afecte directamente a las fundaciones, así como formular propuestas en este ámbito. Asimismo podrá informar sobre tales asuntos cuando le sean consultadas por los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas.

b) Planificar y proponer las actuaciones necesarias para la promoción y fomento de las fundaciones, realizando los estudios precisos al efecto.

c) Las demás que le puedan atribuir las disposiciones vigentes.

Artículo 40. Comisión de cooperación e información registral

Se crea en el Consejo Superior de Fundaciones la Comisión de cooperación e información registral, que estará integrada por representantes de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas.

Dicha Comisión se encargará de establecer mecanismos para la colaboración e información mutua entre los distintos registros, en particular en lo relativo a las denominaciones y a las comunicaciones sobre la inscripción y, en su caso, la extinción de fundaciones.

CAPÍTULO X

Autorizaciones, intervención temporal y recursos

Artículo 41. Autorizaciones

La tramitación de las autorizaciones a que hace referencia la presente Ley se regirá por lo previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Artículo 42. Intervención temporal

1. Si el Protectorado advirtiera una grave irregularidad en la gestión económica que ponga en peligro la subsistencia de la fundación o una desviación grave entre los fines fundacionales y la actividad realizada, requerirá del Patronato, una vez oído éste, la adopción de las medidas que estime pertinentes para la corrección de aquélla.

2. Si el requerimiento al que se refiere el apartado anterior no fuese atendido en el plazo que al efecto se señale, el Protectorado podrá solicitar de la autoridad judicial que acuerde, previa audiencia del Patronato, la intervención temporal de la fundación. Autorizada judicialmente la intervención de la fundación, el Protectorado asumirá todas las atribuciones

legales y estatutarias del Patronato durante el tiempo que determine el juez. La intervención quedará alzada al expirar el plazo establecido, salvo que se acceda a prorrogarla mediante una nueva resolución judicial.

3. La resolución judicial que acuerde la intervención temporal de la fundación se inscribirá en el correspondiente Registro de Fundaciones.

Artículo 43. Recursos jurisdiccionales

1. Los actos del Protectorado ponen fin a la vía administrativa y serán impugnables ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

2. Las resoluciones dictadas en los recursos contra la calificación de los Registros de Fundaciones ponen fin a la vía administrativa y podrán ser impugnadas ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

3. Corresponderá al Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la fundación conocer, de acuerdo con los trámites del proceso declarativo que corresponda, de las pretensiones a las que se refieren los artículos 9.4, 13.2; 17.3; 18.2.d); 18.3; 29.3; 30.4; 32.2, 3 y 4; 35.2 y 42.2 de la presente Ley.

CAPÍTULO XI

Fundaciones del sector público estatal

Artículo 44. Concepto

A los efectos de esta Ley, se consideran fundaciones del sector público estatal aquellas fundaciones en las que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración General del Estado, sus organismos públicos o demás entidades del sector público estatal.

b) Que su patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades.

Artículo 45. Creación

1. La constitución, transformación, fusión y la extinción, y los actos o negocios que impliquen la pérdida de su carácter de fundación del sector público estatal o la adquisición del carácter de fundación del sector público estatal de una fundación preexistente, requerirán autorización previa del Consejo de Ministros.

En la constitución y en la adquisición del carácter de fundación del sector público estatal de una fundación preexistente se asegurará, en todo caso, la designación por

las entidades del sector público estatal de la mayoría de los miembros del patronato (1).

2. En el expediente de autorización deberá incluirse una memoria, que habrá de ser informada por el Ministerio de Administraciones Públicas, en la que, entre otros aspectos, se justifiquen suficientemente las razones o motivos por los que se considera que existirá una mejor consecución de los fines de interés general perseguidos a través de una fundación que mediante otras formas jurídicas, públicas o privadas, contempladas en la normativa vigente.

3. También deberá presentarse una memoria económica, que habrá de ser informada por el Ministerio de Hacienda. En el caso de creación de fundaciones, en la memoria se justificará la suficiencia de la dotación inicialmente prevista para el comienzo de su actividad y, en su caso, de los compromisos futuros para garantizar su continuidad.

Artículo 46. Régimen jurídico

1. Las fundaciones del sector público estatal estarán sujetas a las siguientes limitaciones:

a) No podrán ejercer potestades públicas.

b) Únicamente podrán realizar actividades relacionadas con el ámbito competencial de las entidades del sector público estatal fundadoras, debiendo coadyuvar a la consecución de los fines de las mismas, sin que ello suponga la asunción de sus competencias propias, salvo previsión legal expresa.

2. El Protectorado de estas fundaciones se ejercerá, con independencia del ámbito territorial de actuación de las mismas, por la Administración General del Estado.

3. En materia de presupuestos, contabilidad y auditoría de cuentas, estas fundaciones se regirán por las disposiciones que les sean aplicables del texto refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por el Real Decreto legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre.

En todo caso, la realización de la auditoría externa de las fundaciones del sector público estatal en las que concurran las circunstancias previstas en el artículo 25.5 de la presente Ley, corresponderá a la Intervención General de la Administración del Estado.

4. La selección del personal deberá realizarse con sujeción a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad de la correspondiente convocatoria.

5. Asimismo, su contratación se ajustará a los principios de publicidad, concurrencia y objetividad, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios.

(1) Nueva redacción por Disposición final segunda de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

6. Cuando la actividad exclusiva o principal de la fundación sea la disposición dineraria de fondos, sin contra prestación directa de los beneficiarios, para la ejecución de actuaciones o proyectos específicos, dicha actividad se ajustará a los principios de publicidad, concurrencia y objetividad, siempre que tales recursos provengan del sector público estatal.

7. En los aspectos no regulados específicamente en este capítulo, las fundaciones del sector público estatal se registrarán, con carácter general, por lo dispuesto en la presente Ley.

Disposición adicional primera. Fundaciones del Patrimonio Nacional

La presente Ley no será de aplicación a las fundaciones a que se refiere la Ley 23/1982, de 16 de junio, del Patrimonio Nacional.

Disposición adicional segunda. Fundaciones de entidades religiosas

Lo dispuesto en esta Ley se entiende sin perjuicio de lo establecido en los acuerdos con la Iglesia Católica y en los acuerdos y convenios de cooperación suscritos por el Estado con otras iglesias, confesiones y comunidades religiosas, así como en las normas dictadas para su aplicación, para las fundaciones creadas o fomentadas por las mismas.

Disposición adicional tercera. Fundaciones públicas excluidas

Las fundaciones públicas sanitarias a que se refiere el artículo 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, seguirán rigiéndose por su normativa específica.

Disposición adicional cuarta. Fundaciones constituidas al amparo de la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud

Las fundaciones constituidas al amparo de la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, seguirán rigiéndose por su normativa específica, aplicándoseles los preceptos del capítulo XI con carácter supletorio.

Disposición adicional quinta. Obligaciones de los notarios

Los notarios deberán poner en conocimiento del Protectorado el contenido de las escrituras públicas en lo referente a la constitución de las fundaciones y sus modificaciones posteriores, mediante la remisión de copia simple de las citadas escrituras.

En el caso de que la fundación haya sido constituida en testamento, la referida obligación será cumplimentada cuan-

do el notario autorizante tuviere conocimiento del fallecimiento del testador.

Disposición adicional sexta. Depósito de cuentas y legalización de libros

Corresponden al Registro de Fundaciones de competencia estatal las funciones relativas al depósito de cuentas y la legalización de los libros de las fundaciones de competencia estatal. Reglamentariamente se desarrollarán las prescripciones contenidas en este precepto.

Disposición adicional séptima. Fundaciones vinculadas a los partidos políticos (nueva)

Las fundaciones vinculadas a los partidos políticos se registrarán por lo dispuesto en la presente Ley, y sus recursos podrán proceder de la financiación pública a través de los presupuestos de las distintas Administraciones públicas en los términos establecidos en la legislación presupuestaria aplicable y, en su caso, mediante las correspondientes convocatorias públicas.

Disposición transitoria primera. Adaptación de los Estatutos de las fundaciones y modificación de la dotación

1. En el plazo de dos años a partir de la entrada en vigor de esta Ley, las fundaciones ya constituidas deberán adaptar sus Estatutos, cuando proceda, a lo dispuesto en la misma, quedando extinguidos los plazos de adaptación estatutaria previstos en la legislación anterior. La dotación de dichas fundaciones no se someterá al régimen previsto en el artículo 12 de esta Ley.

2. Para las fundaciones de competencia de las Comunidades Autónomas dicha adaptación sólo procederá en los términos de la disposición final primera.

3. Transcurrido el plazo a que se refiere el apartado 1 sin haberse producido la adaptación de Estatutos, cuando sea necesario, no se inscribirá documento alguno de la fundación en el correspondiente Registro de Fundaciones hasta que la adaptación se haya verificado; todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 29.3 de esta Ley.

4. Las condiciones estatutarias contrarias a la presente Ley de las fundaciones constituidas «a fe y conciencia» se tendrán por no puestas.

Disposición transitoria segunda. Fundaciones preexistentes del sector público estatal

Las fundaciones del sector público estatal ya constituidas deberán, en su caso, adaptar sus Estatutos a lo dispuesto en el capítulo XI de la presente Ley, en el plazo de dos años a contar desde la fecha de su entrada en vigor.

Disposición transitoria tercera. Protectorados de fundaciones

Hasta tanto se apruebe la regulación reglamentaria del Protectorado de las fundaciones de competencia estatal, las fundaciones de este carácter continuarán adscritas a los Protectorados actualmente existentes.

Disposición transitoria cuarta. Registros de Fundaciones de competencia estatal

A los efectos previstos en esta Ley, y en tanto no entre en funcionamiento el Registro de Fundaciones a que se refiere el artículo 36, subsistirán los Registros de Fundaciones actualmente existentes.

Disposición derogatoria única. Derogación normativa

A la entrada en vigor de esta Ley quedarán derogadas todas las disposiciones que se opongan a lo establecido en la misma y, en particular, el Título I y las disposiciones adicionales primera, segunda, tercera, octava, decimotercera, decimocuarta, decimoséptima y decimoctava de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General.

Disposición final primera. Aplicación de la Ley

1. Los artículos 2; 3.1, 2 y 3; 4; 14; 31 y 34.1 constituyen las condiciones básicas para el ejercicio del derecho de fundación reconocido en el artículo 34, en relación con el 53, de la Constitución, y son de aplicación general al amparo de lo previsto en el artículo 149.1.1.a de la Constitución.

2. a) Los artículos 6; 7 y 37.4 son de aplicación general al amparo de lo previsto en el artículo 149.1.1.a y 8.a de la Constitución.

b) Los artículos 5, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 17.1 y 2, 18.1.2. y 4, 19.1, 22.1 y 2, excepto el último inciso 29.1, 2, 3 y 5, 30.1, 3 y 4, 32 y 42 constituyen legislación civil y son de aplicación general al amparo de lo previsto en el artículo 149.1.8.a de la Constitución, sin perjuicio de la aplicabilidad preferente del Derecho Civil Foral o Especial, allí donde exista.

3. Los artículos 17.3; 18.3; 21.3, segundo párrafo; 22.2, último inciso; 35.2 y 43, constituyen legislación procesal, y son

de aplicación general al amparo del artículo 149.1.6.a de la Constitución.

4. Los restantes preceptos de la Ley serán de aplicación a las fundaciones de competencia estatal.

Disposición final segunda. Modificación del apartado 5 del artículo 6 del texto refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por Real Decreto legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre

El apartado 5 del artículo 6 del texto refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por Real Decreto legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, quedará redactado de la siguiente forma:

«5. Son fundaciones del sector público estatal aquellas fundaciones en las que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración General del Estado, sus organismos públicos o demás entidades del sector público estatal.

b) Que su patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades.»

Disposición final tercera. Adaptación del Plan General de Contabilidad y normas de elaboración del plan de actuación

En el plazo de un año a contar desde la entrada en vigor de la presente Ley, el Gobierno actualizará las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las entidades sin fines lucrativos y aprobará las normas de elaboración del plan de actuación de dichas entidades.

Disposición final cuarta. Desarrollo reglamentario

Se autoriza al Gobierno a dictar las disposiciones necesarias para el desarrollo y ejecución de esta Ley.

Disposición final quinta. Entrada en vigor

La presente Ley entrará en vigor el 1 de enero de 2003.

REAL DECRETO 1337/2005, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de fundaciones de competencia estatal (BOE n.º 279 de 22 de noviembre)

La Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, ha supuesto la revisión del marco legal existente en nuestro país en la materia hasta ese momento, constituido por la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general.

Una de las principales características de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, es que en ella se aborda la regulación sustantiva y procedimental de las fundaciones, pero no su régimen tributario, el cual se encuentra regulado por la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, que ha sido desarrollada reglamentariamente por el Real Decreto 1270/2003, de 10 de octubre.

Por otra parte, y aun cuando la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, ha introducido importantes modificaciones sobre diversos aspectos de la vida fundacional, también es cierto que ha conservado un importante número de preceptos de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre.

Resulta ahora necesario abordar el desarrollo reglamentario de la indicada ley, para facilitar su aplicación en aras de una mayor garantía de la eficacia en la gestión de las fundaciones, y a salvo, por razones de especialidad de la materia, de cuanto se refiere al registro de fundaciones de competencia estatal, que será objeto de una regulación específica.

En este sentido, el reglamento que se aprueba mediante este real decreto, dictado de conformidad con la habilitación contenida en la disposición final cuarta de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, regula aquellas cuestiones orientadas a facilitar la actividad y el adecuado funcionamiento de dichas entidades y recoge determinadas disposiciones relativas a los diferentes aspectos del fenómeno fundacional.

Su capítulo I recoge las disposiciones de alcance más general, relativas al ámbito de aplicación de la norma, la denominación de las fundaciones y las delegaciones en España de fundaciones extranjeras.

Los capítulos II y III regulan la constitución y el gobierno de la fundación: adecuación y suficiencia de la dotación, acreditación y valoración de las aportaciones y organización y régimen de actuación del patronato, así como de otros posibles órganos de gobierno.

En el capítulo IV se han unificado las normas procedimentales relativas a los actos de disposición y gravamen del patrimonio fundacional, a diferencia del reglamento que ahora se deroga, en el que esta materia se regulaba de manera dispersa.

En el capítulo V se desarrollan las previsiones legales relativas a las distintas actividades que pueden llevar a cabo las fundaciones, así como las relacionadas con su gestión económica. También se prevén, de acuerdo con la ley, diversas obligaciones de la fundación en materia de contabilidad y rendición de cuentas, sin perjuicio de la aplicabilidad de las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad para las entidades sin fines lucrativos. Por último, en dicho capítulo se regula el destino que las fundaciones han de dar a sus diversas rentas e ingresos, y se desarrollan las limitaciones cuantitativas que la ley prevé para ciertos tipos de gastos.

Tras la regulación de la intervención temporal, recogida en el capítulo VI, el capítulo VII regula los procedimientos para la modificación de estatutos, la fusión y la extinción de las fundaciones, así como las normas aplicables a la liquidación del patrimonio de la fundación extinguida.

El reglamento que se aprueba mediante este real decreto prevé, en sus dos últimos capítulos, la actuación de la Administración en relación con las fundaciones, sistematiza las diversas funciones que la ley atribuye a los protectorados, que habrán de mantener con las asociaciones de fundaciones las debidas relaciones de colaboración, y establece la estructura, composición y funciones del Consejo Superior de Fundaciones.

En su virtud, a propuesta de los Ministros de la Presidencia, de Asuntos Exteriores y de Cooperación, de Justicia, de Economía y Hacienda, de Educación y Ciencia, de Trabajo y Asuntos Sociales, de Industria, Turismo y Comercio, de Administraciones Públicas, de Cultura y de Medio Ambiente, de acuerdo con el Consejo de Estado y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 11 de noviembre de 2005,

DISPONGO

Artículo único. Aprobación del Reglamento

Se aprueba el Reglamento de fundaciones de competencia estatal, cuyo texto se inserta a continuación.

Disposición adicional primera. Registro de fundaciones de competencia estatal

El Registro de fundaciones de competencia estatal se regirá por su normativa específica.

Disposición adicional segunda. Normas contables

Las modificaciones que, como consecuencia de lo dispuesto en la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, sea preciso realizar en las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad para las entidades sin fines lucrativos serán objeto de desarrollo reglamentario específico.

Disposición adicional tercera. Normas de elaboración del plan de actuación

Las normas de elaboración del plan de actuación de las fundaciones serán objeto de desarrollo reglamentario específico.

Disposición transitoria única. Registros de fundaciones

Hasta tanto se apruebe la normativa reguladora del Registro de fundaciones de competencia estatal, los registros de fundaciones actualmente existentes se regirán por el Reglamento del Registro de fundaciones de competencia estatal, aprobado por el Real Decreto 384/1996, de 1 de marzo.

Hasta tanto entre en funcionamiento el Registro único de fundaciones de competencia estatal, las funciones a que se refiere el reglamento que se aprueba mediante este real decreto, incluida la información al Consejo Superior de Fundaciones prevista en su artículo 50.2, serán ejercidas por los registros de fundaciones actualmente existentes.

Disposición derogatoria única. Derogación normativa

1. Quedan derogados:

a) El Real Decreto 316/1996, de 23 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de competencia estatal.

b) El Decreto 2930/1972, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de las fundaciones culturales privadas y entidades análogas y de los servicios administrativos encargados del protectorado sobre éstas.

c) El Decreto 446/1961, de 16 de marzo, por el que se crean las fundaciones laborales, así como la Orden del Ministerio de Trabajo, de 25 de enero de 1962, por la que se dictan normas de aplicación del anterior.

2. Quedan, asimismo, derogadas cualesquiera otras disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a lo dispuesto en este real decreto y en el reglamento que se aprueba.

Disposición final primera. Desarrollo normativo

Se autoriza a los titulares de los departamentos ministeriales para que adopten, en el marco de sus competencias, las disposiciones que resulten precisas para el desarrollo y la aplicación de lo establecido en el reglamento que se aprueba.

Disposición final segunda. Entrada en vigor

El presente real decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*.

REGLAMENTO DE FUNDACIONES DE COMPETENCIA ESTATAL

CAPÍTULO I

Disposiciones generales

Artículo 1. Objeto del reglamento

Este reglamento tiene por objeto desarrollar las previsiones contenidas en la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, en relación con determinados aspectos del régimen de las fundaciones de competencia estatal y regula la organización y funciones del protectorado de fundaciones de competencia estatal y del Consejo Superior de Fundaciones.

Artículo 2. Ámbito de aplicación

1. Este reglamento se aplica:

a) A las fundaciones que desarrollen su actividad en todo el territorio del Estado, o principalmente en el territorio de más de una comunidad autónoma, sin perjuicio de su posible actuación en el extranjero.

b) A las delegaciones de las fundaciones extranjeras que actúen principalmente en el territorio de más de una comunidad autónoma, respecto de los bienes situados en España y de todas las actividades que realicen en territorio nacional.

c) A las fundaciones del sector público estatal, con las especialidades previstas en el capítulo IX de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, y en su normativa específica.

d) A las fundaciones laborales de competencia estatal, según son definidas en la disposición adicional primera de este reglamento.

2. Quedan excluidas de la aplicación de este reglamento:

a) Las fundaciones a que se refiere la Ley 23/1982, de 16 de junio, reguladora del Patrimonio Nacional.

b) Las fundaciones públicas sanitarias a que se refiere el artículo 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de

medidas fiscales, administrativas y del orden social, que se regirán por su normativa específica.

c) Las fundaciones constituidas al amparo de la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, que se regirán por su normativa específica, sin perjuicio de la aplicación supletoria del capítulo XI de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.

3. Lo dispuesto en este reglamento se entiende sin perjuicio de lo establecido en los acuerdos con la Iglesia Católica y en los acuerdos y convenios de cooperación suscritos por el Estado con otras iglesias, confesiones y comunidades religiosas, así como en las normas dictadas para su aplicación en relación con las fundaciones creadas o fomentadas por éstas.

Artículo 3. Denominación de las fundaciones

1. Las fundaciones sólo podrán tener una denominación. Podrán utilizarse las letras del alfabeto de cualquiera de las lenguas oficiales españolas. Las expresiones numéricas podrán recogerse en números arábigos o romanos.

2. La denominación de la fundación no podrá coincidir o asemejarse de manera que pueda crear confusión con ninguna otra de la que conste su previa inscripción en un registro público español, o con una denominación protegida o reservada a otras entidades, públicas o privadas, por su legislación específica. Entre otras posibles circunstancias, se entenderá en todo caso que existe tal semejanza cuando concorra alguna de las siguientes:

a) La utilización de las mismas palabras en diferente orden, género o número.

b) La utilización de las mismas palabras con la adición o supresión de términos, expresiones, artículos, adverbios, preposiciones, conjunciones, acentos, guiones, signos de puntuación u otras partículas de escasa significación.

c) La utilización de distintas palabras con idéntica expresión gráfica o notoria semejanza fonética.

3. Las personas físicas o jurídicas podrán emplear su nombre, denominación, seudónimo o acrónimo en la denominación de las fundaciones que constituyan.

Artículo 4. Delegaciones en España de fundaciones extranjeras

1. El establecimiento de la delegación de una fundación extranjera deberá constar en escritura pública, en la que se recogerán, al menos, los siguientes datos:

a) Los fines de la fundación extranjera.

b) Los datos o documentos que acrediten la constitución de la fundación extranjera con arreglo a su ley personal.

c) Una certificación del acuerdo de su órgano de gobierno por el que se aprueba establecer una delegación de la fundación en España.

d) La denominación de la delegación, que deberá integrar la expresión «Delegación de la fundación».

e) El domicilio y ámbito territorial de actuación de la delegación en España.

f) Las actividades que, en cumplimiento de los fines, pretende realizar la delegación de forma estable en España, sin que estos puedan consistir exclusivamente en la captación de fondos.

g) La identificación de la persona o de las personas que ejercerán la representación de la delegación o que integrarán sus órganos de gobierno.

h) El primer plan de actuación de la delegación en España.

2. El protectorado dictamará, de forma preceptiva y vinculante para el Registro de fundaciones de competencia estatal, si los fines de la fundación matriz son de interés general con arreglo al ordenamiento jurídico español.

CAPÍTULO II

Constitución de la fundación

Artículo 5. Acreditación de las aportaciones a la dotación

1. La realidad de las aportaciones dinerarias a la dotación deberá acreditarse ante el notario autorizante de la escritura de constitución de la fundación mediante un certificado de depósito de la cantidad correspondiente a nombre de la fundación en una entidad de crédito.

El certificado, que deberá incorporarse a la escritura pública, será expedido por la entidad de crédito depositaria, y el depósito no podrá ser de fecha anterior en más de tres meses a la de la escritura pública.

De igual manera habrá de procederse en los sucesivos desembolsos, cuando la aportación dineraria se efectúe de forma sucesiva en los términos establecidos en el artículo 12.2 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones; el certificado de depósito correspondiente deberá incorporarse a la escritura o escrituras públicas que documenten los citados desembolsos.

Los requisitos exigibles para la inscripción registral de los aumentos de la dotación mediante aportaciones dinerarias, así como de aquellos a que se refiere el artículo 32.1, serán los que establezca el reglamento del Registro de fundaciones de competencia estatal.

2. Cuando la aportación a la dotación fuese no dineraria, se describirán los bienes y derechos objeto de la aportación

en la escritura de constitución, y se indicarán sus datos registrales, si existieran, y el título o concepto de la aportación. Se incorporará a la escritura de constitución el informe de valoración a que se refiere el artículo siguiente.

En los aumentos de la dotación, cuando la aportación fuese no dineraria procedente del fundador o de terceros, se deberá hacer constar en la escritura pública correspondiente lo establecido en el párrafo anterior, así como la manifestación de la voluntad del aportante de que forme parte de la dotación.

3. Cuando la aportación no dineraria conlleve algún tipo de carga o gravamen para la fundación, el aportante estará obligado al saneamiento de la cosa objeto de la aportación, en los términos establecidos en el artículo 638 del Código Civil para las donaciones onerosas.

4. Los compromisos de aportaciones de terceros a la dotación inicial habrán de constar en títulos de los que llevan aparejada ejecución, que deberán describirse en la escritura fundacional.

Artículo 6. Valoración de las aportaciones a la dotación

1. El valor de la dotación se fijará siempre en euros, tanto si consiste en dinero como en aportaciones no dinerarias.

2. Las aportaciones no dinerarias realizadas a la dotación serán valoradas por un experto independiente nombrado por el patronato y a costa de la fundación, salvo cuando la aportación se produzca en el momento de constituir la fundación, supuesto en que el experto será designado por el aportante y a su costa. La designación habrá de recaer en personas que ejerzan una profesión o actividad directamente relacionada con la valoración o peritación de los bienes o derechos objeto de la aportación, y que cumplan los requisitos exigidos para su ejercicio.

Cuando los bienes o derechos que deban valorarse sean de naturaleza heterogénea, podrán nombrarse varios expertos. En el nombramiento se expresarán los bienes o derechos que deben valorar cada uno de ellos.

3. Cuando las aportaciones consistan en valores cotizados en un mercado secundario oficial, tendrá la consideración de informe de experto independiente la certificación de una entidad gestora que opere en dicho mercado, en la que se acredite la valoración de los títulos de acuerdo con la cotización media del último trimestre.

4. La tasación del experto independiente deberá incorporarse a la escritura de constitución; en la inscripción registral se hará constar el nombre del experto que la haya elaborado, las circunstancias de su designación, así como la fecha de emisión del informe.

El informe contendrá la descripción de cada una de las aportaciones no dinerarias, con sus datos registrales, en su caso, así como los criterios de valoración adoptados.

Artículo 7. Fundación en proceso de formación

1. El protectorado, al recibir la copia simple de la escritura de constitución enviada por el notario autorizante, podrá requerir a los patronos designados en ella para que acepten el cargo, si todavía no lo hubieran hecho, e insten la inscripción de la fundación.

2. Transcurridos seis meses desde el otorgamiento de la escritura fundacional sin que los patronos hubieran instado la inscripción en el Registro de fundaciones de competencia estatal, el protectorado les comunicará su cese y les reclamará la entrega de toda la documentación que obre en su poder, y procederá, previa autorización judicial, a la designación de nuevos patronos.

CAPÍTULO III

Gobierno de la fundación

Artículo 8. Normas de organización del patronato

Las disposiciones recogidas en este capítulo se aplicarán en defecto de la regulación contenida en los estatutos, de acuerdo con la ley.

Artículo 9. Convocatoria y constitución del patronato

1. Las reuniones del patronato serán convocadas por su secretario, por orden del presidente, además de en los supuestos legalmente previstos, siempre que este lo estime necesario o conveniente o cuando lo solicite la tercera parte del número total de los miembros del patronato. En este caso, la solicitud de convocatoria dirigida al presidente hará constar los asuntos que se vayan a tratar.

2. En la convocatoria se recogerá el lugar, la fecha y la hora de la reunión y su orden del día. Se remitirá de forma individual a todos los patronos con, al menos, cinco días de antelación, al domicilio designado por ellos, mediante cualquier procedimiento, incluidos los medios informáticos, electrónicos o telemáticos, que permita acreditar su recepción por los destinatarios.

3. El patronato podrá adoptar acuerdos cuando esté presente o representada la mayoría absoluta de los patronos.

4. El patronato quedará válidamente constituido sin necesidad de previa convocatoria, siempre que estén presentes o representados todos los patronos y acepten por unanimidad celebrar la reunión.

5. La reunión del patronato podrá prorrogarse en una o en varias sesiones cuando este así lo acuerde, a propuesta de su presidente.

Artículo 10. Composición del patronato

1. Cuando los estatutos fijen un máximo y un mínimo de patronos, corresponderá al propio patronato la determinación de su número concreto.

2. Si se designase patrono a una persona jurídica, esta comenzará a ejercer sus funciones tras haber aceptado expresamente el cargo y haber nombrado como representante a una o a varias personas físicas, mediante acuerdo del órgano competente de la persona jurídica. La designación del representante o representantes, así como sus posteriores sustituciones, se comunicarán al patronato y al protectorado.

Artículo 11. Adopción de acuerdos por el patronato

1. El patronato adoptará sus acuerdos por mayoría de los patronos presentes o representados en la reunión. El presidente tendrá voto de calidad en caso de empate.

2. El patrono se abstendrá de ejercer el derecho de voto cuando se trate de adoptar un acuerdo por el que:

a) Se establezca una relación contractual entre la fundación y el patrono, su representante, sus familiares hasta el cuarto grado inclusive, o su cónyuge o persona ligada con análoga relación de afectividad.

b) Se fije una retribución por sus servicios prestados a la fundación distintos de los que implica el desempeño de las funciones que le corresponden como miembro del patronato.

c) Se entable la acción de responsabilidad contra él.

Artículo 12. Actas de las sesiones del patronato

1. De cada sesión que celebre el patronato el secretario levantará acta, que especificará necesariamente los asistentes, presentes o representados, el orden del día de la reunión, las circunstancias del lugar y tiempo en que se ha celebrado, los puntos principales de las deliberaciones si lo solicitaran los patronos, así como el contenido de los acuerdos adoptados. Las actas serán firmadas en todas sus hojas por el secretario del patronato, con el visto bueno del presidente.

2. En el acta podrá figurar, a solicitud de cada patrono, el voto contrario o favorable al acuerdo adoptado o su abstención, así como la justificación del sentido de su voto. Asimismo, los patronos tienen derecho a solicitar la transcripción íntegra de su intervención o propuesta, siempre que aporten en el acto, o en el plazo que señale el presidente, el texto que corresponda fielmente con su intervención, que se hará constar en el acta o se unirá una copia a ésta. También podrán formular voto particular por escrito en el plazo de 48 horas, que se incorporará al texto aprobado.

3. Las actas se aprobarán en la misma o en la siguiente sesión; no obstante, el secretario podrá emitir certifica-

ción sobre los acuerdos específicos que se hayan adoptado, sin perjuicio de la ulterior aprobación del acta. En las certificaciones de acuerdos adoptados emitidas con anterioridad a la aprobación del acta se hará constar expresamente tal circunstancia.

4. El presidente del patronato requerirá la presencia de un notario para que levante acta de la reunión siempre que, con cinco días de antelación al previsto para su celebración, lo solicite la tercera parte del número total de miembros que integran el patronato.

5. La fundación deberá llevar un libro de actas en el que constarán todas las aprobadas por el patronato.

Artículo 13. Funciones del presidente y vicepresidentes del patronato

1. Corresponderá al presidente del patronato:

a) Ejercer la representación de la fundación en juicio y fuera de él, siempre que el patronato no la hubiera otorgado expresamente a otro de sus miembros.

b) Acordar la convocatoria de las reuniones del patronato y la fijación del orden del día.

c) Presidir las reuniones y dirigir y moderar el desarrollo de los debates, someter a votación los acuerdos y proclamar el resultado de las votaciones.

d) Velar por la correcta ejecución de los acuerdos adoptados por el patronato.

e) Velar por el cumplimiento de la ley y de los estatutos.

f) Visar las actas y certificaciones de los acuerdos del patronato.

g) Cualquier otra facultad que legal o estatutariamente le esté atribuida.

2. El patronato podrá nombrar en su seno uno o varios vicepresidentes y establecerá su orden. En el caso de vacante, ausencia o enfermedad del presidente, sus funciones serán asumidas por el vicepresidente único o primero y, en su defecto, por el segundo y sucesivos, si existiesen.

Artículo 14. Funciones del secretario del patronato

1. Corresponderá al secretario del patronato:

a) Efectuar la convocatoria de las reuniones del patronato por orden de su presidente y realizar las correspondientes citaciones a los miembros del patronato.

b) Asistir a las reuniones del patronato, con voz y voto si la secretaría corresponde a un patrono, o solo con voz en caso contrario.

c) Conservar la documentación de la fundación y reflejar debidamente en el libro de actas del patronato el desarrollo de sus reuniones.

d) Expedir certificaciones con el visto bueno del presidente, respecto de los acuerdos adoptados por el patronato.

e) Cuantas otras funciones sean inherentes a su condición de secretario o se prevean expresamente en los estatutos de la fundación.

2. Sin perjuicio de otras previsiones de suplencia que puedan prever los estatutos, el patronato podrá nombrar un vicesecretario, que asumirá las funciones del secretario en el caso de vacante, ausencia o enfermedad de éste.

Artículo 15. Otros órganos de la fundación

1. Los estatutos podrán prever la existencia de otros órganos distintos del patronato para el desempeño de las funciones que expresamente se les encomienden; en todo caso, deberán respetarse las funciones atribuidas legalmente al patronato como órgano de gobierno y administración al que corresponde el cumplimiento de los fines fundacionales y la administración del patrimonio de la fundación. En los estatutos se regulará la composición y las funciones de estos órganos.

2. Entre las facultades atribuidas a estos órganos no podrán comprenderse la aprobación de las cuentas y del plan de actuación, la modificación de los estatutos, la fusión y la liquidación de la fundación ni aquellos actos que requieran la autorización del protectorado, que son materias de competencia exclusiva del patronato.

3. En todo caso, la creación, modificación y supresión de estos órganos y el nombramiento y cese de sus miembros deberá inscribirse en el Registro de fundaciones de competencia estatal.

CAPÍTULO IV

Patrimonio de la fundación

Artículo 16. Composición del patrimonio

El patrimonio de la fundación está formado por los siguientes bienes, derechos y obligaciones susceptibles de valoración económica:

a) La dotación, integrada por la dotación inicial aportada por el fundador o por terceras personas, por los bienes y derechos de contenido patrimonial que durante la existencia de la fundación se aporten en tal concepto por el fundador o por terceras personas, y por los bienes y derechos que se afecten por el patronato, con carácter permanente, a los fines fundacionales.

En el caso de enajenación o gravamen de bienes y derechos de la dotación, se conservarán en ésta los bienes y dere-

chos que vengan a sustituirlos y se integrará en ella la plusvalía que hubiera podido generarse.

b) Los bienes y derechos directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales, sin carácter permanente, por declaración expresa de su aportante, por acuerdo del patronato o por resolución motivada del protectorado o de la autoridad judicial.

c) Los demás bienes y derechos y las obligaciones que adquiera la fundación en el momento de su constitución o con posterioridad.

Artículo 17. Régimen de disposición y gravamen de los bienes de la fundación

1. Están sometidos a un régimen de autorización previa del protectorado los actos de enajenación, onerosa o gratuita, o de gravamen de los bienes y derechos que formen parte de la dotación y de los directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales, que se concederá si existe justa causa debidamente acreditada.

2. Están sometidos a un régimen de comunicación, en un plazo máximo de 30 días hábiles posteriores a su realización, los siguientes actos sobre bienes o derechos que no formen parte de la dotación o que no se encuentren directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales:

a) Los actos de disposición, a título oneroso o gratuito.

b) Los actos de gravamen que recaigan sobre bienes pertenecientes a alguna de las siguientes categorías:

1.^a Bienes inmuebles.

2.^a Establecimientos mercantiles o industriales.

3.^a Bienes declarados de interés cultural por la Administración General del Estado o por las comunidades autónomas.

c) Los actos de gravamen cuyo importe sea superior al 20 por 100 del activo de la fundación que resulte del último balance aprobado.

Artículo 18. Contenido de la solicitud de autorización y de la comunicación

1. La solicitud de autorización o la comunicación a que se refiere el artículo anterior, así como las comunicaciones relativas a herencias, legados y donaciones previstas en el artículo 22 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, deberán acompañarse de los siguientes documentos:

a) Certificación del acuerdo adoptado por el patronato de la fundación.

b) Memoria acreditativa de las características del bien o derecho objeto del acuerdo y de los elementos y condiciones

del negocio jurídico, con exposición de las razones en que se fundamenta e indicación del destino del importe.

c) Valoración de los bienes y derechos realizada por un experto independiente. Tratándose de valores cotizados en un mercado secundario oficial, tendrá la consideración de informe de experto independiente la certificación de una entidad gestora que opere en dicho mercado, en la que se acredite la valoración de los títulos de acuerdo con la cotización media del último trimestre.

2. La solicitud de autorización o la comunicación de actos de gravamen deberá contener expresión de las circunstancias siguientes:

a) Cuando se trate de préstamos hipotecarios, se ha de determinar expresamente la cuantía y el destino del principal, la valoración del bien de conformidad con los criterios utilizados habitualmente por las entidades de crédito, los intereses pactados y el plazo para el cumplimiento de la obligación garantizada.

b) Cuando se trate de usufructos, derechos de superficie u otra clase de gravámenes, se ha de expresar el valor de los derechos reales que se pretende constituir, su duración y los elementos y condiciones esenciales del gravamen. A los efectos de valoración del derecho real que se pretenda constituir, se estará a lo prevenido en las normas reguladoras del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales relativas a la constitución de derechos reales.

Artículo 19. Procedimiento de autorización administrativa

1. El patronato dirigirá al protectorado la solicitud de autorización de los actos de disposición o gravamen previstos en el artículo 17.1.

2. El protectorado podrá solicitar, a su costa, una valoración pericial del acto de disposición o gravamen. Si del contenido del informe pericial se dedujera un posible perjuicio para la fundación, se dará traslado al patronato para que alegue lo que corresponda en un plazo de 15 días.

3. El procedimiento de autorización deberá resolverse y notificarse en el plazo máximo de tres meses a partir de la entrada de la solicitud en el registro del protectorado competente para su tramitación. Transcurrido dicho plazo sin haberse notificado una resolución expresa, se entenderá estimada la solicitud.

4. De realizarse el acto autorizado, se remitirá al protectorado en el plazo de un mes una copia del documento en que se formalice, para su oportuna constancia en el protectorado y en el Registro de fundaciones de competencia estatal.

5. El protectorado podrá denegar la autorización en los siguientes supuestos:

a) Cuando la contraprestación recibida en el acto de disposición o gravamen sometido a autorización no resulte equilibrada.

b) Cuando el acto de disposición o gravamen resulte de otro modo lesivo para los intereses de la fundación o pueda impedir la realización de sus fines.

Artículo 20. Autorización anual para la enajenación de valores cotizados

1. En el supuesto de títulos valores que formen parte de la dotación o estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales y coticen en un mercado secundario oficial, el patronato podrá solicitar al protectorado la autorización para enajenar en cualquier momento a lo largo del ejercicio los valores que se detallan en la solicitud o los que vengan a sustituirlos. El protectorado, si las circunstancias del caso lo hicieran aconsejable, podrá conceder dicha autorización siempre que los valores se enajenen por un precio superior al de adquisición, salvo que circunstancias de mercado aconsejen lo contrario; en tal caso, se hará mención expresa de este extremo tanto en la solicitud de autorización como en su concesión.

2. El patronato comunicará trimestralmente al protectorado las enajenaciones efectuadas, el cual podrá revocar la autorización cuando estas sean lesivas para los intereses de la fundación, sin perjuicio de la eficacia de las operaciones ya efectuadas.

3. Al formular la comunicación al protectorado, se deberá acreditar el importe de la cotización del día anterior al de la venta, cuya fecha deberá hacerse constar.

Artículo 21. Efectos de la falta de autorización o de comunicación

1. Cuando el protectorado tenga conocimiento de que se han realizado actos de disposición o gravamen sin la preceptiva autorización o sin cumplir la obligación de comunicar el acto o negocio realizado, requerirá al patronato cuanta información considere conveniente. El patronato dispondrá de un plazo de 15 días para suministrar dicha información.

2. El protectorado, a la vista de las circunstancias concurrentes, resolverá sobre la procedencia de subsanar el defecto, y autorizará a posteriori el negocio efectuado, sin perjuicio de la posibilidad de entablar la acción de responsabilidad contra los patronos o de solicitar de la autoridad judicial su destitución.

Artículo 22. Reducción grave de los fondos propios

Cuando durante dos ejercicios consecutivos se aprecie en las cuentas anuales de una fundación una reducción grave de sus fondos propios que ponga en riesgo la consecución de sus fines, el protectorado podrá requerir al patronato a fin de que adopte las medidas oportunas para corregir la situación.

Actividad de la fundación y gestión económica

Sección 1.ª Actividades fundacionales

Artículo 23. Actividades de la fundación

1. Las fundaciones podrán desarrollar actividades propias y actividades mercantiles.

A estos efectos, se entiende por actividad propia la realizada por la fundación para el cumplimiento de sus fines, sin ánimo de lucro, con independencia de que la prestación o servicio se otorgue de forma gratuita o mediante contraprestación.

2. Las fundaciones podrán, además, desarrollar directamente actividades mercantiles cuando realicen la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos, o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios para obtener lucro, siempre que su objeto esté relacionado con los fines fundacionales o sean complementarias o accesorias de aquéllas, con sometimiento a las normas reguladoras de defensa de la competencia.

Asimismo, las fundaciones podrán realizar cualquier actividad mercantil mediante la participación en sociedades, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente.

Artículo 24. Participación de la fundación en sociedades mercantiles

1. La adquisición originaria o derivativa por la fundación de participaciones mayoritarias en sociedades mercantiles en las que no se responda personalmente de las deudas sociales deberá comunicarse al protectorado. Dicha comunicación se realizará en cuanto dicha circunstancia se produzca, sin que pueda superarse en ningún caso el plazo máximo de 30 días, y se acompañará de una copia del título que justifique la adquisición de la participación mayoritaria.

Lo previsto en este apartado se aplicará igualmente a las adquisiciones de participaciones minoritarias que, acumuladas a adquisiciones anteriores, den lugar a la participación mayoritaria de la fundación en la sociedad mercantil.

2. A los efectos previstos en el apartado anterior, se entenderá por participación mayoritaria aquella que represente más del 50 por 100 del capital social o de los derechos de voto, a cuyos efectos se computarán tanto las participaciones directas como las indirectas. Para determinar los derechos de voto, en el supuesto de sociedades indirectamente dependientes de una fundación, se entenderá que a esta le corresponde el número de votos que corresponda a la sociedad dependiente que participe directamente en el capital social de aquéllas.

3. En el caso de que el ordenamiento jurídico establezca para la adquisición de participaciones significativas un régi-

men de comunicación a los correspondientes organismos supervisores, el patronato de la fundación deberá comunicar dicha adquisición al protectorado con los requisitos establecidos en el apartado 1.

4. 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, el patronato 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.

Si transcurriera el plazo mencionado sin que se hubiera llevado a cabo la enajenación, o sin que la sociedad participada se hubiera transformado en sociedad no personalista, el protectorado requerirá al patronato para que, en el plazo de 15 días, realice las alegaciones que considere oportunas. El protectorado, si concurren las circunstancias previstas en la ley, podrá entablar la acción de responsabilidad contra los patronos o solicitar de la autoridad judicial su cese.

Artículo 25. Códigos de conducta para la realización de inversiones temporales

1. Anualmente, el patronato emitirá un informe acerca del grado de cumplimiento por parte de la fundación de los códigos de conducta aprobados en desarrollo de la disposición adicional tercera de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero.

2. El patronato remitirá el citado informe al protectorado junto con las cuentas anuales. En el informe deberán especificarse las operaciones que se hayan desviado de los criterios contenidos en los códigos y las razones que lo justifican.

Sección 2.ª Plan de actuación, contabilidad y auditoría

Artículo 26. Plan de actuación

1. El patronato aprobará y remitirá al protectorado, en los últimos tres meses de cada ejercicio, un plan de actuación, en el que quedarán reflejados los objetivos y las actividades que se prevea desarrollar en el ejercicio siguiente. El patronato no podrá delegar esta función en otros órganos de la fundación.

2. El plan de actuación contendrá información identificativa de cada una de las actividades propias y de las actividades mercantiles, de los gastos estimados para cada una de ellas y de los ingresos y otros recursos previstos, así como cualquier otro indicador que permita comprobar en la memoria el grado de realización de cada actividad o el grado de cumplimiento de los objetivos.

3. El patronato remitirá al protectorado el plan de actuación acompañado de la certificación del acuerdo aprobatorio

del patronato y de la relación de los patronos asistentes a la sesión. Dicha certificación será expedida por el secretario con el visto bueno del presidente, que acreditarán su identidad por cualquiera de los medios admitidos en derecho para presentar documentos ante los órganos administrativos.

4. Una vez comprobada la adecuación formal del plan de actuación a la normativa vigente, el protectorado procederá a depositarlo en el Registro de fundaciones de competencia estatal.

Artículo 27. Libros de contabilidad

Las fundaciones llevarán necesariamente un libro diario y un libro de inventarios y cuentas anuales, así como aquellos que el patronato considere convenientes para el buen orden y desarrollo de sus actividades y para el adecuado control de sus actividades.

Artículo 28. Cuentas anuales

1. Las cuentas anuales comprenden el balance, la cuenta de resultados y la memoria. Se formularán al cierre del ejercicio, de conformidad con los criterios establecidos en las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las entidades sin fines lucrativos, y se expresarán los valores en euros. Cuando las cuentas vayan a ser sometidas a auditoría externa, habrán de formularse dentro de los tres meses siguientes al cierre del ejercicio. El ejercicio económico coincidirá con el año natural, salvo que en los estatutos se establezca un período anual diferente.

2. Las cuentas anuales serán aprobadas por el patronato en el plazo máximo de seis meses desde el cierre del ejercicio, sin que pueda delegar esta función en otros órganos de la fundación.

3. Las cuentas aprobadas serán firmadas en todas sus hojas por el secretario del patronato, con el visto bueno del presidente.

4. Las cuentas anuales y, en su caso, el informe de auditoría se presentarán al protectorado dentro del plazo de 10 días hábiles desde su aprobación, acompañadas de certificación del acuerdo aprobatorio del patronato en el que figure la aplicación del resultado, emitida por el secretario con el visto bueno del presidente, que acreditarán su identidad por cualquiera de los medios admitidos en derecho para presentar documentos ante los órganos administrativos. Los patronos que lo deseen podrán solicitar que conste en dicha certificación el sentido de su voto. También se acompañará la relación de patronos asistentes a la reunión en la que fueron aprobadas, firmada por todos ellos.

5. El protectorado examinará las cuentas y, en su caso, el informe de auditoría y comprobará su adecuación formal a la normativa vigente. Si en dicho examen se apreciaren errores o defectos formales, el protectorado lo notificará al patronato para que proceda a su subsanación en el plazo que le

señale, no inferior a 10 días. Si el patronato no atendiera dicho requerimiento, el protectorado, a la vista de las circunstancias concurrentes, podrá ejercer las acciones que le confiere el artículo 35.2 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.

6. Una vez comprobada la adecuación formal a la normativa vigente de los documentos examinados, el protectorado procederá a depositarlos en el Registro de fundaciones de competencia estatal, todo ello sin perjuicio de las comprobaciones materiales que, dentro del plazo de cuatro años desde la presentación, pueda realizar en el ejercicio de sus funciones. Si, como consecuencia de dichas comprobaciones materiales, el protectorado apreciara cualquier incumplimiento de la normativa aplicable, incorporará a las cuentas depositadas en el citado registro las observaciones que considere oportunas, sin perjuicio del posible ejercicio de las acciones que le confiere el artículo 35.2 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre de Fundaciones.

7. Anualmente, el protectorado remitirá al Ministerio de Economía y Hacienda las relaciones nominales de las fundaciones que han cumplido debidamente con la obligación de presentar las cuentas anuales y de aquellas que han incumplido dicha obligación o que no han atendido los requerimientos del protectorado destinados al cumplimiento de la obligación de presentar las citadas cuentas.

Artículo 29. Cuentas consolidadas

1. Las fundaciones que realicen actividades económicas y se encuentren en alguno de los supuestos previstos en los artículos 42 y 43 del Código de Comercio para la sociedad dominante deberán formular, además, cuentas anuales consolidadas en los términos señalados en el Código de Comercio y en las disposiciones contables que resulten de aplicación en este ámbito. Cuando la fundación esté obligada a consolidar sus cuentas, deberá hacerlo constar así en la memoria.

2. Las cuentas anuales consolidadas se formularán y aprobarán conforme a lo previsto en el artículo anterior, se depositarán en el Registro Mercantil, conforme a lo dispuesto en la sección 2.ª del capítulo III del título III de su reglamento, y se remitirá una copia al Registro de fundaciones de competencia estatal.

Artículo 30. Descripción de las actividades fundacionales en la memoria

1. La descripción de las actividades fundacionales identificará y cuantificará la actuación global de la fundación, así como cada una de las actividades, distinguiendo entre actividades propias y mercantiles. Deberá contener la siguiente información:

a) Identificación de las actividades, con su denominación y ubicación física. Para cada una de las actividades identificadas, se especificarán:

1.º Los recursos económicos empleados para su realización, con separación de las dotaciones a la amortización y a la provisión de los restantes gastos consignados en la cuenta de resultados. A su vez, se informará de las adquisiciones de inmovilizado realizadas en el ejercicio, de la cancelación de deuda no comercial y de otras aplicaciones.

2.º Los recursos humanos, agrupados por las siguientes categorías: personal asalariado, personal con contrato de servicios y personal voluntario. Se especificará su dedicación horaria.

3.º El número de beneficiarios o usuarios de sus actividades propias, diferenciando entre personas físicas y jurídicas.

4.º Los ingresos ordinarios obtenidos en el ejercicio, respecto a las actividades mercantiles.

b) Identificación de los convenios de colaboración suscritos con otras entidades; se dará una valoración monetaria a la corriente de bienes y servicios que se produce.

c) Recursos totales obtenidos en el ejercicio, así como su procedencia, distinguiendo entre rentas y otros ingresos derivados del patrimonio, de prestación de servicios, de subvenciones del sector público, de aportaciones privadas y de cualquier otro supuesto.

d) Deudas contraídas y cualquier otra obligación financiera asumida por la fundación.

e) Recursos totales empleados en el ejercicio, distinguiendo entre gastos destinados a actividades propias, mercantiles y otros gastos.

f) Grado de cumplimiento del plan de actuación, indicando las causas de las desviaciones.

2. Los ingresos y gastos mencionados en este artículo se determinarán conforme a los principios, reglas y criterios establecidos en las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las entidades sin fines lucrativos.

Artículo 31. Auditoría externa

1. Corresponde al patronato la designación de un auditor, tanto en el supuesto de que la fundación estuviera legalmente obligada a someter sus cuentas a auditoría externa como en el caso de que el patronato decidiera voluntariamente someterlas a auditoría.

El nombramiento se llevará a cabo antes de que finalice el ejercicio que se va a auditar, con sujeción a los períodos de contratación previstos en la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas. No podrá revocarse a los auditores de cuentas antes de que finalice el período para el que fueron nombrados, a no ser que medie justa causa.

2. Excepcionalmente, el encargado del Registro de fundaciones de competencia estatal podrá, a instancia del protectorado o de cualquiera de los miembros del patronato, designar un auditor de cuentas para verificar las cuentas anuales

de un ejercicio determinado, en los casos en que el patronato, estando obligado a nombrar auditor, no lo hubiera realizado antes de la finalización del ejercicio a auditar.

3. El nombramiento de los auditores por el encargado del Registro de fundaciones de competencia estatal se realizará de entre los que aparezcan en la lista de auditores inscritos en el Registro oficial de auditores de cuentas. A tal efecto, el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas remitirá, en el mes de enero de cada año, al encargado del Registro de fundaciones de competencia estatal una lista de los auditores inscritos en el Registro oficial de auditores de cuentas al 31 de diciembre del año anterior, por cada provincia. En cada una de las listas figurarán, por orden alfabético y numerados, el nombre y apellidos o la razón social o denominación de los auditores de cuentas, así como su domicilio, que necesariamente deberá radicar en la provincia a que se refiera dicha lista. Los auditores que tengan oficina o despacho abierto en distintas provincias podrán figurar en las listas correspondientes a cada una de ellas.

Recibidas las listas, el encargado del Registro de fundaciones de competencia estatal remitirá para su publicación en el *Boletín Oficial del Estado* el día y la hora del sorteo público para determinar el orden de nombramientos. Una vez efectuado dicho sorteo, se publicará en el *Boletín Oficial del Estado* la letra del alfabeto que determinará el orden de los nombramientos, que será la misma para cada provincia. Dicho orden comenzará a regir para los nombramientos que se efectúen a partir del primer día hábil del mes siguiente en que hubiese tenido lugar la publicación y se mantendrá hasta que entre en vigor el correspondiente al siguiente año. Para determinar qué lista es la utilizada para cada nombramiento, se estará a la provincia donde radique el domicilio de la fundación.

El encargado del Registro de fundaciones de competencia estatal tendrá a disposición del público las listas de auditores.

4. La solicitud de nombramiento de auditor deberá recoger, al menos, las siguientes circunstancias:

a) Identificación del solicitante.

b) Denominación y datos de identificación registral de la fundación.

c) Causa de la solicitud.

d) Fecha de la solicitud.

5. En defecto de normas específicas, el régimen jurídico de los auditores se regirá por lo dispuesto en la legislación mercantil.

Sección 3.ª Gestión económica

Artículo 32. Destino de rentas e ingresos

1. Deberá destinarse a la realización de los fines fundacionales, al menos, el 70 por 100 del importe del resultado

contable de la fundación, corregido con los ajustes que se indican en los apartados siguientes.

El resto del resultado contable, no destinado a la realización de los fines fundacionales, deberá incrementar bien la dotación, bien las reservas, según acuerdo del patronato.

2. No se incluirán como ingresos:

a) La contraprestación que se obtenga por la enajenación o gravamen de bienes y derechos aportados en concepto de dotación por el fundador o por terceras personas, así como de aquellos otros afectados por el patronato, con carácter permanente, a los fines fundacionales, incluida la plusvalía que se pudiera haber generado.

b) Los ingresos obtenidos en la transmisión onerosa de bienes inmuebles en los que la entidad desarrolle la actividad propia de su objeto o finalidad específica, siempre que el importe de la citada transmisión se reinvierta en bienes inmuebles en los que concorra dicha circunstancia.

3. No se considerarán en ningún caso como ingresos las aportaciones o donaciones recibidas en concepto de dotación en el momento de la constitución o en un momento posterior.

4. No se deducirán los siguientes gastos:

a) Los que estén directamente relacionados con las actividades desarrolladas para el cumplimiento de fines, incluidas las dotaciones a la amortización y a las provisiones de inmovilizado afecto a dichas actividades.

b) La parte proporcional de los gastos comunes al conjunto de actividades que correspondan a las desarrolladas para el cumplimiento de los fines fundacionales. Esta parte proporcional se determinará en función de criterios objetivos deducidos de la efectiva aplicación de recursos a cada actividad.

Dichos gastos comunes podrán estar integrados, en su caso, por los gastos por servicios exteriores, de personal, financieros, tributarios y otros gastos de gestión y administración, así como por aquellos de los que los patronos tienen derecho a ser resarcidos, en los términos previstos en el artículo 15.4 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.

5. Los ingresos y los gastos a que se refiere este cómputo se determinarán en función de la contabilidad llevada por la fundación con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, y conforme a los principios, reglas y criterios establecidos en las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las entidades sin fines lucrativos, y en otras normas de desarrollo de dicho plan general que resulten de aplicación.

6. Se considera destinado a los fines fundacionales el importe de los gastos e inversiones realizados en cada ejercicio que efectivamente hayan contribuido al cumplimiento de los fines propios de la fundación especificados en sus estatutos, excepto las dotaciones a las amortizaciones y provisiones.

Para determinar el cumplimiento del requisito del destino de rentas e ingresos, cuando las inversiones destinadas a los fines fundacionales hayan sido financiadas con ingresos que deban distribuirse en varios ejercicios, como subvenciones, donaciones y legados, o con recursos financieros ajenos, dichas inversiones se computarán en la misma proporción en que lo hubieran sido los ingresos o se amortice la financiación ajena.

7. El destino a fines deberá hacerse efectivo en el plazo comprendido entre el inicio del ejercicio en que se hayan obtenido dichos resultados y los cuatro años siguientes a su cierre.

8. En la memoria integrada en las cuentas anuales que debe presentar la fundación se incluirá información detallada del cumplimiento del destino a fines fundacionales, y en ella se especificará el resultado sobre el que se aplica el porcentaje del 70 por 100 y los gastos e inversiones destinados a fines fundacionales, así como el importe de los gastos de administración. También se incluirá esta información en relación con los saldos pendientes de aplicar de ejercicios anteriores.

El protectorado analizará la información suministrada y podrá requerir que esta se amplíe y que se aporten los documentos y justificantes que se estimen necesarios. En la medida en que considere que la información y la documentación aportadas no acreditan el cumplimiento del requisito, lo hará constar así en el correspondiente informe.

Artículo 33. Gastos de administración

El importe de los gastos directamente ocasionados por la administración de los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación, sumado al de los gastos de los que los patronos tienen derecho a ser resarcidos, no podrá superar la mayor de las siguientes cantidades: el cinco por ciento de los fondos propios o el 20 por 100 del resultado contable de la fundación, corregido con los ajustes que se establecen en el artículo 32.

Artículo 34. Remuneración de patronos y autocontratación

1. La solicitud de autorización para que los patronos sean remunerados o contraten con la fundación, por sí o por medio de representante, a que se refieren los artículos 15.4 y 28 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, será cursada al protectorado por el patronato y habrá de ir acompañada de la siguiente documentación:

a) Copia del documento en que se pretende formalizar el negocio jurídico entre el patrono y la fundación.

b) Certificación del acuerdo del patronato por el que se decide la realización del negocio jurídico, incluyendo el coste máximo total que supondrá para la fundación.

c) Memoria explicativa de las circunstancias concurrentes, entre las que se incluirán las ventajas que supone para la fundación efectuar el negocio jurídico con un patrono.

2. El protectorado resolverá y notificará la resolución en el plazo de tres meses, entendiéndose estimada la solicitud si, transcurrido dicho plazo, no hubiese recaído resolución expresa ni hubiese sido notificada.

3. El protectorado denegará en todo caso la autorización en los siguientes supuestos:

a) Cuando el negocio jurídico encubra una remuneración por el ejercicio del cargo de patrono.

b) Cuando el valor de la contraprestación que deba recibir la fundación no resulte equilibrado.

4. También deberá el patronato solicitar autorización del protectorado, en los términos establecidos en los apartados anteriores, para designar como patrono a una persona, natural o jurídica, que mantenga un contrato en vigor con la fundación.

CAPÍTULO VI

Intervención temporal

Artículo 35. Intervención temporal

1. Si el protectorado advirtiera una grave irregularidad en la gestión económica que ponga en peligro la subsistencia de la fundación o una desviación grave entre los fines fundacionales y la actividad realizada, acordará la iniciación del procedimiento de intervención temporal y lo notificará al patronato para que, en el plazo de 15 días, formule las alegaciones que considere oportunas. A la vista de estas alegaciones, el protectorado podrá declarar la existencia de la irregularidad o desviación. Transcurrido el plazo de tres meses desde la iniciación del procedimiento sin que se hubiese llevado a cabo dicha declaración, se producirá su caducidad.

2. Emitida la resolución a que se refiere el apartado anterior, el protectorado requerirá del patronato la adopción de las medidas que estime pertinentes para la corrección de la irregularidad o desviación advertida, y fijará, a tal efecto, un plazo no superior a dos meses.

3. Si el requerimiento no fuera atendido en el plazo indicado, el protectorado podrá solicitar de la autoridad judicial que acuerde, previa audiencia del patronato, la intervención temporal de la fundación. Junto con la solicitud, el protectorado remitirá a la autoridad judicial los siguientes datos:

a) Hechos que motivan la solicitud de intervención.

b) Medidas propuestas y plazo estimado para su ejecución.

c) Plazo de la intervención solicitada.

d) Personas que, en representación del protectorado y en número no inferior a tres, ejercerían las funciones del patronato.

4. El protectorado podrá solicitar la colaboración de organismos públicos y privados para asegurar un adecuado ejercicio de las atribuciones que se derivan de la intervención acordada por la autoridad judicial.

CAPÍTULO VII

Modificación, fusión y extinción de la fundación

Artículo 36. Procedimiento de modificación estatutaria

1. Cuando el procedimiento de modificación de los estatutos se inicie a instancia del patronato, en los supuestos previstos en el artículo 29 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, el órgano de gobierno de la fundación acompañará a la preceptiva comunicación que debe efectuar al protectorado los siguientes documentos:

a) El texto de la modificación.

b) Certificación del acuerdo aprobatorio del patronato, emitida por el secretario con el visto bueno del presidente.

Si en el plazo de tres meses desde la recepción de la comunicación el protectorado no se opusiera motivadamente y por razones de legalidad a la modificación estatutaria, o si antes de que venciera aquel plazo manifestara de forma expresa su no oposición a la modificación o nueva redacción de los estatutos, el patronato elevará a escritura pública la modificación de los estatutos para su ulterior inscripción en el Registro de fundaciones de competencia estatal.

2. Cuando el procedimiento se inicie por el protectorado, este requerirá del patronato la modificación que estime necesaria y fijará un plazo suficiente para llevarla a cabo, en atención a las circunstancias que concurran, que no podrá ser inferior a tres meses. Transcurrido dicho plazo sin que el patronato hubiera acordado la modificación requerida, o ante su oposición expresa, el protectorado podrá solicitar de la autoridad judicial que resuelva sobre la procedencia de la modificación de estatutos requerida.

Artículo 37. Procedimiento de fusión de fundaciones

1. Acordada la fusión por propia iniciativa de los patronatos afectados, siempre que no lo haya prohibido el fundador, acompañarán a la preceptiva comunicación al protectorado, que podrá oponerse o mostrar su no oposición en idénticos términos a los establecidos en el artículo anterior, los siguientes documentos:

a) Certificación del acuerdo aprobatorio de fusión de cada uno de los patronatos, emitida por sus secretarios con el visto bueno de sus presidentes.

b) Informe justificativo de la fusión, aprobado por los patronatos de las fundaciones fusionadas, en el que se expondrá el modo en que afectará a los fines y actividades de las fundaciones fusionadas y el patrimonio aportado por cada una de ellas.

c) El último balance anual aprobado de cada una de las fundaciones fusionadas, si dicho balance hubiera sido cerrado dentro de los seis meses anteriores al acuerdo de fusión. En caso contrario, se elaborará un balance específico de fusión.

d) Los estatutos de la nueva fundación y la identificación de los miembros de su primer patronato.

La fusión requerirá el otorgamiento de escritura pública, en la que conste el acuerdo de fusión aprobado por los respectivos patronatos, y su inscripción en el Registro de fundaciones de competencia estatal. En la escritura pública de fusión se incluirá lo reseñado en los párrafos a), b), c) y d).

2. Cuando la fundación sea requerida por el protectorado, en el supuesto de que resulte incapaz de alcanzar sus fines, para que se fusione con otra de fines análogos que haya manifestado su voluntad favorable, y siempre que el fundador no lo hubiera prohibido, el protectorado le concederá un plazo suficiente para negociar el acuerdo de fusión, atendidas las circunstancias concurrentes, que no podrá ser inferior a tres meses. Transcurrido dicho plazo sin haber recibido la documentación reseñada en el apartado anterior, o ante la oposición expresa del patronato requerido, el protectorado podrá solicitar de la autoridad judicial que ordene la fusión.

Artículo 38. Procedimiento de extinción de la fundación

1. Cuando el patronato acuerde extinguir la fundación por haberse realizado íntegramente el fin fundacional, por resultar imposible su realización o por concurrir cualquier otra causa prevista en el acto constitutivo o en los estatutos, deberá solicitar la ratificación del protectorado, para lo que acompañará la siguiente documentación:

a) Certificación del acuerdo de extinción adoptado por el patronato, emitida por el secretario con el visto bueno del presidente.

b) Memoria justificativa de la concurrencia de una causa de extinción específica de las previstas en el primer párrafo de este apartado. En el supuesto de que la causa de extinción sea la imposibilidad de realizar el fin fundacional, habrá que justificar, además, la improcedencia o la imposibilidad de modificar los estatutos o de llevar a cabo un proceso de fusión.

c) Las cuentas de la entidad a la fecha en que se adoptó el acuerdo de extinción.

d) El proyecto de distribución de los bienes y derechos resultantes de la liquidación.

El protectorado, una vez examinada la documentación aportada por el patronato y en el plazo de tres meses, resolverá de forma motivada sobre la ratificación del acuerdo de extinción. A falta de resolución expresa debidamente notificada en el plazo citado, el acuerdo de extinción podrá entenderse ratificado. Si la resolución fuese denegatoria, el patronato podrá instar ante la autoridad judicial la declaración de extinción de la fundación.

2. Si el protectorado apreciara de oficio la concurrencia de alguno de los supuestos de extinción previstos en el apartado anterior, comunicará al patronato la necesidad de adoptar el acuerdo de extinción en el plazo que al efecto señale, que no podrá ser inferior a tres meses. Transcurrido dicho plazo sin que el patronato hubiera adoptado el acuerdo de extinción requerido, o ante su oposición expresa, el protectorado podrá solicitar de la autoridad judicial la declaración de extinción de la fundación.

3. La extinción de la fundación por cualquier causa establecida en las leyes que no se encuentre recogida en los párrafos a) a e) del artículo 31 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, requerirá en todo caso resolución judicial motivada. Tanto el patronato como el protectorado podrán instar esta resolución, a no ser que la ley aplicable establezca otra cosa.

4. El acuerdo de extinción, que deberá constar en escritura pública, o, en su caso, la resolución judicial se inscribirán en el Registro de fundaciones de competencia estatal.

Artículo 39. Procedimiento y criterios de liquidación

1. La liquidación de la fundación extinguida se realizará por el patronato bajo el control del protectorado. A tal efecto, el protectorado podrá solicitar del patronato cuanta información considere necesaria, incluso con carácter periódico, sobre el proceso de liquidación.

2. Sin perjuicio de lo previsto en el apartado anterior, el patronato podrá apoderar o delegar la ejecución material de sus acuerdos relativos al proceso de liquidación.

3. El procedimiento de liquidación se inicia con la aprobación por el patronato del balance de apertura de la liquidación.

4. Resultan aplicables al proceso de liquidación los requisitos establecidos con carácter general para los actos dispositivos de los bienes y derechos de la fundación, así como las normas que regulan la responsabilidad de los patronos.

5. El protectorado impugnará ante la autoridad judicial los actos de liquidación que resulten contrarios al ordenamiento jurídico o a los estatutos de la fundación.

6. No se podrán destinar los bienes y derechos resultantes de la liquidación a las entidades a que se refieren los apartados 2 y 3 del artículo 33 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, sin que hayan sido satisfechos todos los acreedores o sin haber consignado el importe de sus créditos. Cuando existan créditos no vencidos, se asegurará previamente el pago.

7. La función liquidadora del patronato concluirá con el otorgamiento de la escritura de cancelación de la fundación, la solicitud de la cancelación de los asientos referentes a la fundación y su inscripción en el Registro de fundaciones de competencia estatal.

CAPÍTULO VIII

El protectorado

Artículo 40. Organización general del protectorado

1. El protectorado de las fundaciones de competencia estatal será ejercido por la Administración General del Estado a través de los departamentos ministeriales que posean atribuciones vinculadas con los fines fundacionales, tal y como aparecen descritos en los estatutos de la fundación. La atribución del protectorado a nuevos departamentos ministeriales sólo podrá llevarse a cabo mediante acuerdo del Consejo de Ministros.

2. El Registro de fundaciones de competencia estatal decidirá, a la vista del fin principal de la fundación establecido en sus estatutos, tanto en el momento de su constitución como con ocasión de una eventual modificación estatutaria que afecte a sus fines, el protectorado competente al que dicha fundación quedará adscrita.

3. En el ámbito de cada departamento ministerial, la titularidad del protectorado corresponde al Ministro, sin perjuicio de la posibilidad de su delegación o desconcentración.

Las resoluciones del titular del protectorado ponen fin a la vía administrativa.

Artículo 41. Atribuciones del protectorado

1. El protectorado se ejerce respetando la autonomía de funcionamiento de las fundaciones y con el objetivo de garantizar el cumplimiento de la legalidad y de los fines establecidos por la voluntad fundacional.

2. El protectorado desempeñará las funciones que se enumeran en los artículos siguientes de este capítulo, sin perjuicio de cualesquiera otras que pudiera otorgarle la ley.

Artículo 42. Funciones de apoyo, impulso y asesoramiento

Se consideran funciones de apoyo, impulso y asesoramiento del protectorado las siguientes:

a) Asesorar a las fundaciones en proceso de constitución en relación con la normativa aplicable a dicho proceso, en particular sobre aspectos relacionados con la dotación, los fines de interés general y la elaboración de estatutos, así como sobre la tramitación administrativa correspondiente.

El protectorado facilitará a los interesados que lo soliciten un modelo de estatutos de carácter orientativo.

Asimismo, los interesados podrán someter al protectorado un borrador de estatutos para su informe previo no vinculante.

b) Asesorar a las fundaciones ya inscritas en relación con su régimen jurídico, económico-financiero y contable, en particular sobre los siguientes aspectos:

1.º Normativa vigente que afecta al sector fundacional.

2.º Funcionamiento y actuación del patronato.

3.º Expedientes relativos a disposición y gravamen de bienes, autocontratación, modificación de estatutos, fusión, extinción y liquidación.

4.º Elaboración de las cuentas anuales, obligaciones formales de su presentación y demás aspectos relacionados con la contabilidad.

5.º Elaboración y presentación del plan de actuación.

6.º Descripción de las actividades en cumplimiento de fines que deben figurar en la memoria. El protectorado podrá facilitar, a solicitud de los interesados, un modelo-resumen para presentar la información de forma cuantificada y homogénea.

c) Promover la realización de estudios sobre la viabilidad de las fundaciones, con la conformidad de estas.

d) Dar a conocer la existencia y actividades de las fundaciones, sin perjuicio de la función de publicidad registral correspondiente al Registro de fundaciones de competencia estatal.

El protectorado, mediante publicaciones en papel o por cualquier procedimiento de comunicación informático o telemático, llevará a cabo las siguientes actividades:

1.º Difundir información general sobre fundaciones que incluya, entre otros datos, los necesarios para la identificación y ubicación de las fundaciones, sus fines estatutarios y las actividades realizadas en su cumplimiento, detallando, cuando sea posible, los usuarios y los recursos empleados.

2.º Elaborar y publicar, por sí mismo o en colaboración con los protectorados de las comunidades autónomas, directorios de fundaciones.

3.º Ofrecer datos agregados sobre la realidad social y económica de las fundaciones y sobre las actividades que realizan en cumplimiento de sus fines.

4.º Proporcionar listados de fundaciones a los interesados que lo soliciten.

5.º Proporcionar a los patronatos, con carácter facultativo, formularios que faciliten las relaciones con sus protectorados.

e) Promover, en colaboración con las unidades editoras del respectivo departamento, la elaboración de publicaciones sobre los diversos aspectos de la realidad fundacional.

Artículo 43. Funciones en relación con el proceso de constitución

Son funciones del protectorado en el proceso de constitución de las fundaciones las siguientes:

a) Velar por el respeto a la legalidad en la constitución de la fundación.

b) Informar, con carácter preceptivo y vinculante para el Registro de fundaciones de competencia estatal, sobre la idoneidad de los fines y sobre la adecuación y suficiencia dotacional de las fundaciones que se encuentren en proceso de constitución, de acuerdo con lo previsto en los artículos 3 y 12 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.

c) Otorgar, previa autorización judicial, escritura pública de constitución de la fundación, mediante la persona que designe el propio protectorado, en el supuesto de fundación constituida por acto mortis causa previsto en el artículo 9.4 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.

d) Cesar a los patronos de las fundaciones en proceso de formación que, en el plazo de seis meses desde el otorgamiento de la escritura de constitución, no hubieran instado su inscripción en el Registro de fundaciones de competencia estatal, y nombrar nuevos patronos, previa autorización judicial.

Artículo 44. Funciones en relación con el patronato

Son funciones del protectorado en relación con el patronato de las fundaciones las siguientes:

a) Autorizar al patronato para asignar una retribución a los patronos por servicios prestados a la fundación distintos de los que implican el desempeño de las funciones que les corresponden como miembros del patronato.

b) Autorizar a los patronos a contratar con la fundación, ya sea en nombre propio o de un tercero.

c) Ejercer provisionalmente las funciones de patronato cuando faltasen, por cualquier motivo, todas las personas llamadas a integrarlo.

d) Designar a la persona o personas que integren provisionalmente el patronato en el supuesto previsto en el artículo 18.1 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.

e) Asumir todas las atribuciones legales y estatutarias del patronato durante el tiempo que determine la resolución judicial de intervención temporal de la fundación.

Artículo 45. Funciones en relación con el patrimonio de la fundación

Son funciones del protectorado en relación con el patrimonio de la fundación las siguientes:

a) Autorizar la enajenación o gravamen de los bienes y derechos de la fundación cuando formen parte de la dotación o estén directamente vinculados al cumplimiento de sus fines, velando para que no quede injustificadamente mermado el valor económico de la dotación fundacional.

b) Tener conocimiento formal de aquellos negocios jurídicos de la fundación sobre los que el patronato está legalmente obligado a informar al protectorado.

c) Velar en todo momento por la adecuación y suficiencia de la dotación fundacional en orden al efectivo cumplimiento de los fines fundacionales, sin perjuicio de la responsabilidad que a tal efecto corresponde al patronato.

Artículo 46. Funciones relativas al cumplimiento de fines

Son funciones del protectorado en relación al cumplimiento de fines por parte de las fundaciones las siguientes:

a) Velar por el efectivo cumplimiento de los fines fundacionales, teniendo en cuenta la voluntad del fundador y la consecución del interés general.

b) Conocer y examinar el plan de actuación y las cuentas anuales, incluidos, en su caso, los informes de auditoría, así como solicitar, en su caso, el nombramiento de auditor externo.

c) Comprobar que las fundaciones facilitan información adecuada y suficiente respecto de sus fines y actividades, para que sean conocidas por sus eventuales beneficiarios y demás interesados.

d) Comprobar que las fundaciones actúan con criterios de imparcialidad y no discriminación en la determinación de sus beneficiarios.

e) Verificar si los recursos económicos de la fundación han sido aplicados a los fines fundacionales. Cuando existan dudas a este respecto, el protectorado podrá solicitar, a su costa, un informe pericial sobre los extremos que considere necesario aclarar. Asimismo, podrá solicitar al patronato la información que resulte necesaria, así como realizar actuaciones de comprobación en la sede fundacional, previa conformidad del patronato. El informe pericial deberá ser emitido por un perito independiente o por un funcionario designado por el protectorado, en el plazo fijado por este.

Artículo 47. Funciones en relación con la modificación, fusión y extinción de las fundaciones

Son funciones del protectorado en relación con la modificación, fusión y extinción de las fundaciones las siguientes:

a) Tener conocimiento y, en su caso, oponerse, por razones de legalidad y de forma motivada, a los acuerdos de modificación de estatutos o de fusión, adoptados por el patronato.

El Consejo Superior de Fundaciones

b) Solicitar de la autoridad judicial la modificación de los estatutos o la fusión de las fundaciones, en los supuestos previstos en los artículos 29 y 30 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.

c) Ratificar el acuerdo del patronato sobre extinción de la fundación cuando se hubiese realizado íntegramente el fin fundacional, sea imposible su realización o concurra otra causa prevista en el acto constitutivo o en los estatutos.

d) Solicitar de la autoridad judicial la extinción de la fundación, en los supuestos previstos en el artículo 32 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.

e) Tener conocimiento y supervisar, en su caso, las operaciones de liquidación de la fundación, así como acordar el destino que haya de darse a los bienes de esta, de acuerdo con lo previsto en el artículo 33 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.

Artículo 48. Funciones en relación con el ejercicio de las acciones legalmente previstas

El protectorado ejercerá las siguientes funciones en relación con el ejercicio de las acciones legalmente previstas:

a) Ejercitar la acción de responsabilidad en favor de la fundación frente a los patronos, cuando legalmente proceda.

b) Instar judicialmente el cese de los patronos por el desempeño del cargo sin la diligencia prevista por la ley.

c) Nombrar nuevos patronos, previa autorización judicial, en el supuesto previsto en el artículo 13.2 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.

d) Impugnar los actos y acuerdos del patronato que sean contrarios a la ley o a los estatutos.

e) Instar de la autoridad judicial la intervención de la fundación cuando concurran las circunstancias previstas en el artículo 42 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.

f) Dictar una resolución motivada y trasladar la documentación oportuna al Ministerio Fiscal o al órgano jurisdiccional competente cuando encuentre indicios racionales de ilicitud penal en la actividad de una fundación, y comunicarlo simultáneamente a ésta.

g) Velar por el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la disposición adicional segunda de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, en su redacción dada por la disposición adicional primera de la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales.

Artículo 49. Naturaleza y estructura

1. El Consejo Superior de Fundaciones es un órgano colegiado de carácter consultivo, adscrito al Ministerio de Administraciones Públicas, e integrado por representantes de la Administración General del Estado, de las comunidades autónomas y de las fundaciones.

2. El Consejo Superior de Fundaciones funcionará en Pleno, en Comisión Permanente y mediante la Comisión de Cooperación e Información Registral.

Artículo 50. Funciones

1. Serán funciones del Consejo Superior de Fundaciones:

a) Asesorar e informar sobre cualquier disposición legal o reglamentaria de carácter estatal que afecte directamente a las fundaciones, así como formular propuestas en este ámbito. Asimismo, deberá informar sobre tales asuntos cuando le sean consultados por los Consejos de Gobierno de las comunidades autónomas.

b) Planificar y proponer las actuaciones necesarias para la promoción y fomento de las fundaciones y realizar los estudios precisos al efecto.

c) Las demás que le puedan atribuir las disposiciones vigentes.

2. El Registro de fundaciones de competencia estatal, así como los departamentos que ejerzan el protectorado de las fundaciones de competencia estatal, facilitarán al Consejo Superior de Fundaciones cuanta documentación e información relativa a las fundaciones sea necesaria para el debido ejercicio de sus funciones.

Artículo 51. Pleno del Consejo

1. El Pleno del Consejo Superior de Fundaciones estará constituido por el presidente, un vicepresidente, un secretario y los vocales que se determinan en el apartado 4.

2. Actuará como presidente el Ministro de Administraciones Públicas.

3. Será vicepresidente el Secretario General para la Administración Pública del Ministerio de Administraciones Públicas.

4. Serán vocales del Pleno del Consejo:

a) 10 representantes, con categoría, al menos, de director general, designados por el presidente del Consejo, a propuesta, cada uno de ellos, de los Ministros de Justicia, de Economía y Hacienda, de Educación y Ciencia, de Trabajo y

Asuntos Sociales, de Industria, Turismo y Comercio, de Agricultura, Pesca y Alimentación, de la Presidencia, de Administraciones Públicas, de Cultura y de Medio Ambiente.

b) 10 representantes de las comunidades autónomas, designados por el presidente del Consejo, a propuesta de aquéllas, previo acuerdo en la Conferencia Sectorial de Administraciones Públicas.

c) 10 representantes de las fundaciones, designados por el presidente del Consejo para un período de cuatro años. Dichos representantes serán propuestos:

1.º Cinco por las asociaciones de fundaciones, correspondiendo tres representantes a asociaciones de fundaciones con implantación estatal, y otros dos a asociaciones de fundaciones de ámbito autonómico.

2.º Cinco por las fundaciones no integradas en asociaciones, cualquiera que sea su ámbito.

5. Podrán asistir a las reuniones del Pleno, con voz y sin voto, los expertos que se consideren necesarios, previa convocatoria del presidente.

6. Actuará como secretario, con voz pero sin voto, un funcionario del Ministerio de Administraciones Públicas con rango de subdirector general, designado por el Ministro.

Artículo 52. Vocales representantes de las fundaciones

1. El Ministerio de Administraciones Públicas efectuará una convocatoria pública para la propuesta de candidatos y aprobará las normas relativas a su elección.

2. Para proponer candidatos, tanto las asociaciones como las fundaciones deberán cumplir y acreditar los siguientes requisitos:

a) Encontrarse debidamente inscritas en el registro correspondiente.

b) Encontrarse al corriente de sus obligaciones fiscales y de Seguridad Social.

c) En el caso de las fundaciones, haber cumplido sus obligaciones en materia de presentación de las cuentas anuales y del plan de actuación, o los documentos equivalentes en cada comunidad autónoma.

Los candidatos propuestos deben contar con plena capacidad de obrar y no encontrarse inhabilitados para el ejercicio de cargos públicos.

3. Cada asociación de fundaciones, conforme a sus respectivas normas estatutarias, podrá proponer un máximo de tres representantes, si se trata de asociaciones de ámbito estatal, o un máximo de dos, si se trata de asociaciones autonómicas, y acompañará una relación nominal de las fundaciones integradas en ella.

El presidente designará como vocales del Pleno al primer candidato propuesto por cada una de las asociaciones estatales, y por cada una de las autonómicas, que cuenten en su respectivo ámbito con mayor número de fundaciones asociadas.

En el caso de que no se presentaran asociaciones en número suficiente para cubrir las cinco plazas a que se refiere este apartado, la plaza o las plazas vacantes acrecerán a las asociaciones que, dentro del mismo ámbito estatal o autonómico, hayan presentado candidatos, y se repartirán según el criterio establecido en el párrafo anterior.

4. Cada fundación, estatal o autonómica, no integrada en asociaciones podrá presentar a un único candidato. También podrán presentar candidato las fundaciones integradas en asociaciones, pero solo serán tenidos en cuenta si la asociación a la que pertenecen no ha obtenido representación en el Pleno.

El presidente del Consejo designará como vocales a los candidatos propuestos por aquellas fundaciones que, dentro de cada uno de los grupos que a continuación se relacionan, cuenten con mayor patrimonio, entendido como total activo del balance de situación, de acuerdo con las últimas cuentas anuales depositadas:

a) Fundaciones cuyo patrimonio no exceda de 120.000 euros.

b) Fundaciones con un patrimonio entre 120.000 y 500.000 euros.

c) Fundaciones con un patrimonio entre 500.000 y un millón de euros.

d) Fundaciones con un patrimonio entre un millón y tres millones de euros.

e) Fundaciones cuyo patrimonio sea superior a tres millones de euros.

En el caso de igualdad de patrimonio, primará la prioridad en la fecha de inscripción registral de la escritura fundacional.

Si faltaran candidatos para cubrir la plaza correspondiente a uno o más de los grupos indicados, la vacante acrecerá al grupo de patrimonio inmediatamente superior, y, en el caso de no poder ser cubierta de esta forma, al inmediatamente inferior.

5. En el caso de fallecimiento, incapacidad o renuncia de un vocal representante de las fundaciones, será sustituido por quien indique la asociación o fundación que le propuso.

Artículo 53. Comisión Permanente

1. La Comisión Permanente estará compuesta por el vicepresidente del Consejo, que actuará como presidente, y por los siguientes vocales:

a) Cinco vocales elegidos por los representantes de la Administración General del Estado en el Pleno, entre ellos.

b) Cinco vocales elegidos por los representantes de las comunidades autónomas en el Pleno, entre ellos.

c) Cinco vocales elegidos por los representantes de las fundaciones en el Pleno, entre ellos.

2. Será secretario de la Comisión Permanente el del Pleno.

3. Son funciones de la Comisión Permanente:

a) Velar por el cumplimiento de los acuerdos adoptados por el Pleno y por las actuaciones en curso derivadas de aquellos.

b) Resolver las cuestiones que, con carácter de urgencia, se planteen al Consejo, y dar cuenta al Pleno de las actuaciones llevadas a cabo.

c) Proponer asuntos a debatir al Pleno del Consejo y elevarle propuestas.

d) Cuantos otros cometidos le sean delegados o asignados por el Pleno.

Artículo 54. Comisión de Cooperación e Información Registral

1. Como órgano encargado de establecer mecanismos para la colaboración e información mutua entre los distintos registros, en particular en lo relativo a las denominaciones y a las comunicaciones sobre la inscripción y, en su caso, la extinción de las fundaciones, existirá en el Consejo Superior de Fundaciones la Comisión de Cooperación e Información Registral.

2. La Comisión de Cooperación e Información Registral estará compuesta por el director general del que dependa el Registro de fundaciones de competencia estatal, que actuará como presidente, y por los siguientes miembros:

a) Tres vocales en representación de la Administración General del Estado con rango, al menos, de subdirector general o de jefe de división, elegidos por los representantes de la Administración General del Estado en el Pleno del Consejo.

b) Tres vocales elegidos por los representantes de las comunidades autónomas en el Pleno del Consejo, entre ellos.

3. Será secretario de la Comisión de Cooperación e Información Registral el funcionario que designe el Ministro de Justicia.

4. Son funciones de la Comisión de Cooperación e Información Registral:

a) Preparar el informe o dictamen que el Pleno le solicite sobre los instrumentos de colaboración e información mutua entre los distintos registros de fundaciones.

b) Establecer las medidas o mecanismos que considere necesarios para garantizar la colaboración e información mutua entre los diferentes registros de fundaciones.

c) Constituir ponencias o grupos de trabajo para la elaboración de informes y propuestas sobre los medios que se consideren necesarios para garantizar la cooperación e información mutua entre los diferentes registros de fundaciones.

d) Informar, a solicitud del encargado de cualquier registro de fundaciones, de cuál sea el mecanismo procedente para garantizar la cooperación e información mutua entre registros, y elevar a las autoridades administrativas competentes las propuestas que considere convenientes a tales fines.

e) Establecer los criterios de actuación para el traslado de la fundación de un registro a otro diferente, en el caso de que la fundación haya cambiado el ámbito territorial en el que principalmente vaya a desarrollar sus actividades.

Artículo 55. Funcionamiento

1. Por acuerdo del Pleno o de la Comisión Permanente podrán constituirse ponencias, grupos de trabajo o comités especializados para el mejor cumplimiento de sus fines.

2. El Consejo Superior de Fundaciones se regirá por sus propias normas de funcionamiento y por lo dispuesto en el capítulo II del título II de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

3. La participación en el Consejo Superior de Fundaciones tiene carácter honorífico y no dará derecho a retribución alguna, salvo, en su caso, las compensaciones que correspondan en aplicación de lo previsto en el Real Decreto 462/2002, de 24 de mayo, sobre indemnizaciones por razón del servicio.

Disposición adicional primera. Fundaciones laborales

A los efectos de este reglamento, se consideran fundaciones laborales:

a) Las creadas por pacto o concierto entre las empresas y sus trabajadores, las constituidas en virtud de acto unilateral de una empresa o de terceras personas en beneficio de los trabajadores de una o varias empresas y de sus familiares.

b) Las formadas entre las organizaciones empresariales y sindicales más representativas de un sector o sectores determinados para el desarrollo de fines laborales.

Disposición adicional segunda. Auditoría externa y plan de actuación de las fundaciones del sector público estatal

1. La Intervención General de la Administración del Estado realizará la auditoría externa a la que están obligadas las

fundaciones del sector público estatal en las que concurren las circunstancias previstas en el artículo 25.5 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, de acuerdo con lo previsto en el artículo 46.3 de dicha ley y en el artículo 168.b) de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

2. El plazo de elaboración y aprobación por el patronato del plan de actuación de las fundaciones del sector público estatal finalizará el mismo día que el de tramitación del presupuesto de explotación y capital, previsto en el artículo 66 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

Cuando la entidad, de acuerdo con el artículo 66.3 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, esté obligada a presentar

un programa de actuación plurianual, las actividades detalladas en el plan de actuación serán las que se deriven del citado programa.

Las modificaciones del presupuesto de explotación y capital aprobadas por los órganos competentes, de acuerdo con lo señalado en el artículo 67.3 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, modificarán, a su vez, el plan de actuación.

Disposición adicional tercera. Inventario

El inventario de los elementos patrimoniales de la fundación se elaborará con arreglo a lo dispuesto en las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las entidades sin fines lucrativos vigentes en cada momento.

COLABORADORES

EMBID IRUJO, José Miguel. Es catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad de Valencia. Autor de más de doscientas cincuenta publicaciones, con particular atención al Derecho de sociedades y a la contratación mercantil. Es académico correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina). Ha estado integrado en diversos equipos de investigación internacional, entre los que destacan la Comisión de las Comunidades Europeas sobre cuestiones de derecho de grupos y el Forum Europeum Konzernrecht.

REY GARCÍA, Marta. Profesora asociada del Área de Comercialización e Investigación de Mercados de la Universidad de la Coruña. Doctora en Ciencias de la Información y licenciada en Ciencias Económicas por la Universidad Complutense de Madrid, y MBA por la Escuela de Negocios de la Universidad de Columbia, Nueva York, con beca de la Fundación Pedro Barrié de la Maza. En 1996 se incorpora a esta Fundación, de la que es directora desde el año 2000. Es autora de artículos y capítulos de libros

sobre el Tercer Sector y la gestión de fundaciones y otras entidades no lucrativas en publicaciones especializadas españolas y extranjeras. Es vicepresidenta de la Asociación Española de Fundaciones.

VIAÑA REMIS, Enrique. Licenciado en Ciencias Económicas y Empresariales por la Universidad Complutense, doctor en Ciencias Económicas por la misma Universidad. Catedrático de Universidad en el área de conocimiento de Economía Aplicada, en la Universidad de Castilla-La Mancha. Ha sido profesor en la facultades de Ciencias Políticas y Sociología y de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad Complutense, y en las facultades de Ciencias Económicas y Empresariales (Albacete) y Derecho y Ciencias Sociales (Ciudad Real) de la Universidad de Castilla-La Mancha; de esta última es, actualmente, Decano. Ha escrito un libro como autor y varios como co-autor. Es también autor de artículos en revistas científicas y de divulgación, así como de capítulos en obras de autoría colectiva.

CAJAS DE AHORROS CONFEDERADAS

BANCAJA (Caja de Ahorros de Valencia, Castellón y Alicante). Castellón.
BBK (Bilbao Bizkaia Kutxa). Bilbao.
CAI (Caja de Ahorros de la Inmaculada de Aragón). Zaragoza.
CAIXA CATALUNYA (Caixa d'Estalvis de Catalunya). Barcelona.
CAIXA GALICIA (Caja de Ahorros de Galicia). La Coruña.
CAIXA GIRONA (Caixa d'Estalvis de Girona). Gerona.
CAIXA DE MANLLEU (Caixa d'Estalvis Comarcal de Manlleu). Manlleu (Barcelona).
CAIXA LAIETANA (Caixa d'Estalvis Laietana). Mataró (Barcelona).
CAIXA MANRESA (Caixa d'Estalvis de Manresa). Manresa (Barcelona).
CAIXA ONTINYENT (Caja de Ahorros y M.P. de Ontinyent). Ontinyent (Valencia).
CAIXA PENEDÈS (Caixa d'Estalvis del Penedès). Vilafranca del Penedès (Barcelona).
CAIXA SABADELL (Caixa d'Estalvis de Sabadell). Sabadell (Barcelona).
CAIXA TARRAGONA (Caixa d'Estalvis de Tarragona). Tarragona.
CAIXA TERRASSA (Caixa d'Estalvis de Terrassa). Terrassa (Barcelona).
CAIXANOVA (Caja de Ahorros de Vigo, Ourense e Pontevedra). Vigo (Pontevedra).
CAJA CANARIAS (Caja General de Ahorros de Canarias). Santa Cruz de Tenerife.
CAJA CANTABRIA (Caja de Ahorros de Santander y Cantabria). Santander.
CAJA CÍRCULO DE BURGOS (Caja de Ahorros y M.P. del Círculo Católico de Obreros de Burgos). Burgos.
CAJA DE ÁVILA (Caja de Ahorros de Ávila). Ávila.
CAJA DE BADAJOZ (M.P. y Caja General de Ahorros de Badajoz). Badajoz.
CAJA DE BURGOS (Caja de Ahorros Municipal de Burgos). Burgos.
CAJA DE EXTREMADURA (Caja de Ahorros y M.P. de Extremadura). Cáceres.
CAJA DE GUADALAJARA (Caja de Ahorro Provincial de Guadalajara). Guadalajara.
CAJA DE JAÉN (Caja Provincial de Ahorros de Jaén). Jaén.
CAJA DUERO (Caja de Ahorros de Salamanca y Soria). Salamanca.
CAJA ESPAÑA (Caja España de Inversiones, C.A. y M.P.). León.
CAJA GRANADA (Caja General de Ahorros de Granada). Granada.
CAJA MADRID (Caja de Ahorros y M. P. de Madrid). Madrid.
CAJA MURCIA (Caja de Ahorros de Murcia). Murcia.
CAJA NAVARRA (Caja de Ahorros y M.P. de Navarra). Pamplona.
CAJA RIOJA (Caja de Ahorros de La Rioja). Logroño.
CAJA SEGOVIA (Caja de Ahorros y M.P. de Segovia). Segovia.
CAJA SOL (M.P. y Caja de Ahorros de San Fernando de Huelva, Jerez y Sevilla). Sevilla.
CAJASTUR (Caja de Ahorros de Asturias). Oviedo.
CAJA SUR (Caja de Ahorros y M.P. de Córdoba). Córdoba.
CAM (Caja de Ahorros del Mediterráneo). Alicante.
CCM-CAJA CASTILLA LA MANCHA (Caja de Ahorros de Castilla La Mancha). Cuenca.
COLONYA CAIXA POLLENÇA (Caja de Ahorros de Pollença). Pollença (Islas Baleares).
IBERCAJA (Caja de Ahorros y M.P. de Zaragoza, Aragón y Rioja). Zaragoza.
KUTXA (Caja de Ahorros y M.P. de Gipuzkoa y San Sebastián). San Sebastián.
LA CAIXA (Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona). Barcelona.
LA CAJA DE CANARIAS (Caja Insular de Ahorros de Canarias). Las Palmas de Gran Canaria.
SA NOSTRA (Caja de Ahorros y M.P. de las Baleares). Mallorca.
UNICAJA (M.P. y Caja de Ahorros de Ronda, Cádiz, Almería, Málaga y Antequera). Málaga.
VITAL KUTXA (Caja de Ahorros de Vitoria y Álava). Vitoria.

PUBLICACIONES DE LA FUNDACIÓN DE LAS CAJAS DE AHORROS

Últimos números publicados:

PAPELES DE ECONOMÍA ESPAÑOLA

- N.º 112. Perspectivas de la industria española: Evaluación y futuro
N.º 113. Retos económicos actuales

PERSPECTIVAS DEL SISTEMA FINANCIERO

- N.º 89. El capital riesgo y sus sociedades gestoras
N.º 90. Financiación de las PYME

PANORAMA SOCIAL

- N.º 4. Envejecimiento y pensiones: La reforma permanente
N.º 5. El medio ambiente a principios del siglo XXI: ¿Crisis o adaptación?

ECONOMÍA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

- N.º 22. Galicia y Norte de Portugal. Claves económicas de una eurorregión

CUADERNOS DE INFORMACIÓN ECONÓMICA

- N.º 199. Cajas de Ahorros: 30 años en la senda de la libertad
N.º 200. 20 años de Economía en 200 Cuadernos

ESTUDIOS DE LA FUNDACIÓN

EN INTERNET: <http://www.funcas.es/>

FUNDACIÓN DE LAS CAJAS DE AHORROS

Caballero de Gracia, 28. 28013 Madrid. Teléf. 91 596 54 81
suscrip@funcas.es

AÑO 2007

Deseo suscribirme a:

	Euros
<input type="checkbox"/> <i>Papeles de Economía Española</i>	55,00
Números sueltos	17,00
<input type="checkbox"/> <i>Perspectivas del Sistema Financiero</i>	48,00
Números sueltos	17,00
<input type="checkbox"/> <i>Cuadernos de Información Económica</i>	66,00
Números sueltos	13,00
<input type="checkbox"/> <i>Panorama Social</i> (dos números)	25,00
Números sueltos	15,00
<input type="checkbox"/> <i>Estudios de la Fundación</i> (un ejemplar)	13,00

(más gastos de envío)

El pago lo efectuaré:

- Contra reembolso del primer envío Giro postal núm. Cheque bancario

Nombre o razón social

Profesión, actividad o departamento

Domicilio Teléfono

Ciudad C.P. Provincia o país

Fecha

- Domiciliación bancaria

Muy Sres. míos: Ruego carguen hasta nuevo aviso los recibos que les presentará
LA FUNDACIÓN DE LAS CAJAS DE AHORROS a mi nombre
en la siguiente Cuenta Corriente o Libreta de ahorros:

Firma o sello. 

Entidad	Oficina	DC	Núm. de Cuenta
<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>

Para mayor rapidez envíe su pedido por FAX: 91 596 57 96

GUÍAS DEL LECTOR

LAS FUNDACIONES EN ESPAÑA: UN BALANCE ECONÓMICO Y SOCIAL

Enrique Viaña Remis

Aunque la información que las fundaciones ofrecen a las administraciones públicas sobre su actividad y su estructura es muy abundante, estas no devuelven a la sociedad esa información para que el conocimiento de las fundaciones sea suficientemente transparente.

El autor apunta la idea de que este desinterés de la Administración por las fundaciones puede deberse al concepto económico que de ellas se tiene, como unidades de consumo equiparables a los hogares, frente a su consideración como auténticas empresas no lucrativas productoras de servicios. Su especial tratamiento en el IVA, como consumidor final, nubla su actuación como unidades productivas.

En primer término, el trabajo trata de precisar el verdadero número de fundaciones que operan en España, ya que de los registros oficiales no es posible extraer una cifra fiable, ya que muchas entidades dejan virtualmente de existir, pero no lo comunican a los registros oficiales.

En segundo lugar, se señala que, en cuanto empresas productivas, sólo una parte de su producción da lugar a ingresos de mercado. Para valorar su producción se acude a dos enfoques. El enfoque de la demanda, que consiste en estimar la producción de bienes públicos que la producción de la empresa no lucrativa sustituye. El enfoque de la oferta estima el valor de producción con arreglo a la aportación de los factores productivos (capital, trabajo remunerado y voluntariado).

El trabajo pone de manifiesto, asimismo, que las fundaciones españolas son entidades relativamente jóvenes, y ofrece datos sobre su ámbito territorial de actuación, relaciones con las administraciones públicas mediante la obtención de subvenciones y datos de carácter laboral.

En general, las fundaciones pueden ser calificadas como un sector especialmente moderno y avanzado no sólo en la producción, sino también de la sociedad civil en España, en cuanto que emplean más mujeres que varones, en sus plantillas son mayoría los universitarios y sus empleados participan de los intereses filantrópicos del sector, a juzgar por el nivel comparativo de sus remuneraciones.

SISTEMAS DE EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO ORGANIZATIVO E IMPACTO SOCIAL DE LAS FUNDACIONES. UTILIDADES DEL MARKETING NO LUCRATIVO

Marta Rey García

La aspiración de las fundaciones a obtener mejores resultados en su actividad y un mayor impacto social son causas determinantes de la actual preocupación por evaluar lo conseguido. Dos factores han tenido una influencia decisiva en estas preocupaciones. En primer lugar, se han desdibujado las fronteras entre las empresas propiamente dichas y las entidades no lucrativas, en cuanto que las primeras asumen iniciativas de interés general (responsabilidad social corporativa) y las segundas incorporan tácticas empresariales para mejorar su gestión.

En segundo lugar, se ha pasado de la llamada «filantropía caritativa» a la «filantropía científica». Esta última se preocupa funda-

mentalmente, no ya de hacer el bien por el bien mismo, sino de conseguir mayores grados de utilidad social, de forma que la actuación filantrópica suponga mejoras efectivas del bienestar social. No es casualidad que los padres fundadores de la filantropía científica sean empresarios de éxito y, consecuentemente, preocupados por evaluar los efectos de su gestión.

De aquí que la evaluación se defina como un esfuerzo consciente y sistemático para medir los resultados de la actividad de las fundaciones, tanto en el ámbito de su desempeño como organizaciones como en el de su impacto sobre el resto de la sociedad, y para compararlos con una serie de objetivos a fin de aprender de las desviaciones y corregir de manera acorde la estrategia y las tácticas de la fundación. La unión entre evaluación y planificación estratégica queda, así, de manifiesto. Se planifica, se ejecuta, se evalúa y se puede volver a diseñar la actuación futura a la vista de los resultados de la evaluación. Este proceso sirve de guía a las fundaciones, de modo que no puede existir evaluación efectiva sin planificación estratégica.

La evaluación actúa, asimismo, como herramienta sustitutiva de los mecanismos de mercado, a los que, en principio, y por su propia naturaleza, no están sujetas las fundaciones. No obstante, el juicio que merezca la actuación de las fundaciones puede ser determinante de las ayudas que perciban. La información contable suministrada por las fundaciones, la consideración que merezcan a las administraciones públicas financiadoras mediante la concesión de subvenciones o la comparación con otras entidades del sector son elementos que juegan en pro o en contra de la facilidad de acceso a financiación por parte del público. A estos efectos, el trabajo enumera los índices utilizables para la evaluación de las fundaciones.

La evaluación aparece así no sólo como un elemento básico para la estrategia de las fundaciones, sino también como un poderoso instrumento de cohesión y aprendizaje interno y base para la mejor comunicación pública de la entidad para transmitir a la sociedad logros y conocimientos.

En cuanto a las metodologías de evaluación posibles, la autora señala cuatro ámbitos determinados por las siguientes características: por una parte, la eficiencia y la eficacia de las actividades de la fundación; por otra, la evaluación del desempeño organizativo y los indicadores de influencia de la entidad, y pone de manifiesto la complejidad de los sistemas de evaluación, que aparecen ampliados respecto del mundo empresarial por el ámbito de su misión y de su clientela, representada por la sociedad.

La conclusión del trabajo se centra en subrayar lo provechosa que puede ser la evaluación para las fundaciones como germen de una cultura planificadora flexible orientada a clientes e innovación y, por otra parte, para traducirse en estrategias de transparencia y responsabilidad que impartan en su entorno.

EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES EMPRESARIALES POR LAS FUNDACIONES (FUNDACIÓN-EMPRESA Y FUNDACIÓN CON EMPRESA): SU SIGNIFICADO EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS CAJAS DE AHORROS EN ESPAÑA

José Miguel Embid Irujo

Entre las cuestiones que han suscitado un interés especial en relación con las fundaciones, ocupa un lugar destacado el problema de la realización por ellas de actividades empresariales en general, y de modo específico el tratamiento de la naturaleza jurídica de las Cajas de Ahorros, consideradas como fundaciones-empresa.

En este artículo, se analiza el régimen jurídico de la realización de actividades empresariales por parte de las fundaciones, distin-

guiendo los supuestos que pueden manifestarse: la realización directa de actividades empresariales por la fundación (fundación-empresa) o el desarrollo de tales actividades a través de un sociedad (fundación con empresa).

El análisis se desarrolla con base en las normas de la Ley y el Reglamento de Fundaciones, partiendo, previamente, del fundamento constitucional, para estudiar, en primer lugar, la realización de actividades empresariales con carácter general y, en una segunda parte del artículo, analizar específicamente el caso de las Cajas de Ahorros, en las que su naturaleza fundacional aparece caracterizada por tratarse de entidades de crédito, sometidas como tales a una legislación especial.

Al tratarse de organizaciones que operan en el mercado, aunque lo hagan sin fines de lucro, la regulación de las fundaciones se ha visto influida por diversos sectores del Derecho mercantil: concretamente, el Derecho de la competencia y temas específicos de su estructura orgánica y su régimen contable.

En el tratamiento de la fundación-empresa, el autor distingue entre la fundación-empresa puramente dotacional, en la que la actividad de empresa resulta ajena a los fines de la fundación, y no es sino una fuente de recursos para financiar su realización, y la fundación-empresa de carácter funcional, en la que la actividad de empresa es requisito necesario para la realización del fin fundacional y constituye, por tanto, una exigencia inexorable del mismo. En opinión del autor, en nuestro Derecho no se admiten, en apariencia, las fundaciones-empresa de carácter dotacional ni pueden admitirse aquellas fundaciones en las que la actividad de empresa se convirtiera en el fin esencial de la fundación.

Las Cajas de Ahorros son un ejemplo de fundación-empresa, sometidas a un régimen especial por su carácter de entidades de crédito, así como, en términos generales, al Derecho de fundaciones, en lo que resulte compatible con aquella condición. Su naturaleza específica las obliga a someterse a un régimen jurídico que no supone discriminación ni privilegio alguno, sino, simplemente, las especialidades propias de la figura jurídica que las ampara.

El sistema financiero español vive hoy una situación de cambio. Su proceso de modernización y reforma ha dado origen a nuevas instituciones y a la alteración en su funcionamiento de muchas de las ya existentes.

Facilitar un conocimiento mejor del sistema financiero español en la actualidad constituye el propósito de PERSPECTIVAS DEL SISTEMA FINANCIERO.

Con tal finalidad, PERSPECTIVAS DEL SISTEMA FINANCIERO trata de facilitar a sus lectores una contemplación de nuestra actual realidad financiera, analizando las principales instituciones que la integran, así como su operativa y funcionamiento. Este estudio de las instituciones del sistema financiero español se complementará con la valoración de sus principales problemas, que trataremos de obtener de quienes conocen o dirigen diariamente sus actividades.

Aspiramos a que estas tareas se realicen en el marco de los principios que presiden la actuación de la Fundación de las Cajas de Ahorros.

- ➔ Plena libertad intelectual de nuestros colaboradores.
- ➔ La responsabilidad de las opiniones emitidas y el respaldo riguroso de las afirmaciones realizadas para avalar adecuadamente tanto los planteamientos como las soluciones a los problemas estudiados.
- ➔ El compromiso de las opiniones con los problemas planteados por el sistema financiero español.
- ➔ La búsqueda y la defensa de los intereses generales en los temas objeto de tratamiento.
- ➔ La colaboración y sugerencias críticas de los lectores para que nuestras PERSPECTIVAS logren el propósito que con ellas pretendemos.

Pedidos e información:

FUNDACIÓN DE LAS CAJAS DE AHORROS
Caballero de Gracia, 28
28013 Madrid
Teléfono: 91 596 54 81
Fax: 91 596 57 96
suscrip@funcas.es
www.funcas.es

P.V.P.: 17€ (IVA incluido)

ISSN8411329564



9 1778411 329560