

LAS FUNDACIONES: NEUTRALIDAD DE SUS FINES

Antonia Nieto Alonso

Profesora Titular de Derecho Civil
Facultad de Derecho de Santiago de Compostela

1. La neutralidad de los fines de las personas jurídicas. Especial referencia a las Fundaciones

El art. 34.1 de la Constitución Española de 1978 establece que: «Se reconoce el derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la ley». Observamos que como límites de este derecho aparecen: el interés general y lo dispuesto en la ley. Por eso no encuentro razón alguna para –dentro de esos límites– admitir la posibilidad de que la persona jurídica tipo fundación pueda ampliar sus fines en relación a los que tradicionalmente se han considerado objetivos exclusivos a realizar por las fundaciones; recordemos que la fundación genuina, propia del primer estadio histórico de su Derecho, se configura como fundación benéfica en sentido estricto, en cuanto referida a las necesidades vitales del hombre, de naturaleza alimentaria o concernientes a las carencias más elementales (sustento, habitación, educación)¹.

¹ Vid.: CABRA DE LUNA, Miguel Ángel: *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, obra coordinada por DE LORENZO GARCÍA, Rafael y AA.VV., Madrid, Pons, 1995, p. 182.

Hoy la sustancial *neutralidad de los fines*² es requerida por las personas jurídicas civiles y mercantiles para dar efectividad a los Principios Constitucionales de la libertad de Empresa, art. 38 CE y la función social de la propiedad, art. 33 CE. Un ejemplo claro de la actual tendencia a desmitificar el establecimiento de compartimentos estancos para Sociedades Mercantiles y Fundaciones, según se persigan o no finalidades de lucro, se encuentra en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de noviembre de 1991 (RJA, 8637) que plantea el problema de fondo de si una Sociedad Anónima puede o no establecer en sus Estatutos una determinación en virtud de la cual una cantidad de los beneficios legales pueda destinarse a realizar donaciones y aportaciones a Fundaciones; el Registrador Mercantil manifestó su disconformidad, frente al Notario autorizante de la Escritura que se basaba fundamentalmente en el art. 10 del TRLSA³, principio de la autonomía de la voluntad, y señalaba que el Registrador confunde el derecho abstracto al beneficio, que es un derecho general de los socios; pero que

² Entiéndase «neutralidad» como cualidad o actitud de neutral, esto es, como dispone el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española: «Que no es ni de uno ni de otro; que entre dos partes que contienden, permanece sin inclinarse a ninguna de ellas. Dícese de personas o de cosas [...]». Teniendo en cuenta este concepto, lo que se defiende en este trabajo es que las personas jurídicas mercantiles no deben inclinarse únicamente al lucro, también conviene que la contribución al interés general sea uno de sus objetivos aunque no el predominante y, del mismo modo, las fundaciones no pueden permanecer anquilosadas en actividades de beneficencia *strictu sensu*, deben tener la posibilidad de realizar actividades económicas aunque sea para reinvertir los beneficios en intereses sociales.

³ El art. 10 del TRLSA (RDLeg. 1564/1989, de 22 de diciembre de 1989) establece: «En la escritura se podrán incluir, además, todos los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las Leyes ni contradigan los principios configuradores de la Sociedad Anónima» (*vid.*: arts. 1116 y 1255 del CC).

Cfr.: Resolución de 2 de febrero de 1966 (RJA, 1398), que se ha pronunciado negativamente sobre la validez o posibilidad jurídica de un pacto estatutario que consagre como habitual la realización de actos a título gratuito por una Sociedad Mercantil. Resolución pre-Constitucional, que no tiene en cuenta los arts. 33, 34 y 38 de nuestra Carta Magna, que plasman: la función social de la propiedad, el derecho de fundación para fines de interés general y la libertad de empresa, respectivamente. Además, nada empece que una Sociedad Mercantil siga teniendo como objeto social la actividad de lucro, con que realice actos de carácter lucrativo dentro de unos límites en su cuantía que supondrán el respeto al contenido esencial del Derecho, art. 53.1 CE, y que no implicarán, como dice la Resolución: «[...] convertir la Sociedad Mercantil en Entidad benéfica».

No debe confundirse la cifra de Capital Social como cifra de retención y garantía para los acreedores, con el Patrimonio Social y la posibilidad de utilizar beneficios líquidos, de libre disposición, sin que los acreedores puedan intervenir.

Además, en esta misma Resolución se habla de «desorbitada facultad», la de hacer donaciones (Considerando 7.º); pero reconoce que es plausible el comportamiento de *solidaridad social* (Considerando 6.º *in fine*).

permite, como es natural, la existencia de modificaciones e, incluso, la realización de actos que lo disminuyan y el derecho concreto de beneficio que deriva de un dividendo concertado. Añadiendo que no se perjudica a los acreedores, porque para su protección están las normas sobre composición del capital social y el Registrador no parece distinguir entre capital y patrimonio, por cuanto que las cantidades que se detraen de los beneficios de la Sociedad, éstas son de libre disposición de las mismas, sin que los acreedores puedan intervenir en ellas.

La Dirección General acuerda estimar el Recurso interpuesto y revocar el acuerdo y la nota del Registrador. En efecto, la Dirección General admite la cláusula Estatutaria debatida –de dedicación de parte de los beneficios a aportaciones a Fundaciones–, por tratarse de «[...] una simple autorización Estatutaria a la Junta General, para que pueda acordar la aplicación de una parte, ciertamente moderada, de los beneficios del ejercicio a la satisfacción de los fines de interés general o público –que por definición legal constituye el objetivo propio de toda Fundación (vid.: arts. 34 de la Constitución Española y 35 del Código Civil)– [...]» (FD Segundo).

No desconoce el Alto Cuerpo Directivo que «[...] en la configuración legal del tipo social de la anónima, se reflejan como elementos caracterizadores de la misma el ánimo de obtener una ganancia común y partible mediante el desenvolvimiento de la actividad societaria y su posterior reparto entre los socios que la integran (vid.: arts. 1665 del Código Civil, 116 del Código de Comercio, 48 a) y 213 de la Ley de Sociedades Anónimas). Ahora bien, estas notas definidoras no contradicen la posibilidad de que la Sociedad Anónima –Entidad dotada de capacidad general para realizar cualquier acto de la vida compatible con su específica naturaleza (vid. art. 7 de la Ley de Sociedades Anónimas)– cumpliendo deberes no exigibles de solidaridad social, contribuya gratuita y voluntariamente, como cualquier persona física, a la satisfacción de fines de interés general, mediante aportaciones que por su moderación y marginalidad no comprometan la preponderancia de aquel sustancial objetivo lucrativo [...]» (FD Tercero).

Conviene traer aquí a colación la doctrina de Pantaleón Prieto⁴ cuando considera que no existe ninguna razón legal ni dogmática sólida en contra de que una Sociedad Anónima, Comanditaria por Acciones o Limitada tenga por objeto social una actividad no económica. También Paz-Ares al referirse al Contrato de Sociedad señala que las razones que originariamente provocaron la reserva del sistema societario a *finés lucrativos* han caído en el contexto de nuestro sistema constitucional. Se

⁴ Vid.: PANTALEÓN PRIETO, Fernando: «Asociación y Sociedad. (A propósito de una errata del Código Civil)», *Anuario de Derecho Civil*, Enero-Marzo, 1993, p. 44, nota 82.

produce, entonces, lo que el autor denomina constante «erosión del ánimo de lucro». Habla de neutralidad al reconocer el carácter societario: a entidades de base Mutualista: Cooperativas (vid.: art. 1 LGCoop.), Sociedad Mutua de Seguros (arts. 13 y 14 LOSP); neutralidad en las SA y SRL (vid.: arts. 3 LSA y 3 LSRL): tipos sociales a utilizar para el desarrollo de «cualquier objeto». Esto es: «ideológicamente neutral». Esta fungibilidad causal la ratifica la LSA que no elenca, en su art. 34, entre las causas de nulidad, la falta de causa lucrativa⁵.

En el Derecho italiano, Santini afirma la «neutralidad» respecto de la estructura Societaria, esto es –dice– de una estructura destinada a ser rellena sí de una finalidad concreta pero no necesariamente de un fin lucrativo técnicamente intenso. En este sentido Galgano se refiere a la *Superfluità dello scopo di lucro*⁶.

Conviene recordar que puede ocurrir que personas morales ya existentes se transformen pura y simplemente en Fundaciones y que aquellas personas morales fuesen «lucrativas», los ejemplos nos los proporciona Sauvel⁷ citando: «L'Institut Pasteur» (1887), que después de haber tomado la forma comercial se transforma en Fundación. El *Institut Pasteur* pertenece a las denominadas *operational Fondations*, cuyos recursos son destinados a las actividades de la propia Fundación. También: «L'École Libre des Sciences Politiques» (1872), que después de haber sido durante largo tiempo Sociedad Anónima cede todo su haber a la *Fondation Nationale* (1945).

Prestemos ahora atención especial a la persona jurídica tipo Fundación y observemos la incidencia en ella del principio que se defiende: la neutralidad de sus fines. Estaba admitiendo esta neutralidad Lacruz Berdejo⁸, cuando se refería a la posibilidad de hacer compatible la vocación

⁵ Vid.: PAZ-ARES, Cándido: «Comentario a los artículos 1665 a 1708 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, Tomo II, pp. 1307-1314.

Cfr. art. 22 CE y 4 Ley de Asociaciones de 24 de diciembre de 1964, nueva redacción dada por la Disposición Adicional Decimotercera de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General.

⁶ Vid.: SANTINI, Gerardo: «Tramonto dello Scoppo lucrativo nelle società di capitali», en *Rivista di diritto civile*, Parte I, 1973, pp. 151-157. El autor consiente la estructura societaria también cuando el lucro sea meramente eventual. ASCARELLI, Tullio: en: «Tipologia delle Società per Azioni e disciplina giuridica», *Rivista delle società*, 1959, p. 1013, se refiere al: «fin de lucro que se presenta por su naturaleza como neutro [...]». En este sentido, *vid.*, también: GALGANO, Francesco: *L'Imprenditore*, Bologna, Zanichelli, 1970, pp. 26-30.

⁷ Vid.: SAUVEL, Tony: «Les Fondations. Leurs origines, leur évolution», *Revue Française du Droit Public*, 1954, p. 341.

⁸ Vid.: LACRUZ BERDEJO, José Luis: «Aportación para una futura Ley de Fundaciones»,

de ganancia con la prohibición genérica de lucro que pesa sobre las Fundaciones. En esta defensa de la neutralidad de los fines destaca la doctrina italiana. Rescigno⁹ cita la progresiva *neutralità* de la forma jurídica respecto al contenido económico¹⁰ que hace superar el obstáculo representado por la tradicional concepción del instituto en el que aparece como esencial el perseguir fines altruistas, intereses no individuales. El autor utiliza como ejemplo la Fundación Zeiss¹¹, concreto modelo histórico de *pluralità e larghezza* de los fines estatutarios y distingue entre fines de carácter introempresariales y fines de carácter extraempresariales.

Sin embargo también aparecen voces discordantes. Así, SauveL¹² no admite la posible compatibilidad, atacando la nota de la neutralidad de la forma jurídica respecto al contenido económico, y siendo partidario de la homogeneidad del contenido fundacional, es contundente cuando afirma que «*Les temps des mots vagues est terminé*».

Desde luego, y observando la realidad socio-económica, se advierte que la previsión de fines extremadamente amplios y elásticos constituyen la regla actual de las Fundaciones de mayor relevancia. El resultado de esta afirmación no es diverso del que se realiza en las sociedades de capital, a través de la generalidad y omnicomprensividad de la indicación del objeto social. Para esto está bien que los Estatutos contengan indicaciones genéricas de los fines fundacionales.

Conviene tener aquí presente una norma del CC Suizo, art. 80, cuando utiliza la lacónica expresión «*but spécial*»: «La Fundación tiene por objeto la afectación de bienes a favor de un fin especial». Según Pauvel y a la vista del citado artículo sólo serían inadmisibles fines imposibles, ilícitos, o contrarios a las buenas costumbres¹³.

en: *Hacia un Estatuto de las Fundaciones en España*, Temas de Fundaciones, n.º 2, Madrid, Centro de Fundaciones, 1979, pp. 135 y 136.

⁹ Vid.: RESCIGNO, Pietro: «Fondazione e Impresa», *Rivista delle società*, 1967, donde se refiere a la «*neutralità delle forme giuridiche dell'attività economica*», pp. 829, 832 y 833.

¹⁰ La feliz expresión de RESCIGNO, *neutralità delle forme giuridiche rispetto ai continuti*, también es tenida en cuenta por VITTORIA, para hacer referencia a la incomodidad que supone para la doctrina y la jurisprudencia establecer una línea neta de individualización y de separación entre los entes del Libro I y del Libro V del Código Civil Italiano. Lo que *mutatis mutandis* reconoce es la dificultad de colocar los mojoneros entre los entes civiles y mercantiles. Vid.: VITTORIA, Daniela: «Gli enti del Primo Libro del Codice Civile: l'attuale assetto normativo e le prospettive di riforma», en: *Le Fondazioni in Italia e all'estero*, a cargo de RESCIGNO, Pietro, Padova, CEDAM, 1989, pp. 107-111.

¹¹ Vid.: GOYDER, George: *El porvenir de la Empresa privada*, Madrid, Aguilar, 1957. A esta Fundación. Zeiss, me referiré al estudiar la Fundación-Empresa.

¹² Vid.: SAUVEL, Tony: «Les Fondations. Leurs origines, leur évolution», *Revue Française du Droit Public*, 1954, p. 351.

¹³ Vid.: PAUVEL, Uwe: «Suisse», en *Les Fondations en Europe. Une étude comparative*, IdW-Verlag GmbH, Düsseldorf, 1973, p. 79.

Nótese que la Ley 30/1994, de Fundaciones se ha preocupado de perseguir los fines fundacionales, paradigmático resulta el art. 2.1: «Las fundaciones deberán perseguir fines de interés general: de asistencia social, cívicos, educativos, culturales, científicos, deportivos, sanitarios, de cooperación para el desarrollo, de defensa del medio ambiente o de fomento de la economía o de la investigación, de promoción del voluntariado, o de cualesquiera otros de naturaleza análoga». Con parecido contenido y la misma *ratio legis* se manifiestan la Ley 1/1998, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid, art. 1.1 y la Ley 8/1998, de Fundaciones de la Comunidad Valenciana, art. 3.1. Advierto, en relación con esta Ley valenciana de Fundaciones que en su Preámbulo se refiere a fines: «[...] que encajan en el ámbito de la función social de la propiedad [...]», esta observación me parece digna de todo encomio, nos recuerda la Constitución Española de 1978, art. 33.2, función social de la propiedad. Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 3.1 del Código Civil y aplicar la interpretación sociológica según: «la realidad social social del tiempo en que han de ser aplicadas [las normas]» y la teleológica o finalista atendiendo fundamentalmente: «al espíritu y finalidad de aquéllas»¹⁴.

2. La realización de actividades mercantiles e industriales

Se trata de una nueva posibilidad de las Fundaciones, por lo tanto, de hacer efectivo el principio de neutralidad de los fines fundacionales.

La Ley 30/1994, de Fundaciones, dispone en su art. 22: «1. Las fundaciones no podrán tener participación alguna en sociedades mercantiles en las que deban responder personalmente de las deudas sociales. 2. Cuando formen parte de la dotación participaciones en las sociedades a las que se refiere el apartado anterior y dicha participación sea mayoritaria, la Fundación deberá promover la transformación de aquéllas a fin de que adopten una forma jurídica en la que quede limitada su responsabilidad. 3. Las fundaciones podrán participar mayoritariamente en sociedades no personalistas y deberán dar cuenta de dicha participación mayoritaria al Protectorado en cuanto ésta se produzca».

La exigencia de la licitud de los fines aparece claramente, por ejemplo, en la Ley de Fundaciones de interés gallego, Ley 7/1983, art. 2.2. También en la Ley de Fundaciones del País Vasco, Ley 12/1994, art. 3.1.

¹⁴ El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 7 de julio de 1999 (RJA, 6323) utiliza el art. 3.1 del CC, en concreto apela a la «realidad social», interpretación sociológica respecto del RD sobre reorganización de servicios de la beneficencia particular e Instrucción para el ejercicio del Protectorado del Gobierno de 14 de marzo de 1899 –en un supuesto de inembargabilidad de bienes–.

Para Cabra de Luna¹⁵ nos encontramos ante uno de los artículos más señeros de la Ley, que nos sugiere un doble enfoque: de un lado, el ejercicio de actividades empresariales por parte de las Fundaciones, ya sea para el cumplimiento directo de sus fines o para la consecución de ingresos necesarios para la financiación de sus programas de acción, y, de otro lado, la titularidad accionarial de las fundaciones en las sociedades mercantiles.

La redacción del art. 22 de la Ley 30/1994 se utiliza por la Ley 1/1998, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid, art. 19 que se intitula: *Actividades mercantiles e industriales*. La Ley 12/1994, de Fundaciones del País Vasco, art. 25, admite que las Fundaciones puedan realizar actividades empresariales, mercantiles o industriales, cuando éstas tengan relación con los fines fundacionales o estén al servicio de los mismos. En todos los demás supuestos deberán realizar dichas actividades a través de sociedades, incluidas las de economía social, que tengan limitada la responsabilidad de sus socios. Las actividades empresariales deberán ser puestas en conocimiento del Protectorado.

La Ley 5/2001, de 2 de mayo, de fundaciones, de Cataluña, dedica los artículos 35 a 39 a las «Actividades económicas» de las fundaciones. Nos interesan especialmente los artículos 35 y 36. La regla general, que admite determinadas excepciones, y, por lo tanto la *ratio legis*, es que solamente se permite que las fundaciones constituyan sociedades o participen en el capital de sociedades que limiten la responsabilidad de los socios, y se condiciona la participación de las fundaciones en la gestión de sociedades a que sea compatible con las finalidades fundacionales –cfr.: art. 35–, también se establece que las fundaciones puedan realizar directamente explotaciones económicas, de acuerdo a lo que disponga la legalidad vigente, todo esto es posible si con esta actividad se cumplen fines fundacionales o se trata de una actividad accesoria, complementaria o subordinada en relación con el fin fundacional.

El Reglamento gallego de fundaciones, Decreto 248/1992, también establece, art. 21,1, que las fundaciones podrán realizar directamente las actividades económicas que consideren procedentes para el mejor cumplimiento de los fines fundacionales; pero deberán informar al Protectorado, a través de la memoria anual, de la estructura y funcionamiento de ellas, con la debida separación. La participación mayoritaria de la fundación en sociedades mercantiles deberá comunicársele al Protectorado tan pronto como se produzca. Este art. 21.1, Decreto 248/1992, deberá interpretarse a la luz del art. 22 de la Ley 30/1994 si se quiere que se respete debidamente el contenido esencial del derecho de fundación –*vid.*: art. 53.1 Constitución Española de 1978–.

¹⁵ *Vid.*: CABRA DE LUNA, Miguel Ángel, op. cit., p. 182.

El Tribunal Supremo no desconoce la importancia de la realización de actividades mercantiles e industriales por las fundaciones y en la Sentencia de 7 de julio de 1999 (RJA, 6323) señala que: «[...] se intenta conseguir la reactivación de empresas industriales después de conflictos bélicos mediante una amplia implicación económica y laboral de la sociedad; con lo que se ha tratado de distinguir entre actividades empresariales de las fundaciones y la fundación empresa, sin que falten corrientes doctrinales contrarias a ello junto a otras que lo admiten en cuanto sea razonable y adecuado al ordenamiento cumpliendo las exigencias del mismo [...]».

3. La Fundación-Empresa

En la STS de 7 de julio de 1999 (RJA, 6323), a la que se ha hecho referencia en el apartado anterior, se distingue entre actividades empresariales de las fundaciones y la fundación empresa. De este tipo de fundación nos ocupamos en este momento. Nótese que la fundación tiene una infraestructura organizativa que se asemeja a la de la empresa, si bien la diferencia esencial está en que mientras la empresa mercantil nace para la obtención de beneficios, a la fundación no la mueve el ánimo de lucro.

Destaca la opinión de Zoppini¹⁶, que aborda esta cuestión al tratar de la relación entre los intereses particulares y la utilidad social; se refiere a la *neutralità delle forme giuridiche rispetto ai contenuti economiche*, donde se quiere colocar a la Empresa-Fundación, la *Unternehmensträgerstiftung* de la experiencia tedesca, la Empresa que ha asumido la forma jurídica de la Fundación. En contra de esta posición se coloca Bianca¹⁷, cuando afirma que la Fundación no puede ejercitar una Empresa comercial, ni siquiera si el provecho se utiliza para perseguir fines altruistas. No estoy de acuerdo con esa opinión, precisamente creo que el hecho de reinvertir lo obtenido por la Fundación-Empresa en fines altruistas es uno de los justificantes de mayor envergadura para defender su existencia.

Adviértase que la cuestión no resulta nada pacífica. En efecto, el Tribunal Constitucional así lo ha reconocido en la STC 49/1988, de 22 de marzo [sobre Órganos Rectores de Cajas de Ahorros] –Fundamento Jurídico Séptimo–: «[...] el concepto de Fundación-Empresa en sus diversas modalidades constituye una de tantas importaciones de la doctrina ale-

¹⁶ Vid.: ZOPPINI, Andrea: «Considerazioni sulla Fondazioni d'Impresa e sulla Fondazione Fiduciaria regolate da una recente Legge Francese», *Rivista di diritto civile*, Parte Prima, 1991, p. 588.

¹⁷ Vid.: BIANCA, C. Massimo: *Diritto Civile, I, La norma giuridica-I soggetti*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 315.

mana que se han realizado o se intentan realizar en nuestro Derecho [...], la doctrina no es unánime sobre cuáles serían las condiciones y las medidas legislativas para llevarla a cabo, especialmente cuando se trata de la llamada Fundación-Empresa 'funcional' aplicada a un tipo de Empresas tan peculiar como las entidades de crédito, sino que en todo caso resultaría discutible en qué medida tal concepto encajaría en el de Fundación protegida por el art. 34 de la Constitución».

Precisamente, en relación con esta Sentencia del Tribunal Constitucional, Díez-Picazo¹⁸ afirma que el art. 38 de la Constitución garantiza la libertad de empresa, cualquiera que sean las características de ésta y lo mismo si tiene o no finalidad de lucro. Se trata –dice– de que existan agentes económicos de carácter privado. En esta opinión pueden basarse argumentos tendentes a dar carta de naturaleza en nuestro Derecho a la Fundación-Empresa.

La Sentencia del Tribunal Constitucional imputa el nacimiento de la polémica en torno a la Fundación-Empresa a la doctrina alemana. En efecto, por ejemplo, Kronke¹⁹ admite la Fundación como forma de Empresa²⁰.

Conviene tener presente que determinados autores ponen de manifiesto que en ciertos países, como Francia, existe una incompatibilidad entre el interés general y la finalidad lucrativa. Por todos, tengamos presente la opinión de Szybowicz y Magistrali²¹, cuando afirman que en Francia, la carga y la responsabilidad de interés general incumben automáticamente al Estado. En el espíritu de los ciudadanos, el carácter de interés general excluye todo propósito lucrativo. Estas consideraciones que adopta la sociedad gala hay que estudiarlas hoy a la luz de la legislación francesa sobre la *Fondation d'Entreprise*, Fundación de Empresa, concebida en el país vecino como persona moral, con *but non lucratif*, para la realización de una obra de *intérêt général*; permitiéndose claramente la convivencia del interés general y la Empresa²².

¹⁸ Vid.: Voto particular que formuló Díez-Picazo y Ponce de León en los Recursos núms. 990, 991 y 1007/1987, en la STC 49/1988, de 22 de marzo.

¹⁹ Vid.: KRONKE, Herbert: *Stiftungstypus und Unternehmensträgerstiftung*, Tübingen, 1988.

²⁰ En este orden de preocupaciones, vid.: KOHL (Dr. Reinhard Kohl, Münster): «Brauchen Wir ein stiftungskonzernrecht?», en *NJW (Neue Juristische Wochenschrift)*, 1992, Heft 31, pp. 1922-1924. Con el título «La Fundación como dirección de la Empresa», el autor ha propuesto reflexiones, tesis y conclusiones sobre la relación Derecho Fundacional y Derecho de Empresa con el propósito de estimular una discusión sobre el Derecho Fundacional-Empresarial.

²¹ Vid.: SZYBOWICZ, A. y MAGISTRALI, S.: *Esponsorización y Mecenazgo*, Barcelona, 1990, pp. 19, 20 y 47.

²² Vid.: ZOPPINI, Andrea: «Considerazioni sulla Fondazione d'Impresa e sulla

En todo caso debe reconocerse que el país prototipo de la figura de la Fundación-Empresa es Alemania, país en que está ampliamente reconocida esta figura: *Unternehmensstiftung*, donde la precursora y más conocida es la Fundación ZEISS: *Carl Zeiss Stiftung*, establecida por Ernest Abbe en Jena (1896), considerada como el modelo más riguroso y el más felizmente operante de Fundación-Empresa, entiende el ejercicio de la Empresa por medio de un sujeto distinto al de la Fundación²³. Rescigno²⁴ señala que sobre este punto la doctrina tedesca está positivamente influenciada por la práctica americana: que sean netamente distintos los órganos de la Empresa y los de la Fundación.

Diversos autores señalan la necesidad de que la fundación para potenciar su eficacia adopte una actitud empresarial, un aspecto menos burocrático, tanto en la gestión de su patrimonio como en la realización de sus prestaciones. De tal manera que se pueda admitir la posibilidad de que la fundación actúe de forma dinámica en el mercado en orden a obtener fondos suficientes para el adecuado cumplimiento del fin fundacional, adaptándose así a las variables circunstancias económicas, debiendo aceptarse esta posibilidad siempre que las ventajas económicas se adscriban directa y efectivamente al fin fundacional. Se ve a la fundación como titular exclusiva e inmediata de la empresa y se puede afirmar con Valero Agúndez²⁵ que la fundación como sujeto jurídico puede intervenir de diversas maneras en el tráfico económico. En el caso de la

Fondazione Fiduciaria regolate da una recente legge francese», en: *Rivista di diritto civile*, 1991, pp. 573-597.

²³ Vid.: GOYDER, George: *El porvenir de la Empresa privada*, Madrid, Aguilar, 1957. Traducción del inglés por Alau GÓMEZ-ACEBO: *The future of private Enterprise a study in Responsibility*. En un apéndice se encuentra el Estatuto de la Fundación Zeiss (pp. 133-197), firmado por el Dr. Ernest Abbe, en Jena, el 26 de julio de 1896, a los que siguió una carta de aceptación firmada por el Ministro de Estado, como requiere la Ley Alemana para legalizar el Estatuto. Está fechada en Weimar el 5 de diciembre de 1905.

El objetivo de esta Fundación es el buen funcionamiento de talleres de óptica y vidrio, contando con la cooperación del fundador, y manteniendo estos establecimientos industriales bajo un título de propiedad impersonal, seguridad económica de un gran número de gentes y garantizar el respeto de los derechos personales y económicos de los cotrabajadores. Una vez cumplidos este tipo de objetivos, *dentro de los talleres*, con los fondos disponibles se atenderá a cuestiones de *fuera de los talleres*, fomentando el interés general y el bien público de la población trabajadora de Jena y su vecindario inmediato, así como los estudios de ciencias naturales y matemáticas.

²⁴ Vid.: RESCIGNO, Pietro: «Fondazione e Impresa», en *Rivista delle società*, 1967, p. 846.

²⁵ Vid.: VALERO AGÚNDEZ, Urbano, con una obra realmente precursora sobre la materia: *La fundación como forma de empresa*, Universidad de Valladolid, Secretariado de Publicaciones, Valladolid, 1969. También, en relación con la realización de actividades mercantiles y con la Fundación-Empresa, vid.: NIETO ALONSO, Antonia: *Fundaciones: su capacidad. Especial consideración a la realización de actividades mercantiles e industriales*, A Coruña, Fundación Pedro Barrié de la Maza, Conde de Fenosa, 1996.

Fundación-Empresa, la actividad de la empresa queda automáticamente orientada a la promoción de fines generales, de interés común..., en ella el logro de ganancias se subordina en razón de medio a fin a la promoción de fines ideales de interés común, esenciales a la fundación.

4. Otras manifestaciones de los objetivos heterogéneos que persiguen las Fundaciones

De plausible puede calificarse la preocupación del legislador al ofrecernos, cumpliendo el mandato constitucional, art. 34 CE, una regulación *ad hoc*. Esta circunstancia ha favorecido, sin duda, la constitución de fundaciones en consonancia con las nuevas necesidades de la sociedad civil y a promocionar a las ya existentes. Fundaciones, personas jurídicas coadyuvantes del Estado en la realización de fines de interés general –cfr. arts. 35 CC y 34 CE–. Recordemos que uno de los principios inspiradores y calificadores de la actuación de las fundaciones es la subsidiariedad, en relación con las actuaciones del Estado. Perceptibles son las ideas de *neutralidad* y *fungibilidad* de los fines fundacionales y la consideración de las fundaciones como técnica jurídica utilizable para fines absolutamente heterogéneos.

Pensemos en las denominadas «Fundaciones Comarcales», en Galicia, por ejemplo, mejoran la calidad del comercio, promocionan productos autóctonos, en suma, incentivan la participación de los sectores y agentes económicos y sociales²⁶.

Incluso creo que se hace uso abusivo del término o expresión «fundación»²⁷. Así, el Tribunal Supremo en la Sentencia de 8 de mayo de

²⁶ Un ejemplo: por Orden de 20 de diciembre de 1994 se clasifica como mixta la Fundación para el Desarrollo de la Comarca *Terra Chá* y por Orden de 29 de diciembre de 1994 se declara de interés gallego la Fundación para el Desarrollo de la Comarca de *Terra Chá* y se ordena su inscripción en el Registro de Fundaciones, sección de la Consellería de la Presidencia y Administración Pública.

²⁷ La STS de 12 de abril de 1995 (RJA, 2936) recuerda: «[...] lo característico o elemento definidor de las fundaciones (artículo 35 del Código Civil) es la de ser un patrimonio que por voluntad de su fundador está afectado al cumplimiento de un fin público, pudiéndose afirmar que la Fundación es un patrimonio al que se le dota de personalidad jurídica, un patrimonio, en este caso, privado así como los beneficios o prestaciones que concede la Fundación a cargo exclusivo de ese patrimonio. No concede pensiones públicas sino beneficios con el fin de complementar (que no 'completar') las prestaciones públicas con cargo a los fondos públicos». En esta STS de 1995 se analiza la *naturaleza jurídica de una fundación*: la «Fundación Laboral Benito Cid» –que nace de convenio suscrito entre mercantil «Butano SA» y sus trabajadores. Así las cosas llega a la conclusión de que la fundación «Benito Cid» no reúne las condiciones ni características exigidas por el art. 2.º del Real Decreto 2566/1985, de 27 de diciembre para su inclusión en el Banco de Pensiones Públicas–.

1999 (RJA, 3369), se refiere a «fundación de carácter peculiar», al analizar la naturaleza jurídica de las Cajas de Ahorro, reconoce el predominio de su carácter de entidad de crédito, aclara la limitación del patronazgo a la función benéfico social que desarrolla y reconoce su plena capacidad jurídica para los actos relativos a su tráfico mercantil y para su actuación procesal. Dice, además, el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 22 de marzo de 1988 (RTC 1998, 49): «[...] sin negar que las Cajas tengan un cierto carácter fundacional o puedan calificarse dogmáticamente de fundaciones a los efectos de encajarlas en una de las figuras jurídicas reconocidas por nuestro Derecho, lo cierto es que son, en todo caso, *fundaciones de carácter muy peculiar* en que domina su condición de entidades de crédito, que es lo que les da su fisonomía actual [...] la transformación sufrida por las *Cajas* no permite considerarlas hoy como fundaciones en el sentido de la doctrina generalmente admitida, y con ella el art. 34 de la Constitución, da a ese concepto»²⁸.

Las fundaciones también pueden satisfacer las funciones que cumple el trust. Recordemos la relación entre el fideicomiso, el trust y las fundaciones, así, la STS de 3 de noviembre de 1998 (RJA, 9839) se refiere a: «[...] la representación de los 'fundadores o sostenedores' que, en todo caso, se atribuye al Ayuntamiento de Bilbao responde según el Reglamento a la 'noción fideicomisaria' respecto a la voluntad fundadora [...]» –se refiere al Reglamento de 11 de mayo de 1897 de la Casa de Misericordia (Bilbao)–.

La utilización de la persona jurídica tipo fundación se aprecia en un ejemplo reciente: la gestión sanitaria. De este modo, manteniendo el carácter y esencia de servicio público de los centros y servicios sanitarios que se han de gestionar, el Real Decreto de 14 de enero de 2000 enumera y desarrolla, en el ámbito del Instituto Nacional de la Salud, las nuevas formas de gestión sanitaria estableciendo como tales las fundaciones de la Ley 30/1994, de 20 de noviembre, de fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general, los consorcios y las sociedades estatales, todas ellas refrendadas

En el Alto Tribunal se han estudiado supuestos relacionados con las «*Fundaciones Públicas*», por ejemplo: STS de 26 de enero de 1994 (RJA, 458), se refiere a la continuación de las obligaciones laborales por subrogación en caso de sucesión de empresa y se plantea como un derecho subjetivo de los trabajadores, que no puede ser disminuido ni condicionado por un acto administrativo, subrogándose un ente local. Vid.: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: «Los tipos de Entes Públicos en el Derecho Español», *Estudios en Homenaje DE CASTRO*, t. I, Madrid, Tecnos, 1976, pp. 639-686.

²⁸ En relación con estas cuestiones que estudio, la Ley 8/1998, de Fundaciones de la Comunidad Valenciana, Disposición adicional tercera, se refiere a las «Fundaciones de la obra benéfico-social de las cajas de ahorros con domicilio social en la Comunidad Valenciana».

en la Exposición de Motivos de la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, así como las fundaciones públicas sanitarias reguladas por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social –art. 111–. Merece especial mención el Real Decreto de 14 de enero de 2000, en concreto, el Capítulo III: *Disposiciones específicas de las nuevas formas de gestión*, Sección 1.ª (arts. 38-45): *De las fundaciones constituidas al amparo de la Ley 30/1994*. Adviértase que tendrán la consideración de fundaciones, en el ámbito del citado Real Decreto, las organizaciones sanitarias sin ánimo de lucro constituidas por el Instituto Nacional de la Salud, que destinen un patrimonio a la realización de fines sanitarios de interés general y que tengan por objeto la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria.

5. A modo de conclusión

He defendido la neutralidad y *fungibilidad* de los fines de las personas jurídicas. Pues bien, un objetivo de estudio será el determinar, aquí y ahora, a la vista de la Constitución Española, la admisibilidad de que unas instituciones que han sido calificadas tradicionalmente de *no lucrativas* actúen eficazmente en el orden económico. Por todo, se hace necesario un replanteamiento de esta persona jurídica, la Fundación, máxime cuando se trata de un tema tan delicado como lo es el de la Fundación-Empresa, de enormes repercusiones civiles y mercantiles, sin perjuicio de la trascendencia en el orden laboral, que hace necesaria la puesta en escena de algunos preceptos constitucionales y, siguiendo estos principios, replantearnos su armonización, de manera tal que sirvan para defender nuestras propuestas. Me refiero, sobre todo: al reconocimiento del derecho de fundación, art. 34 CE, la libertad de empresa, art. 38 CE y la conjugación o cohesión de ambos con la función social de la propiedad, art. 33 CE. Las leyes de fundaciones se refieren a estos intereses sociales. Obsérvese lo que se afirma en el Preámbulo de la Ley 8/1998, de Fundaciones de la Comunidad Valenciana: «[...] en esta Ley las fundaciones se sitúan y entienden no en la alternativa entre administración o sociedad, sino más bien como instrumento privado, surgido en la esfera de la libertad, para cumplir con protección de la administración fines a los que ésta por sí sola no puede atender y que encajan en el ámbito de la función social de la propiedad [...]». Sin perjuicio de recordar que ya la Ley 30/1994, de Fundaciones señala entre las necesidades que son atendidas por esa Ley: «[...] dotar al campo de las actuaciones altruistas de una base jurídica fomentadora y ajustada a la actual demanda que la so-

ciudad presenta». La Compilación navarra en su Ley 44 se refiere, también, a las fundaciones de «interés social evidente».

La problemática se completa con la cuestión de características constitucionales, también, de si la defensa de esa neutralidad de los fines fundacionales encaja en el respeto al «contenido esencial» de los derechos, como el de fundación, art. 34 CE. Contenido esencial al que se refiere el art. 53.1 CE. Y es que la concepción tradicional de las fundaciones es la de instituciones sin *animus lucrandi*. La garantía de *instituto* que les confiere el art. 34 CE debe ser tenida en cuenta. Considera el Tribunal Constitucional que la *garantía institucional* supone la voluntad del constituyente de preservar una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social de cada tiempo y lugar (STC 32/1981, de 28 de julio)²⁹. Claro que todo esto deberá estar matizado con una interpretación sociológica, teniendo en cuenta «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas [las normas]» y una interpretación finalista o teleológica: «atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad [de las normas]», como manda el art. 3.1 del Código Civil.

De estas consideraciones se deduce la capacidad de las fundaciones para fines diversos, sin acotar *in extremis* su competencia, por ejemplo a la realización de actividades de «beneficencia», en caso contrario nos arriesgamos a hacer realidad la cáustica frase de Bernard Shaw cuando, refiriéndose a los negros, decía a los americanos: «Les obligáis a limpiar zapatos y luego decís que sólo sirven para limpiar zapatos».

Recordemos el interés en los postulados de la *nueva economía*. Las economías europeas demandan que las instituciones y los gobiernos sean más activos. La *neutralidad de los fines de las fundaciones* y de las personas jurídicas, en general, contribuirá a la consecución de esas «instituciones más activas». Como señalaba DE CASTRO³⁰: «La persona jurídica, o

²⁹ Se utiliza el término «garantía institucional» de acuerdo con la sistematización llevada a cabo por C. SCHMITT: «*Verfassungslehre*», 1928, pp. 170 y ss. *Vid.*, en relación con esta cuestión: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: «Constitución, fundaciones y sociedad civil», artículo publicado en el libro: *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. I, Barcelona, Bosch, 1992, pp. 356-358. Este mismo artículo aparece publicado en la *Revista de Administración Pública*, n.º 122, 1990, pp. 235-256. También, *vid.*: PIÑAR MAÑAS, José Luis: *Régimen Jurídico de las Fundaciones: Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, 1992, pp. 10 y 11.

Francisco RUBIO LLORENTE, en la obra *Presente y futuro de las fundaciones* –coordinada por DE LORENZO GARCÍA y CABRA DE LUNA, Madrid, Civitas, 1990, p. 246– manifiesta: «[...] el art. 34 CE –derecho de fundación– si es algo es una garantía de instituto [...]». Todo sin perjuicio de reconocer que el derecho de fundación es concepto delimitado por la doctrina y jurisprudencia (*vid.*: STC 49/1988).

³⁰ *Vid.*: DE CASTRO Y BRAVO, Federico de: *Temas de Derecho Civil*, Madrid, Marisal, 1972, p. 67.

persona moral, o persona mística, o persona social, que con todos esos nombres se la denomina, constituye hoy uno de los grandes tópicos de la ciencia jurídica. Quizás ninguna otra figura ha originado tantas teorías y suscitado discusiones de tal entidad, ante tribunales nacionales e internacionales. Esta exacerbación de una cuestión jurídica, para revestir de aparato científico y para disimular ideologías políticas, o bien ponerla al servicio de poderosos intereses económicos». 