



REVISTA LEX MERCATORIA
ISSN 2445-0936



Vol. 10, 2019. Artículo 4
<https://doi.org/10.21134/lex.v9i2.1623>

APROXIMACIÓN A LA FIGURA DE LA FUNDACIÓN EMPRESARIA

José Miguel Embid Irujo

Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Valencia

Goza de una cierta tradición entre los juristas la idea de unir los dos términos que encabezan estas líneas, de manera que la fundación, figura jurídica que ha de perseguir, según nuestro Derecho, un fin de interés general, pueda estar presente en el mercado mediante el ejercicio de una actividad empresarial. El tiempo transcurrido hasta nuestros días no ha quitado atractivo a este asunto ni le ha restado carga polémica; en tal sentido, y junto a quienes apuestan por favorecer e intensificar la conexión entre fundación y empresa, no faltan quienes ven difícil a la vez que inconveniente el propósito de vincular ambas realidades.

La reseñada controversia, sin embargo, no ha servido para reducir la actualidad y, por qué no decirlo, la vitalidad del tema que nos ocupa. Ello es así, desde luego, por el carácter sugestivo que siempre tiene el propósito de unir la actividad de empresa con la satisfacción de los intereses generales. No conviene olvidar el atractivo que despierta en nuestros días el sector, no siempre bien deslindado, de la Economía social y, más ampliamente, de la responsabilidad social de las empresas, magnitudes ambas que, desde distintas perspectivas, constituyen realidades cercanas, cuando no directamente vinculadas, con el supuesto que, a falta de mejor denominación, podemos denominar "fundación empresarial".

Resulta difícil, sin embargo, unir desde el Derecho las realidades, ciertamente singulares, que constituyen la fundación y la empresa. Muchos pensarán, no obstante, que la solución del problema pasa por la expresa regulación legislativa del asunto. Y, seguramente, no les faltará razón. Huellas escasas, pero reveladoras, de este proceder las encontramos en el vigente Derecho de fundaciones, cuando se ocupa, bien que de manera sumaria, del ejercicio de las actividades económicas por parte de dichas personas jurídicas. Tanto la vigente Ley 50/2002, de 26 de diciembre (en adelante, LF), como su reglamento de desarro-

llo, aprobado por Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, aluden, con planteamiento no del todo unificado, al supuesto de la fundación empresarial. Se sigue, de este modo, la línea abierta entre nosotros gracias a la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, que constituyó en su momento la primera regulación, completa y actual, del fenómeno fundacional en España.

Sin entrar ahora en mayores detalles, resulta necesario poner de manifiesto la importancia del tratamiento del tema que nos ocupa por el Derecho español, sobre todo si se tiene en cuenta las escasas referencias comparadas a la fundación empresarial, a pesar de su indudable relieve en la realidad económica de nuestros días. El esfuerzo de nuestro legislador, que convendría proseguir, es significativo, desde luego, porque permite eliminar cualquier duda respecto de la legitimidad jurídica de la figura. Pero, del mismo modo, porque sienta las bases de lo que podría llegar a ser un tratamiento completo de la fundación empresarial, en la medida en que tal calificativo puede considerarse exacto desde una perspectiva jurídica.

Entre las muchas cuestiones que plantea la ordenación normativa de la fundación empresarial se encuentra la de situar correctamente dicha figura en el ámbito regulador que le pueda corresponder, a la vista de su carácter, o, si se prefiere, de su naturaleza, y de su actividad. Con esta fórmula se trata de destacar un hecho que, quizá, pasara desapercibido para nuestro legislador y que suele permanecer ausente de la mayoría de las aportaciones doctrinales que a la fundación empresarial se dedican. Es la cuestión de si dicha ordenación ha de corresponder en exclusiva al Derecho de fundaciones o si, desde otra perspectiva, habría de compartirse con el Derecho mercantil.

No parece dudoso que, en el ordenamiento español, la fundación empresarial sea auténtica fundación, con la inmediata aplicación de la nor-

mativa vigente al respecto; también es cierto, no obstante, que en LF se percibe una llamativa influencia del Derecho de sociedades de capital, más allá, incluso, de lo que sería el ámbito específico de la fundación empresaria, y que, del mismo modo, esta última ha de observar ciertas reglas propias del estatuto del empresario, delimitado, según es bien sabido, en el terreno concreto del Derecho mercantil.

Es también evidente, del mismo modo, que la fundación empresaria, sin perjuicio de este calificativo, no puede ser equiparada plenamente al empresario común, a la vista de que ciertos elementos de su estatuto particular, como, por ejemplo, la inscripción en el Registro Mercantil, no le resultan aplicables. Que eso pueda llegar a suceder, lo que a mi juicio tiene más ventajas que inconvenientes, dependerá, sin embargo, de cuestiones de política jurídica y política legislativa hoy escasamente consideradas entre nosotros. Buena prueba de ello la constituye el hecho de que tales cuestiones no fueran tenidas en cuenta con motivo de la elaboración del Anteproyecto de Código Mercantil, aprobado por el Gobierno en 2014 y hoy prácticamente abandonado, a pesar de que, como criterio delimitador de su aplicación, se tomara en cuenta la noción de operador económico en el mercado, de mayor amplitud subjetiva que la de empresario.

Al margen ahora de estos complejos asuntos, interesa señalar la presencia en nuestro ordenamiento de otras alusiones al relieve de las fundaciones en el mundo empresarial. Es el caso de la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias que, sin perjuicio de su condición de "Derecho de la crisis", aporta interesantes sugerencias, pues las dos figuras allí contempladas tienen idéntica naturaleza fundacional, aunque no idéntico régimen. Y desde posiciones distintas, pues las cajas de ahorros ejercen directamente la actividad de empresa, en tanto

que las fundaciones bancarias se limitan a participar, por lo común de manera mayoritaria, en sociedades anónimas bancarias, muestran ambas el elemento común de ser sujetos activos en el mercado financiero y del crédito. Es cierto que las cajas de ahorros son hoy un pálido reflejo del pasado; por su parte, las fundaciones bancarias siguen gozando tras la crisis, de una posición relevante en nuestro sistema financiero y, a pesar de las restricciones con las que fueron configuradas por el legislador, parecen lejos de haber completado su trayectoria.

Los ejemplos a los que acabo de referirme sirven para constatar el importante papel que corresponde a las fundaciones en el complejo y competitivo mundo de la actividad empresarial relativa al crédito y a las finanzas. Pero a la vez obligan a pensar en las posibilidades de la figura como "actor económico", más allá del específico terreno de los sectores regulados, y siempre de acuerdo con su naturaleza, significado institucional e implantación en la sociedad. Sobre la base de estas premisas, parece evidente que las fundaciones están en condiciones de recorrer un camino no precisamente corto, el cual, sin perjuicio de ciertas dificultades, puede resultar fructífero no sólo para ellas sino para el conjunto de la sociedad.

A fin de cumplir esa tarea, es del todo necesario explorar el margen de maniobra que nuestro Derecho vigente permite, dando cauce a la autonomía de la voluntad del fundador y de las propias fundaciones. No es necesario resaltar la importancia que, a tal efecto, corresponde al Notariado, llamados como están sus miembros a intervenir decisivamente en el proceso constitutivo de estas entidades, así como respecto de los cambios o alteraciones que el cumplimiento de sus fines pueda exigir. Es conocido el interés mostrado por muchos notarios en el estudio del Derecho de fundaciones y resulta preciso ampliar ese interés

por la importancia de nuestra figura y por el relieve que puede llegar a alcanzar como sujeto activo del mercado.

Los buenos y ya veteranos aficionados al teatro sin duda recordarán una conocida pieza de Antonio Buero Vallejo, precisamente titulada "La fundación". Dentro de las preocupaciones sociales y políticas del autor, la obra se desarrollaba en un espacio cerrado pero aparentemente amable que, con el paso del tiempo, se convertía en una realidad clausurada y sofocante, incompatible con

la libertad de quienes en ella vivían. Durante mucho tiempo, la fundación como institución jurídica ha sido también vista con circunspección, si no con auténtica reserva. Por suerte, el moderno Derecho de fundaciones ha dado un paso adelante en su adecuado tratamiento; disponemos hoy de una figura bien delimitada, a la vez que versátil y adaptable, con un amplio recorrido para dar cauce a la satisfacción del interés general, mediante, entre otros extremos, el ejercicio de actividades empresariales en el mercado.