

VII

LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS DE LAS FUNDACIONES SOMETIDAS AL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN CASTELLANO-LEONESA

Marta PÉREZ ESCOLAR
Universidad de Valladolid

SUMARIO

	<u>Página</u>
I. INTRODUCCIÓN	676
1. La actividad económica de las fundaciones. Su configuración como instrumento para la generación de empleo	676
2. Posibilidades de actuación económica de la fundación. Su participación indirecta en empresas según la Ley de Fundaciones de Castilla y León	677
II. LA TITULARIDAD DE NEGOCIOS EMPRESARIALES	680
1. Grado de vinculación exigible entre su objeto material y los fines asumidos por la fundación. Perspectiva comparativa a partir de lo dispuesto en la Ley de Fundaciones de Castilla y León	680
2. Una visión crítica	683
III. BIBLIOGRAFÍA	685

El trabajo que se presenta asume por objetivo uno de los temas más controvertidos que plantean actualmente las personas jurídicas tipo fundación: la posibilidad de que realicen por sí mismas actividades económicas de naturaleza empresarial, compatibles con su carácter de entes sin ánimo de lucro, en la medida en que a través de ello se contribuye a la generación de empleo, y sobre la base de una normativa muy

específica, la que resulta aplicable a las fundaciones que desarrollan principalmente sus actividades en la Comunidad Autónoma de Castilla y León.

Con ello se pretende dar una visión crítica a propósito del tratamiento legislativo de esta cuestión que encuentra en la regulación castellano-leonesa un punto de apoyo muy relevante, pues el carácter restrictivo con el que trata este tema sirve para poner claramente de manifiesto las tensiones normativas que, a nivel estatal y autonómico, sigue revelando el Derecho de fundaciones como consecuencia del servicio que necesariamente han de cumplir estos entes en relación con la satisfacción de fines de interés general (artículo 34.1 de la Constitución Española).

I. INTRODUCCIÓN

1.1. LA ACTIVIDAD ECONÓMICA DE LAS FUNDACIONES. SU CONFIGURACIÓN COMO INSTRUMENTO PARA LA GENERACIÓN DE EMPLEO

El objeto de la presente comunicación se centra en uno de los aspectos más candentes y problemáticos que presenta nuestro actual Derecho de fundaciones, el que se refiere a la posibilidad de que estos entes realicen actividades económicas y, consecuentemente, se consoliden aún más en su papel de coadyuvantes de los poderes públicos en el moderno Estado social de Derecho, también a través de esta vertiente, en la medida en que dicha realización de actividades económicas repercute directamente en la creación de empleo. Dicho de otro modo, la contribución de las fundaciones a la sociedad del bienestar ya no viene marcada en la actualidad sólo por la vía de la persecución de los fines de interés general que tienen constitucionalmente encomendados (artículo 34.1 de la Constitución Española) sino también como consecuencia de su plena integración en el mercado en cuanto componentes del llamado «Tercer Sector» de la economía, que progresivamente ha ido alcanzando una importante relevancia en el conjunto global del mercado de trabajo⁽¹⁾.

Sobre esta base, vamos a ver cómo la perspectiva jurídica que nos ofrece en este punto la legislación de fundaciones dista de ser todavía la más idónea, pues siguen existiendo trabas importantes a la posibilidad de que estos entes realicen por sí mismos actividades económicas de naturaleza empresarial, a nivel estatal y autonómico, uno de cuyos mayores exponentes se encuentra precisamente en la normativa que tomamos como punto de referencia: la Ley 13/2002, de 15 de julio, sobre Fundaciones de Castilla y León (en adelante, LFCL)⁽²⁾, modificada por Ley 12/2003, de 3 de octubre, con la finalidad de incorporar a esta normativa autonómica «algunas de las

(1) Sobre su concepto, vid. TRIGO GARCÍA, B.: «Entidades sin fines lucrativos. Panorama actual del Tercer Sector en España», *Revista Jurídica del Perú*, núm. 56, mayo/junio 2004, pp. 27 y ss., y 47-48.

(2) Dictada al amparo del artículo 32.1.27 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León. Téngase en cuenta el artículo 4.f) de la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, sobre transferencia de competencias a las CC. AA. llamadas de segundo grado: Aragón, Asturias, Cantabria, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Extremadura, Islas Baleares, La Rioja, Madrid y Murcia, que con anterioridad sólo po-

innovaciones introducidas para las Fundaciones de competencia estatal por la Ley 50/2002» en materia de organización interna del ente fundacional, que se completa además con la regulación contenida en el Decreto 63/2005, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de Castilla y León⁽³⁾.

2. POSIBILIDADES DE ACTUACIÓN ECONÓMICA DE LA FUNDACIÓN. SU PARTICIPACIÓN INDIRECTA EN EMPRESAS SEGÚN LA LEY DE FUNDACIONES DE CASTILLA Y LEÓN

Dando por sentado que la caracterización de las fundaciones como entes sin ánimo de lucro, que se orientan hacia la satisfacción de fines de interés general⁽⁴⁾, no es incompatible con la realización de actividades económicas que repercutan, directa o indirectamente, en un óptimo cumplimiento de tales fines⁽⁵⁾, las posibilidades de actuación que la realidad les ofrece en este ámbito parte de una distinción fundamental cual es la que contrapone su participación indirecta en sociedades en las que se invierte el patrimonio del ente, que puede suponer o no el control de la sociedad participada, con respecto a la actividad que supone la realización directa y no a través de otra persona jurídica interpuesta de actividades empresariales. Es obviamente esta segunda posibilidad la que determina el importante papel que desempeñan hoy día las fundaciones en orden a la creación de empleo, razón por la cual

dían asumir competencias en materia de fundaciones enmarcables en alguno de los títulos del artículo 148.1 de la Constitución Española, particularmente, la regla 20, referida a la «asistencia social».

Lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones (en adelante, LF), sobre las «actividades económicas» de las fundaciones, es de aplicación únicamente a las de competencia estatal (disposición final 1.ª 4 de la LF), es decir, a aquellas que desarrollen su actividad en todo el territorio del Estado o principalmente en el territorio de más de una Comunidad Autónoma (artículo 36.1 de la LF). Las fundaciones de competencia autonómica, es decir, *a sensu contrario*, aquellas que desarrollan principalmente su actividad en una Comunidad Autónoma, se rigen por la LF en las cuestiones que dicha disposición final 1.ª declara de aplicación general a todo el territorio español, a salvo los derechos civiles especiales, y, en lo demás, y en su caso, por la ley autonómica que corresponda.

(3) La regulación introducida por este último en relación con las actuaciones del Protectorado y del Registro de Fundaciones, que quedan atribuidas a un mismo órgano de la Administración autonómica, la Consejería de Presidencia y Administración Territorial, ha dado lugar a la derogación de los anteriores Decretos 227/1995, de 9 de noviembre, de atribución de funciones y servicios en materia de fundaciones, y 121/1996, de 9 de mayo, por el que se crea el Registro de Fundaciones de Castilla y León.

(4) Así, según el artículo 2.1 de la LF, «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».

(5) La ausencia de ánimo de lucro de las fundaciones ha de entenderse desde el punto de vista subjetivo, en el sentido de que los beneficios económicos que obtengan a raíz de la realización de este tipo de actividades no se traducirán nunca en un reparto de éstos entre sujetos particulares. Vid., por todos, LACRUZ BERDEJO, J.L.; SANCHO REBULLIDA, F. de A.; LUNA SERRANO, A.; DELGADO ECHEVERRÍA, J.; RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J.: *Elementos de Derecho Civil*, I, vol. segundo, 4.ª ed. revisada y puesta al día por J. Delgado Echeverría, Dykinson. Madrid, 2004, pp. 319-320: la finalidad altruista del ente «se cifra realmente en la no realización de ganancias repartibles».

realizaremos su estudio específico en el epígrafe siguiente, siempre centrado en la normativa castellano-leonesa que tomamos como punto de referencia (artículos 22.1 y 22.2, segundo inciso, de la LFCL).

Por lo que se refiere a la actuación económica que supone simplemente la inversión de capital en valores mobiliarios, hay que comenzar destacando que el artículo 22, números 2, 3 y 4, de la LFCL establece uno de los regímenes más detallados del ordenamiento jurídico español relativos a esta participación accionarial de las fundaciones en sociedades mercantiles, aunque no por ello de manera suficientemente clara y siempre marcado por un carácter restrictivo que más adelante veremos corroborado al analizar la configuración normativa que realiza esta misma LFCL de la posibilidad de que las fundaciones sometidas a su ámbito de aplicación sean titulares inmediatas de empresas.

Así, el artículo 22.2 de la LFCL confirma los dos principios fundamentales en esta materia que se deducen de la legislación estatal y de la mayoría de legislaciones autonómicas, pero introduce al tiempo ciertas matizaciones que ponen de manifiesto el aludido criterio restrictivo adoptado por el legislador castellano-leonés:

— En primer lugar, se limita esta posible participación accionarial de la fundación en sociedades mercantiles a aquellas en las que no se deba responder personalmente por las deudas de la sociedad participada, principio que obviamente se fundamenta en una búsqueda de protección del patrimonio fundacional frente a eventuales reclamaciones de los acreedores sociales y cuya única excepción en nuestro ordenamiento jurídico la encontramos en el artículo 21.1, párrafo segundo, del Decreto 248/1992, de 18 de junio, de la Xunta de Galicia, por el que se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento del Protectorado de las fundaciones de interés gallego, que, curiosamente, se refiere a la posibilidad de que las fundaciones sometidas a su ámbito de aplicación participen en sociedades mercantiles sin hacer distinción entre los supuestos en que tal participación sea en sociedades personalistas o no personalistas⁽⁶⁾.

La LFCL no contiene una regla que rijan específicamente los supuestos en que la fundación reciba alguna participación en sociedades personalistas, respecto de los que entendemos que, puesto que se trata de una opción rechazada sin matices por el legislador de esta Comunidad Autónoma, no puede plantearse la aplicación subsidiaria de la norma estatal contenida en el artículo 24.3 de la LF, en virtud de la cual la adquisición, por vía dotacional o posterior, de participaciones en este tipo de sociedades obliga al órgano de gobierno del ente a proceder a su enajenación salvo que, en el plazo máximo de un año, se produzca la transformación de la sociedad participada en una de responsabilidad limitada. Con ello, las fundaciones de ámbito castellano-leonés habrán de rechazar directamente cualquier tipo de participación en sociedades personalistas, que no podrán tampoco formar parte de su dotación inicial.

(6) Para las fundaciones de competencia estatal, véase el artículo 24.1, párrafo segundo de la LF.

— En segundo lugar, se establece que este tipo de actividad económica es la única que puede llevarse a cabo desconectada de los fines fundacionales, es decir, se posibilita que la participación de la fundación en sociedades se realice con independencia del objeto de estas últimas, que podrá no presentar ningún tipo de relación material con respecto a sus objetivos institucionales.

Sin embargo, el mismo artículo 22.2 de la LFCL determina la necesidad de que la fundación obtenga una autorización administrativa previa del Protectorado para poder ejercitar este tipo de actividades económicas «independientes de los fines fundacionales», lo cual, si en un principio se presenta como un criterio incomprensible por representar a este respecto una restricción sin precedentes, a nivel estatal y autonómico, se aclara relativamente más adelante, en el número 3, párrafo primero, del mismo artículo 22 de la LFCL, cuando se dice que «a estos efectos se considerará actividad mercantil independiente de los fines fundacionales la participación mayoritaria en sociedades mercantiles no personalistas cuyo objeto no coincida con los fines fundacionales». Con ello, este rodeo normativo no sirve más que para llegar a la conclusión de que la participación mayoritaria en sociedades mercantiles no personalistas de objeto no coincidente con los fines del ente exige autorización previa del Protectorado, a diferencia del criterio seguido por la legislación estatal, que sólo requiere una comunicación posterior (artículo 24.2 de la LF), y del adoptado por la mayoría de legislaciones autonómicas, que se inclinan también por este sistema de simple comunicación⁽⁷⁾, y tanto en un caso como en otro con carácter general, es decir, sin vincular el cumplimiento de este requisito al hecho de que el objeto de la sociedad participada presente relación o no con los fines fundacionales⁽⁸⁾.

Finalmente, el artículo 22.4 de la LFCL contiene una norma también bastante curiosa destinada a regir en este caso las participaciones minoritarias de la fundación en sociedades mercantiles, tanto por su falta de precedentes como de correspondencia con otras legislaciones vigentes: las participaciones en el capital social superiores al 25 por 100 que no tengan la consideración de participaciones mayoritarias deben comunicarse al Protectorado, con lo cual tenemos que el régimen de estas participa-

(7) Así, los artículos 33.4 párrafo primero de la Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía, 21.1 párrafo segundo del citado Reglamento de organización y funcionamiento del Protectorado de las fundaciones de interés gallego de 1992, 19.3 de la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Normas Reguladoras de las Fundaciones de la Comunidad de Madrid, 25.3 de la Ley 12/1994, de 17 de junio, de Normas Reguladoras de las Fundaciones del País Vasco, y 20.3 de la Ley 8/1998, de 9 de diciembre, de Normas Reguladoras de las Fundaciones de la Comunidad Valenciana.

(8) *A sensu contrario*, no se requiere autorización previa del Protectorado cuando la fundación tenga participaciones mayoritarias en sociedades no personalistas de objeto coincidente con los fines fundacionales. Piénsese, por ejemplo, en una sociedad que tenga por objeto la producción de productos de artesanía característicos de una región concreta con respecto a una fundación que persiga el desarrollo de la zona a través del fomento de su propia identidad cultural.

A los efectos que estamos tratando, el artículo 22.3 párrafo segundo LFCL determina qué se entiende por participación mayoritaria: aquella que represente más del 50 por 100 del capital social o de los derechos de voto, con independencia de que las participaciones se adquieran en un solo acto o de manera sucesiva.

ciones minoritarias implica la necesidad de distinguir entre las inferiores al 25 por 100, no sometidas a ningún requisito, a semejanza de las correspondientes a las fundaciones de competencia estatal, y las superiores a dicho porcentaje, que conllevan la obligatoriedad de llevar a cabo su comunicación al órgano de control de la misma manera que ha de hacerse con respecto a las participaciones mayoritarias que posean las fundaciones de competencia estatal.

En definitiva, la peculiaridad del régimen que rige esta posibilidad de actuación económica de las fundaciones sometidas al ámbito de aplicación de la LFCL no viene a representar sino una muestra de la rigidez con que esta normativa afronta, con carácter general, todo lo relativo a la gestión del patrimonio fundacional, rigidez que tiene una de sus manifestaciones más representativas en la exigencia de intervención del poder público de una manera demasiado controladora e intervencionista y que no se corresponde con las actuales tendencias económicas ni, por supuesto, de renovación del Derecho de Fundaciones⁽⁹⁾.

II. LA TITULARIDAD DE NEGOCIOS EMPRESARIALES

1. GRADO DE VINCULACIÓN EXIGIBLE ENTRE SU OBJETO MATERIAL Y LOS FINES ASUMIDOS POR LA FUNDACIÓN. PERSPECTIVA COMPARATIVA A PARTIR DE LO DISPUESTO EN LA LEY DE FUNDACIONES DE CASTILLA Y LEÓN

El artículo 22.1 de la LFCL establece la posibilidad de que las fundaciones sometidas a su ámbito de aplicación realicen actividades económicas «coincidentes con los fines fundacionales o relacionadas directamente con el cumplimiento de los mismos», declaración normativa que se refiere sin duda a las actividades económicas directas, que la fundación realice por sí misma y no a través de otra persona jurídica interpuesta, pues estas últimas se regulan, como hemos visto y con posibilidad de ser «independientes de los fines fundacionales», en el artículo 22, números 2, 3 y 4, de la misma LFCL.

Con ello se está reconociendo una actuación económica que dogmáticamente puede enmarcarse en la categoría que Urbano VALERO AGÚNDEZ calificó como fundación-empresa de tipo funcional para referirse a aquella cuyas actividades empresariales sirven directamente para la satisfacción de los fines de interés general asumidos por la fundación en la medida en que ellas mismas se dirigen hacia la consecución

(9) Véase también la regulación establecida en el artículo 19 de la LFCL a propósito de la enajenación y gravamen de los bienes fundacionales, especialmente la norma contenida en el número 2, según el cual «la enajenación deberá llevarse a cabo mediante procedimientos que garanticen la concurrencia pública y la imparcialidad, salvo en aquellos casos en que las circunstancias determinen la conveniencia de utilizar otros sistemas». De acuerdo con ello, la enajenación por subasta pública, aparte de constituir un medio de enajenación más propio de los entes públicos que de una persona jurídica privada, ¿no supone un retorno a los modos de actuación decimonónicos?

de este tipo de objetivos⁽¹⁰⁾. Podría pensarse así, por ejemplo, en la explotación de un museo por parte de una fundación cuya actividad se dirija hacia la consecución de fines de interés cultural, pues este tipo de fines quedarían directamente realizados a través de la gestión de tal explotación empresarial⁽¹¹⁾.

Lo mismo puede deducirse claramente tanto del artículo 24.1, párrafo primero de la LF, para las fundaciones de competencia estatal, cuando dice que «podrán desarrollar actividades económicas cuyo objeto esté relacionado con los fines fundacionales», como del resto de legislaciones autonómicas, aunque en algún caso, como es el de la normativa madrileña y navarra, tenga que hacerse de manera implícita, con lo cual nos encontramos con una admisión generalizada de esta posibilidad de que las fundaciones sean titulares inmediatas de negocios empresariales que supongan en sí mismos, por razón del objeto a que se dedican, la realización de fines fundacionales⁽¹²⁾.

Sin embargo, el artículo 22 de la LFCL no permite la posibilidad de que las fundaciones realicen actividades empresariales cuyo objeto carezca de conexión material con sus fines institucionales, pues claramente hemos visto que dice que las sometidas a su ámbito de aplicación pueden realizar actividades económicas que sean «coincidentes con los fines fundacionales» o estén «relacionadas directamente con el cumplimiento de los mismos» (número 1): las que no cumplan estos requisitos sólo pueden canalizarse en principio a través de otra persona jurídica interpuesta (número 2), o, lo que es lo mismo, a través de la participación en sociedades en los términos anteriormente expuestos, con lo cual no se da cabida a las actividades empresariales que tengan un carácter meramente dotacional o de financiación⁽¹³⁾.

(10) Vid. *La fundación como forma de empresa*, Universidad de Valladolid, Secretariado de Publicaciones, Valladolid, 1969, pp. 120 y ss.

(11) Tomando un ejemplo de la realidad, podríamos hablar en este ámbito de la Residencia para personas mayores «Tercera Actividad» de la Fundación Santa María La Real-Centro de Estudios del Románico (de ámbito estatal), gestionada directamente por esta Fundación en el marco de sus objetivos de desarrollo social del entorno regional en que se ubica el Monasterio que da nombre a la propia Fundación. Vid. PÉREZ ESCOLAR, M.: «Fundación y actividades económicas directas: apuntes en torno a un modelo», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2005, núm. 689, pp. 870-871.

(12) Así, véanse los artículos 33.1 párrafo primero de la Ley de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía; 27.1 párrafo primero de la Ley 2/1998, de 6 de abril, de Normas Reguladoras de las Fundaciones Canarias; 36.a) de la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Cataluña; 21.1 párrafo primero del Reglamento de organización y funcionamiento del Protectorado de las fundaciones de interés gallego; 21.6 de la Ley de Normas Reguladoras de las Fundaciones de la Comunidad de Madrid; 11.1 de la Ley Foral 10/1996, de 2 de julio, reguladora del régimen tributario de las fundaciones y de las actividades de patrocinio, de Navarra; 25.1 de la Ley de Normas Reguladoras de las Fundaciones del País Vasco, y 20.3 de la Ley de Normas Reguladoras de las Fundaciones de la Comunidad Valenciana.

(13) Fundación-empresa de tipo dotacional, siguiendo la terminología adoptada por VALERO AGÚNDEZ en su clásica obra *La fundación como forma de empresa*, op. cit., pp. 120 y ss.

En el mismo sentido, los artículos 33.1 de la Ley de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía y 20.3 de la Ley de Normas Reguladoras de las Fundaciones de la Comunidad Valenciana.

A este respecto, debe tenerse en cuenta sin embargo lo dispuesto con carácter excepcional en el segundo inciso del artículo 22.2 de la LFCL, que, con relación a estas actividades independientes de los fines de la fundación, dice que «si mediante herencia, donación o legado pasa a formar parte del patrimonio de una Fundación un negocio empresarial en funcionamiento que no esté constituido como sociedad mercantil, podrá continuar la Fundación con la explotación directa del mismo durante el tiempo imprescindible para efectuar su transformación, dando cuenta del proceso de transformación al Protectorado». Es decir, que se permite que la fundación lleve a cabo en estas circunstancias particulares el ejercicio directo de actividades empresariales no relacionadas con los fines fundacionales, pero sólo durante el tiempo que sea imprescindible para la transformación del negocio no constituido como sociedad en una de naturaleza no personalista.

Frente a este planteamiento, el artículo 24.1, párrafo primero de la LF permite que las fundaciones de competencia estatal realicen actividades económicas «complementarias o accesorias» con respecto a otras que sí presenten una vinculación material directa por razón de su objeto con los fines fundacionales, con lo cual se sigue un criterio más abierto que el de la legislación castellano-leonesa, similar al adoptado por el artículo 36.b) de la citada Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Cataluña, y que es además incluso superado por otras normativas autonómicas que no exigen en ningún grado la existencia de esa relación entre el objeto de la actividad empresarial desarrollada por la fundación y sus objetivos institucionales⁽¹⁴⁾.

Habría que destacar, como consecuencia de todo ello, dos cuestiones fundamentales: por un lado, el carácter restrictivo del artículo 22 de la LFCL, que exige coincidencia o relación directa con los fines fundacionales para permitir a las fundaciones el desarrollo por sí mismas de actividades empresariales, sin consideración ni siquiera de aquellas que la legislación estatal sí ampara por tratarse de actividades complementarias o accesorias de las anteriores, y, por otro, la previsión específica de las consecuencias jurídicas que ha de producir el supuesto en que la fundación reciba un negocio empresarial carente de relación con los fines fundacionales, sin precedentes ni paralelos en el Derecho vigente, lo cual no hace sino poner de manifiesto la extraordinaria preocupación de este legislador autonómico por garantizar la existencia de vinculación material entre explotación económica y fines de interés general.

(14) En este sentido, véanse los artículos 27.1 de la Ley de Normas Reguladoras de las Fundaciones Canarias, 21.1 del Reglamento de organización y funcionamiento del Protectorado de las Fundaciones de interés gallego y 25.1 de la Ley de Normas Reguladoras de las Fundaciones del País Vasco. Cabría añadir que tanto la legislación madrileña como la navarra permiten también deducir, aunque sea implícitamente, un criterio más flexible que el seguido por la normativa que tomamos de referencia, e incluso por la estatal, pudiendo igualmente sustentarse con base en ellas la posibilidad de que las fundaciones sometidas a su ámbito de aplicación realicen actividades empresariales no relacionadas con los fines del ente.

2. UNA VISIÓN CRÍTICA

La exposición precedente permite llegar a la conclusión de que el legislador castellano-leonés ha procedido con excesiva cautela a la hora de regular la posibilidad de que las fundaciones sometidas al ámbito de aplicación de esta legislación realicen actividades empresariales y, en general, como se ha intentado poner de manifiesto, a la hora de delimitar los contornos jurídicos de todo lo relativo a su gestión patrimonial. Nos encontramos ante una normativa a mi juicio demasiado rígida por ser excesivamente controladora de las actividades de la fundación, reticente, en último término, a las modernas tendencias en la materia, que sí abogan por un pleno reconocimiento de la capacidad de obrar de estas instituciones en el tráfico jurídico que no tiene por qué derivar en una incompatibilidad entre su actividad económica y su orientación esencial hacia la satisfacción de fines de interés general (artículo 34.1 de la Constitución Española)⁽¹⁵⁾.

Particularmente, la realización directa de actividades empresariales por parte de las fundaciones entendemos que no debería encontrar más límite que el que se deriva de esta función que necesariamente han de cumplir al servicio de la consecución de fines de interés general, bien porque tales actividades impliquen en sí mismas su realización, bien porque simplemente a través de ellas se obtengan beneficios económicos que posteriormente se reinviertan en la satisfacción de tales fines. A estos efectos han de tenerse en cuenta dos cuestiones fundamentales:

— Que durante la vida del ente habrá que mantener siempre la obligatoriedad de destinar forzosamente un porcentaje mayoritario de las rentas e ingresos netos obtenidos por la fundación a la realización de los fines fundacionales, debiendo dirigirse el resto a incrementar la dotación o las reservas. Así, el artículo 27.1 de la LF y la mayoría de normativas autonómicas establecen un aceptable porcentaje mínimo del 70 por 100 de los resultados de las explotaciones económicas que desarrolle la fundación y de los ingresos que se obtengan por cualquier otro concepto para su destino a la realización de dichos fines fundacionales⁽¹⁶⁾, porcentaje que es incrementado al 80 por 100 en el caso de Galicia⁽¹⁷⁾, y al 100 por 100 en el caso de Castilla y León y Andalucía con relación a los ingresos que generen las actividades mercantiles que específicamente se regulan en los artículos 22 y 33 de las respectivas

(15) Tales fines de interés general forman parte sin duda de lo que el Tribunal Constitucional denomina «contenido esencial» de los derechos fundamentales, en este caso, del derecho a fundar. Vid. PIÑAR MAÑAS, J.L.: *El derecho de fundación como derecho fundamental*, Derecho Privado y Constitución, 1996, núm. 9, pp. 164 y ss.

(16) Vid. artículos 28.1 de la Ley de Normas Reguladoras de las Fundaciones Canarias, 33.1 de la Ley de Normas Reguladoras de Fundaciones de Cataluña, 22.1 de la Ley de Normas Reguladoras de las Fundaciones de la Comunidad de Madrid, 9.1 y 2 de la Ley Foral por la que se regula el régimen tributario de las fundaciones y de las actividades de patrocinio de Navarra, 30.1 y 2 de la Ley de Normas Reguladoras de las Fundaciones del País Vasco, y 20.4 de la Ley de Normas Reguladoras de las Fundaciones de la Comunidad Valenciana.

(17) Vid. artículo 7.5 de la Ley de régimen de las Fundaciones de interés gallego.

legislaciones autonómicas, lo cual no representa sino una muestra más del restrictivo criterio adoptado por el legislador de ambas Comunidades Autónomas a la hora de establecer las reglas relativas al ejercicio de este tipo de actividades⁽¹⁸⁾.

En el mismo sentido, pero desde el punto de vista fiscal, hay que destacar que el artículo 3.2.º 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, establece también como requisito para que la fundación pueda ser considerada entidad sin fin lucrativo a efectos de esta ley y así poder acceder al régimen tributario especial por ella regulado el acreditar que destina este porcentaje mínimo del 70 por 100 de sus ingresos netos a la realización de los fines que tenga en cada caso encomendados.

— Que en el momento de extinción de la persona jurídica es necesario mantener la reversión forzosa de los bienes y derechos resultantes de la liquidación en otras entidades sin ánimo de lucro destinadas también a la consecución de fines de interés general (artículo 31.4 de la LFCL⁽¹⁹⁾), pues la admisibilidad de una cláusula fundacional de reversión en favor del fundador, de sus herederos o de cualquier otro particular, conduciría al resultado de que éstos pudieran lucrarse con los incrementos patrimoniales, directos e indirectos (consecuencia del disfrute de exenciones fiscales), que hubiera sufrido la dotación a lo largo de la vida del ente quebrándose así de esta manera el principio del interés general en que se asienta nuestro Derecho de Fundaciones.

Más allá de estos límites, no parece que sea hoy realmente necesario mantener el requisito de que exista una vinculación indirecta entre la actividad empresarial de la fundación y sus fines institucionales a través de la exigencia de una relación de complementariedad o accesoriedad de aquélla con respecto a otras actividades de objeto directamente relacionado con dichos fines, como hacen las legislaciones

(18) Artículo 22.5 de la LFCL, totalmente idéntico al posterior artículo 33.5 de la Ley de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía: «En todo caso, el resultado neto de las actividades mercantiles deberá destinarse al cumplimiento de los fines de la Fundación». El conjunto global de rentas e ingresos obtenidos por las fundaciones sometidas al ámbito de aplicación de ambas legislaciones queda sometido sin embargo al porcentaje del 70 por 100 (artículos 25.1 de la LFCL y 38.1 de la Ley de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía).

Con respecto al 30 por 100 restante, el artículo 12 del Reglamento de Fundaciones de Castilla y León ha establecido además un porcentaje máximo del 10 por 100 de rentas o ingresos que pueden destinarse a sufragar los gastos del Patronato.

(19) En el mismo sentido, los artículos 33.2 y 3 de la LF, para las fundaciones de competencia estatal; 43.3 y 4 de la Ley de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía; 33.2 de la Ley de Normas Reguladoras de las Fundaciones Canarias; 46 de la Ley de Normas reguladoras de Fundaciones de Cataluña; 12 de la Ley Foral por la que se regula el régimen tributario de las fundaciones y de las actividades de patrocinio de Navarra; 35.2 y 3 de la Ley de Normas Reguladoras de las Fundaciones del País Vasco, y 26.2 de la Ley de Normas Reguladoras de las Fundaciones de la Comunidad Valenciana. Sobre el tema, MALUQUER DE MOTES BERNET, C.J.: *A propósito de la reversión del patrimonio fundacional a la familia del fundador*. (Aspectos jurídico-económicos de las fundaciones), Domingo Bello-Janeiro, Agustín Luna Serrano coords. Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 2001, pp. 135 y ss.

estatal y catalana, y mucho menos excluir cualquier tipo de fundación-empresa de tipo dotacional permitiéndose únicamente el desarrollo de explotaciones económicas de objeto coincidente con los fines del ente, como es el caso de la legislación castellano- leonesa y, también, andaluza y valenciana.

Lo relevante es que los beneficios económicos que se obtengan a raíz del ejercicio de tales actividades sirvan para la consecución de los objetivos de la fundación, de interés general, debiendo considerarse en este sentido que la titularidad de un negocio empresarial con la única finalidad de servir de financiación para la realización de tales fines es posible y legítima en el marco constitucional que establece el artículo 34.1 de la Constitución Española. Se trata, en definitiva, de aplicar un criterio instrumental semejante al que rige, a nivel estatal y autonómico, en materia de participación accionarial de la fundación en sociedades mercantiles, que pueden estar dedicadas, como hemos visto, a cualquier objeto.

III. BIBLIOGRAFÍA

- LACRUZ BERDEJO, J.L.; SANCHO REBULLIDA, F. de A.; LUNA SERRANO, A.; DELGADO ECHEVERRÍA, J.; RIVERO HERNÁNDEZ, F., y RAMS ALBESA, J.: *Elementos de Derecho Civil*, I, vol. segundo, 4.ª ed. revisada y puesta al día por J. Delgado Echeverría, Dykinson, Madrid, 2004.
- MALUQUER DE MOTES BERNET, C.J.: *A propósito de la reversión del patrimonio fundacional a la familia del fundador*, Aspectos jurídico-económicos de las fundaciones, Domingo Bello-Janeiro, Agustín Luna Serrano (coord.), Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 2001, pp. 135 y ss.
- PÉREZ ESCOLAR, M.: «Fundación y actividades económicas directas: apuntes en torno a un modelo», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2005, núm. 689, pp. 865 y ss.
- PIÑAR MAÑAS, J.L.: *El derecho de fundación como derecho fundamental*, Derecho Privado y Constitución, 1996, núm. 9, pp. 147 y ss.
- TRIGO GARCÍA, B.: «Entidades sin fines lucrativos. Panorama actual del Tercer Sector en España», *Revista Jurídica del Perú*, núm. 56, mayo/junio 2004, pp. 25 y ss.
- VALERO AGÚNDEZ, U.: *La fundación como forma de empresa*, Universidad de Valladolid, Secretariado de Publicaciones, Valladolid, 1969.