

ALBERTO EMPARANZA SOBEJANO
(Dir.)

**NUEVAS ORIENTACIONES
EN LA ORGANIZACIÓN
Y ESTRUCTURACIÓN JURÍDICA
DE LAS FUNDACIONES**

Autores:

José Miguel Embid Irujo
Alberto Emparanza Sobejano
Elena F. Pérez Carrillo
Arantza Martínez Balmaseda
Carmen Alonso Ledesma
Nerea Iráculis Arregui
Rafael La Casa
María Font i Mas
Belén García Álvarez

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2014

ÍNDICE

	Pág.
PRESENTACIÓN , por <i>Alberto Emparanza Sobejano</i>	15
FUNDACIÓN, EMPRESA, PATRONATO , por <i>José Miguel Embid Irujo</i> .	17
I. ACTUALIDAD DE LA FUNDACIÓN, COMO PERSONA JURÍDICA, Y DE SU DERECHO (A MODO DE INTRODUCCIÓN).....	17
II. LA FUNDACIÓN COMO OPERADOR DEL MERCADO	19
1. Consideraciones generales	19
2. El reflejo normativo de la naturaleza de la fundación como operador del mercado	22
III. LA FUNDACIÓN COMO FÓRMULA JURÍDICA PARA EL ENCAUZAMIENTO DE LA CRISIS DEL SISTEMA FINANCIERO ESPAÑOL.....	24
IV. SENTIDO Y CARACTERES DE LA TIPIFICACIÓN LEGISLATIVA EN MATERIA DE FUNDACIONES: FIGURA GENERAL <i>VERSUS</i> FIGURAS ESPECIALES.....	26
V. EL RELIEVE DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONFIGURACIÓN CONCRETA DE LA ESTRUCTURA FUNDACIONAL	28
VI. EL SIGNIFICADO PARTICULAR DE LA FUNDACIÓN EMPRESARIA	32
VII. PERFILES BÁSICOS DEL PATRONATO COMO ÓRGANO DE GOBIERNO DE LA FUNDACIÓN	38
1. Consideraciones generales	38
2. Hacia una mayor complejidad orgánica en el Derecho de fundaciones.....	39
2.1. El supuesto de la fundación bancaria	39
2.2. La pluralidad orgánica en el marco general del Derecho de fundaciones.....	40

	Pág.
2.3. Esbozo sobre las posibilidades funcionales de la pluralidad orgánica.....	43
VIII. CONSIDERACIONES FINALES.....	46
LA TRANSPARENCIA EN LA GESTIÓN DEL PATRONATO DE LAS FUNDACIONES CON ACTIVIDAD EMPRESARIAL, por Alberto Emparanza Sobejano	49
I. INTRODUCCIÓN.....	49
II. EL DEBER DE LEALTAD DEL PATRONO.....	52
III. LA TRANSPARENCIA EN LA GESTIÓN DEL PATRONO	54
1. La obligación de informar al patronato sobre los conflictos de interés del patrono	54
1.1. Obligación de informar del conflicto a la fundación y al protectorado.....	56
1.2. Obligación de abstención del patronato en la toma de decisión	57
1.3. Autorización de la fundación a la actuación del patrono.....	58
2. La especial necesidad de dicha información a causa del carácter gratuito del cargo de patrono.....	59
IV. LOS POSIBLES CONFLICTOS DE INTERÉS DEL PATRONO.....	61
1. Planteamiento	61
2. La autocontratación.....	62
3. Aprovechamiento de la fundación en beneficio propio	64
4. La obtención de una remuneración.....	65
V. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE LEALTAD	66
1. El ejercicio de acciones de impugnación dirigidas a anular los acuerdos del patronato.....	67
2. El cese y la responsabilidad del patrono incumplidor.....	68
3. La restitución del enriquecimiento	70
LA GESTIÓN DEL PATRONATO DE LAS FUNDACIONES Y LA RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA, por Elena F. Pérez Carrillo.....	73
I. INTRODUCCIÓN. RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LAS EMPRESAS. RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA. RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LAS FUNDACIONES.....	73
1. Bases históricas.....	76
2. Concepción de la Responsabilidad social societaria en la Unión Europea	78

	Pág.
II. INTERESES QUE CONFLUYEN EN LA GESTIÓN DE LAS FUNDACIONES	82
1. Interés general.....	84
2. Afectación del patrimonio al objeto fundacional.....	86
3. Otros intereses y objetivos: <i>stakeholders</i>	88
4. Gobernanza de intereses de <i>stakeholders</i>	90
4.1. El patronato	92
4.2. Los patronos	95
4.3. Supervisión	98
III. GESTIÓN «SOCIALMENTE RESPONSABLE» DE LAS FUNDACIONES.....	99
1. Responsabilidad Social de la fundación.....	99
1.1. Responsabilidad Social como criterio de integración e interpretación de los deberes de gestión diligentes del patronato.....	100
1.2. Responsabilidad Social como criterio de inversión de las fundaciones	101
2. Fundación como ejercicio de la RS de un grupo empresarial, y como accionista-gestora de una «obra social»	102
IV. REFLEXIONES Y PROPUESTAS CONCRETAS PARA MEJORAR LA ACTUACIÓN SOCIALMENTE RESPONSABLE DEL PATRONATO	104
V. BIBLIOGRAFÍA	106
LA RETRIBUCIÓN DE LOS PATRONOS DE LAS FUNDACIONES, por <i>Arantza Martínez Balmaseda</i>	111
I. INTRODUCCIÓN	111
II. LA GRATUIDAD DEL CARGO DE PATRONO EN LA LEY 50/2002, DE 26 DE DICIEMBRE, DE FUNDACIONES..	112
1. Introducción.....	112
2. La gratuidad del cargo de patrono	113
3. Derecho al reembolso de gastos debidamente justificados ..	116
4. Retribuciones por la prestación de servicios a la fundación distintas a las del propio cargo de patrono.....	118
4.1. La posibilidad de percibir remuneraciones por prestar servicios distintos al cargo de patrono.....	119
4.2. Autorización del protectorado.....	122
III. PROPUESTAS EN TORNO A LA RETRIBUCIÓN DE LOS PATRONOS: LA POSIBILIDAD DE RETRIBUIR EL CARGO DE PATRONO	124
1. Introducción.....	124
2. Gratuidad o remuneración del cargo de patrono.....	125

ÍNDICE

	Pág.
3. Transparencia de las retribuciones a través de los códigos de buen gobierno.....	128
IV. CONSIDERACIONES FINALES	130
LAS FUNDACIONES BANCARIAS , por <i>Carmen Alonso Ledesma</i>	133
I. CONSIDERACIONES GENERALES: LAS FUNDACIONES BANCARIAS EN EL SISTEMA FINANCIERO ESPAÑOL	133
II. CONCEPTO, CARACTERES Y RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS FUNDACIONES BANCARIAS	137
III. EL PROCESO DE CREACIÓN DE LAS FUNDACIONES BANCARIAS	139
1. Modo de constitución y sujetos obligados	139
2. Procedimiento de transformación	143
3. Excepción a la transformación: el plan de retorno.....	146
IV. LAS RELACIONES ENTRE LA FUNDACION BANCARIA Y EL BANCO PARTICIPADO	147
1. Consideraciones generales	147
2. El protocolo de gestión de la participación financiera	148
2.1. Valoración general	148
2.2. Contenido del protocolo de gestión	150
3. Plan financiero	154
4. Relaciones en el plano societario	156
4.1. Limitación de los derechos políticos de las fundaciones bancarias como accionistas	156
4.2. Reparto de dividendos en las entidades de crédito controladas por las fundaciones bancarias.....	158
V. GOBIERNO CORPORATIVO	160
1. Los órganos de las fundaciones bancarias	160
2. El patronato: competencias y estructura organizativa	162
3. Régimen jurídico de los patronos.....	164
3.1. Sujetos susceptibles de ocupar el cargo de patrono y requisitos que han de cumplir.....	164
3.2. Incompatibilidad entre patronos de las fundaciones bancarias y administradores de los bancos participados	166
3.3. Duración del mandato	169
3.4. Retribución	170
4. Obligaciones de gobierno corporativo: informe anual de gobierno corporativo.....	171
5. Régimen de control: el protectorado y el Banco de España	173

	Pág.
VI. REFLEXIONES FINALES.....	173
PATRONO DE LA FUNDACIÓN BANCARIA Y CONSEJERO DEL BANCO PARTICIPADO: DOS CARGOS EXCLUYENTES , por <i>Nerea Iráculis Arregui</i>	175
I. INTRODUCCIÓN.....	175
II. REFORMA DEL MODELO ESTRUCTURAL DE LAS CAJAS DE AHORROS: REAL DECRETO-LEY 11/2010, DE 9 DE JULIO, DE ÓRGANOS DE GOBIERNO Y OTROS ASPECTOS DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS CAJAS DE AHORROS...	177
1. Modelo de caja clásica	178
2. Modelo de caja matriz.....	179
3. Transformación de las cajas de ahorros en fundaciones de carácter especial.....	181
III. LA NUEVA REGULACIÓN: CONSIDERACIONES SOBRE EL GOBIERNO DE LA FUNDACIÓN BANCARIA	182
1. Objetivo de la ordenación vigente: otorgar carta de naturaleza a las denominadas «fundaciones bancarias»	183
2. Disposiciones en materia de gobierno de la fundación bancaria: régimen de incompatibilidades	186
2.1. Propósito de la nueva ordenación e instrumentos establecidos al efecto: total incompatibilidad entre la condición de patrono y la de consejero de la entidad bancaria participada o controlada.....	189
A. La adopción de la figura de la fundación bancaria	190
B. Ejercicio del derecho de propiedad por la fundación bancaria y garantía de una gestión profesional e independiente del banco participado.....	192
2.2. Se predice una mejora sustancial de la gestión de la entidad bancaria controlada o participada.....	198
LA PUBLICIDAD REGISTRAL DE LAS FUNDACIONES Y EL REGISTRO MERCANTIL , por <i>Rafael La Casa</i>	199
I. CONSIDERACIONES GENERALES.....	199
II. EL MARCO NORMATIVO VIGENTE EN MATERIA DE REGISTROS DE FUNDACIONES.....	203
1. Descripción general: la fragmentación registral	203
1.1. Consideraciones preliminares	203
1.2. El Registro de fundaciones de competencia estatal	203
1.3. Los Registros autonómicos de fundaciones.....	212

	Pág.
2. Valoración crítica: las graves deficiencias de la ordenación sobre registros de fundaciones	215
III. LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE FUNDACIONES	225
1. Delimitación general	225
2. En particular, la regulación de los registros de fundaciones.	233
IV. LAS FUNDACIONES Y EL REGISTRO MERCANTIL: ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN	238
V. LOS MOVIMIENTOS DE REFORMA DEL RÉGIMEN REGISTRAL DE LAS FUNDACIONES	244
1. Planteamiento general: la necesidad de la reforma	244
2. La modificación de la regulación sobre registros de fundaciones contenida en la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones	246
3. La modificación del régimen de los registros de fundaciones en el marco general de la proyectada reforma integral de los registros	249
4. La inscripción de las fundaciones en el Registro Mercantil.	252
 COEXISTENCIA DE PROTECTORADOS EN LA NORMATIVA SOBRE FUNDACIONES EN DERECHO INTERTERRITORIAL ESPAÑOL , por <i>María Font i Mas</i>	
I. PRESENTACIÓN: LA FUNCIÓN DEL PROTECTORADO	259
1. El interés general del fin fundacional y el control de su cumplimiento	260
2. Supervisión a la constitución y al desarrollo de las actividades fundacionales en Derecho comparado.....	262
II. PLURILEGISLACIÓN SOBRE FUNDACIONES EN ESPAÑA	266
1. Distribución competencial.....	267
2. Coexistencia de protectorados y registros: autonómicos y estatales	270
3. Determinación del protectorado competente.....	274
4. Actuación extraterritorial de las fundaciones	277
5. Elección de la ley y autoridades competentes.....	280
III. CONSIDERACIONES FINALES	284
IV. BIBLIOGRAFÍA	285
 APROXIMACIÓN A LA PROPUESTA DE ESTATUTO DE LA FUNDACIÓN EUROPEA , por <i>Belén García Álvarez</i>	
I. INTRODUCCIÓN	287
II. RÉGIMEN JURÍDICO Y NOCIÓN DE LA FUNDACIÓN EUROPEA.....	288

ÍNDICE

	Pág.
III. CONSTITUCIÓN	292
1. Modos de constitución	292
2. Aspectos comunes.....	294
IV. ORGANIZACIÓN DE LA FUNDACIÓN EUROPEA.....	296
1. Órganos de la fundación europea	296
2. Consejo de dirección.....	297
2.1. Facultades.....	297
2.2. Composición.....	298
2.3. Funcionamiento	299
2.4. Conducta debida.....	300
A. Deber de diligencia.....	300
B. Deber de lealtad.....	302
2.5. Cese.....	305
V. MODIFICACIONES ESTATUTARIAS.....	308
VI. DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN	310
VII. SUPERVISIÓN	313
VIII. BREVE REFERENCIA A LOS ASPECTOS FISCALES DE LA PROPUESTA.....	314
IX. CONCLUSIONES	315

Presentación

La presente obra recoge las ponencias y comunicaciones presentadas en el Congreso *Nuevas orientaciones en la organización y estructuración jurídica de las fundaciones*, que tuvo lugar en San Sebastián los días 11 y 12 de julio de 2013. En dicha reunión científica, celebrada en el atractivo marco del Palacio de Miramar, se analizaron dos tipos de temáticas: por una parte, se abordaron en distintas ponencias las formas de conseguir una organización más transparente y eficaz de los patronatos de las fundaciones, así como de mejorar el funcionamiento del Registro de Fundaciones, proponiendo para conseguirlo algunas medidas de carácter normativo y estatutario. Dichas propuestas fueron a su vez ponderadas por directivos y patronos de fundaciones presentes en el Congreso, y que mediante su participación en una mesa redonda organizada al efecto mostraron su opinión, basada en su experiencia práctica, sobre dichas propuestas y análisis, enriqueciendo en gran medida el debate puramente académico; por otra parte, se aprovechó la celebración del Congreso para analizar la reforma de las cajas de ahorro, incidiendo en el estudio de la nueva ley de fundaciones bancarias, todavía en fase de proyecto de ley en el momento de la celebración del congreso. En conjunto, el Congreso sirvió, por tanto, para examinar desde una perspectiva jurídica la organización del gobierno y gestión de las fundaciones en general, así como de las nuevas fundaciones bancarias, en particular. El libro se integra, en suma, de ponencias y comunicaciones relacionadas directamente con estas temáticas y reflejan las preocupaciones que desde una perspectiva jurídico-privada más inquietan en el ámbito propiamente fundacional.

Sirvan estas breves líneas de presentación para agradecer a los ponentes y comunicantes el esfuerzo realizado a la hora de elaborar sus interesantes trabajos y la celeridad con la que la mayoría de ellos los ha entregado para su publicación en esta obra colectiva. También es obligado el agradecimiento a la Dirección de Relaciones con las Administraciones Locales y Registros Administrativos del Gobierno

PRESENTACIÓN

Vasco, personificada en su titular Elixabete Etxanobe Landajuela, por su valiosa colaboración en la organización y difusión de la celebración del Congreso, que propició la presencia entre el público de directivos de fundaciones y de personal de las administraciones públicas competentes en la materia.

Solo resta finalizar esta presentación, deseando que la obra sea de utilidad para los lectores interesados en conocer, si bien desde un enfoque académico, la regulación jurídica del funcionamiento interno de las fundaciones. Es un libro en este sentido que aspira a ir más allá de la lectura literal de sus disposiciones reguladoras y que pretende profundizar en las necesidades actuales que esta fórmula organizativa requiere, proponiendo a tal fin interpretaciones y recomendaciones que ayuden a conseguir una mejor organización y gestión jurídica de las fundaciones.

En Donostia, San Sebastián, a 10 de julio de 2014.

Alberto EMPARANZA SOBEJANO
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad del País Vasco (UPV/EHU)

Fundación, Empresa, Patronato *

José Miguel EMBID IRUJO
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Valencia

SUMARIO: I. ACTUALIDAD DE LA FUNDACIÓN, COMO PERSONA JURÍDICA, Y DE SU DERECHO (A MODO DE INTRODUCCIÓN).—II. LA FUNDACIÓN COMO OPERADOR DEL MERCADO: 1. Consideraciones generales. 2. El reflejo normativo de la naturaleza de la fundación como operador del mercado.—III. LA FUNDACIÓN COMO FÓRMULA JURÍDICA PARA EL ENCAUZAMIENTO DE LA CRISIS DEL SISTEMA FINANCIERO ESPAÑOL.—IV. SENTIDO Y CARACTERES DE LA TIPIFICACIÓN LEGISLATIVA EN MATERIA DE FUNDACIONES: FIGURA GENERAL *VERSUS* FIGURAS ESPECIALES.—V. EL RELIEVE DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONFIGURACIÓN CONCRETA DE LA ESTRUCTURA FUNDACIONAL.—VI. EL SIGNIFICADO PARTICULAR DE LA FUNDACIÓN EMPRESARIA.—VII. PERFILES BÁSICOS DEL PATRONATO COMO ÓRGANO DE GOBIERNO DE LA FUNDACIÓN: 1. Consideraciones generales. 2. Hacia una mayor complejidad orgánica en el Derecho de fundaciones: 2.1. El supuesto de la fundación bancaria. 2.2. La pluralidad orgánica en el marco general del Derecho de fundaciones. 2.3. Esbozo sobre las posibilidades funcionales de la pluralidad orgánica.—VIII. CONSIDERACIONES FINALES.

I. ACTUALIDAD DE LA FUNDACIÓN, COMO PERSONA JURÍDICA, Y DE SU DERECHO (A MODO DE INTRODUCCIÓN)

Diversas circunstancias, algunas de largo desarrollo, y comunes a muchos países, y otras de breve e intensa trayectoria, en el marco de la crisis, que, si bien común, afecta especialmente a la economía española, se han concitado para dar una relevante actualidad a la fundación, como

* En prensa este trabajo, se ha divulgado el Anteproyecto de Código Mercantil, que modifica algunos aspectos relevantes de la Propuesta a la que se hace referencia en el texto. Esos cambios, con todo, no alteran sustancialmente los argumentos desarrollados en el trabajo.

persona jurídica y forma de organización, pero también al Derecho de fundaciones, como sector del ordenamiento encargado de su regulación¹. No se pretende decir con ello, obviamente, que la fundación constituya, en cuanto tal, una de las figuras esenciales del panorama jurídico de nuestros días y que su significado en los aspectos básicos de la realidad actual supere al que debe atribuirse a las instituciones estatales o internacionales, por lo que al terreno público se refiere, o a los agentes económicos que producen bienes o servicios para el mercado, desde el punto de vista del comportamiento de los sujetos particulares. Pero, al situar a nuestra figura en el marco de estas dos decisivas vertientes del mundo social, se pone de relieve que su singular naturaleza, vinculada, por lo común, a la realización de fines de interés general, le permite acercarse, de un lado, a las misiones propias de las instituciones públicas, al tiempo que, de otro, puede desarrollar actividades económicas en el mercado, en términos no lejanos de los que distinguen a las entidades mercantiles.

Esta aparente polivalencia de la fundación no es, al menos en su consideración sustancial, cosa exclusiva de nuestro tiempo, aunque en él, como se intentará mostrar en el presente trabajo, haya adquirido particular trascendencia. Y es que, aunque de manera limitada, desde comienzos del siglo pasado se ha podido apreciar la aptitud de la fundación para el desarrollo de actividades empresariales, sin especiales restricciones por razón del concreto objeto ejercitado; del mismo modo, la fundación se ha utilizado como figura organizativa relevante en el ámbito de la Administración pública, a fin de desconcentrar la actividad estatal o llevarla, en su caso, por derroteros de mayor efectividad. Tampoco han faltado los intentos de configurar un tipo jurídico de fundación más allá de las fronteras nacionales, y ahí cabe reseñar, en nuestros días, el objetivo, no logrado hasta el momento, de crear la llamada fundación europea, como entidad puramente privada, si bien sometida al Derecho de la Unión europea, como relevante organización supranacional.

Los hechos sumariamente descritos, muchos de ellos ya consolidados, otros meramente *in itinere*, permiten confirmar, en todo caso, la evidente utilidad de la persona jurídica denominada fundación, más allá, eso sí, de las diversas configuraciones que le puedan atribuir los diversos ordenamientos en los que resulta operativa². Dar cuenta de to-

¹ Aunque esta correlación pueda resultar obvia, basta con observar atentamente la realidad para darse cuenta de que el interés por la fundación (no necesariamente expresado en términos positivos o favorables a dicha persona jurídica) nada tiene que ver, en numerosas ocasiones, con su normativa reguladora. La perspectiva inversa, en cambio, puede considerarse siempre acertada, ya que ocuparse del Derecho de fundaciones implica de manera inevitable mostrar interés por la fundación, sin perjuicio, claro está, de que puede haber disonancias entre el objetivo que se persigue con aquel y los caracteres propios de esta, entendidos, al menos, en sentido tradicional.

² *Vid.*, por muchos, el completo trabajo de J.-C. ALLI TURRILLAS, *La fundación, ¿una casa sin dueño?* (Gobierno, responsabilidad y control público de fundaciones en Inglaterra, EEUU,

dos ellos, aunque fuera sumariamente, desbordaría la economía propia del presente trabajo, por lo que resulta necesario delimitar claramente su finalidad, presuponiendo, eso sí, la ya advertida polivalencia de la fundación. Un estudio jurídico, con todo, no puede limitarse a analizar los hechos de la realidad, alrededor de una determinada figura o institución, sino que ha de contemplar, de manera inexorable, su relieve en el marco, al menos, de un concreto ordenamiento jurídico. Por ello, el presente trabajo intentará mostrar las razones que confirman la actualidad de la fundación, desde una perspectiva general, como modalidad de persona jurídica contemplada en el Derecho español. Pero, del mismo modo, considerará los argumentos de política jurídica susceptibles de utilizarse a propósito de su tipificación y tratamiento; es decir, si basta con un modelo general de fundación o si, como parece deducirse de la más reciente evolución, conviene disponer de una tipificación plural y diversificada, analizando en cada caso el relieve que podría atribuirse al principio de la autonomía de la voluntad para articular de modo concreto la trama organizativa y de funcionamiento de cada fundación. Dentro de esta temática, consideraremos, con un cierto detalle, el supuesto de la fundación empresaria y de la más reciente fundación bancaria, para concluir con algunas referencias sumarias al órgano de gobierno y representación de la fundación, el patronato, en cuyo seno se asienta el efectivo poder de dirección de la entidad.

II. LA FUNDACIÓN COMO OPERADOR DEL MERCADO

1. Consideraciones generales

El primer aspecto que confirma la actualidad de la fundación, antes aludida, es de carácter general o previo, si se quiere, a su posible regulación legislativa, y se refiere al puesto que ocupa dicha persona jurídica en el marco de la realidad, primariamente económica, del mercado. En este sentido, se viene hablando desde hace algunos años de que la fundación es, en cuanto a su función desde tal perspectiva, un «operador del mercado»³, de la misma manera que, salvando las

Alemania y Francia), Madrid, Iustel, 2012, con un amplio repaso del significado de nuestra figura en los ordenamientos más representativos. No conviene olvidar, por otra parte, los trabajos que se están llevando a cabo en la Unión europea a lo largo de los últimos años con la finalidad de establecer una «fundación europea», al nivel que tienen, como personas jurídicas de ese ámbito, la sociedad anónima europea o la sociedad cooperativa europea; al respecto, últimamente, A. RICHTER y A. K. GOLLAN, «Fundatio Europaea - Der Kommissionsvorschlag für eine Europäische Stiftung (FE)», *ZGR*, 2013, pp. 551 y ss.

³ Entre nosotros, desde una perspectiva general, A. BERCOVITZ, *Apuntes de Derecho Mercantil*, 9.ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2008, pp. 132-139 y 215-220; específicamente sobre las fundaciones, J. M. EMBID IRUJO, «Notas sobre el régimen jurídico de las enti-

distancias, lo son las sociedades mercantiles, los entes públicos titulares de explotaciones económicas, las sociedades cooperativas o los empresarios individuales. Son evidentes las diferencias existentes entre los sujetos que se acaba de mencionar, y también las fundaciones muestran su conocida singularidad, como personas jurídicas, a través de la necesaria realización de un fin de interés general⁴. Es esta, con todo, una circunstancia que, sin embargo, no ha impedido su calificación como operador de mercado, progresivamente aceptada por los cultivadores del Derecho de fundaciones e, incluso, admitida, si se quiere de manera implícita, por la reciente Propuesta de Código Mercantil en nuestro país⁵.

Por su condición de ámbito primariamente económico, la actividad predominante en el mercado será, sin duda, la empresarial. De ahí se deduce que la categoría de los «operadores del mercado» quedará integrada, de manera predominante, por sujetos que merezcan la calificación de empresarios, con independencia de su concreta configuración jurídica. Una de tales modalidades de configuración, ciertamente minoritaria, es la que proporciona la fundación, y el moderno Derecho español admite sin género de duda la existencia de lo que cabría denominar «fundación empresarial», susceptible de presentarse en la realidad bajo formas diversas, que, en todo caso, habrá de respetar el régimen general establecido para esta persona jurídica. Parece cierto, con todo, que la mayor parte de las fundaciones no ejercitan, propiamente, actividades empresariales, lo que no se opone a su condición de auténticos operadores del mercado. En verdad, todas las fundaciones, incluso las más modestas o de más reducido tamaño, llevan a cabo, en sentido primario, actividades económicas como presupuesto imprescindible de la realización de su característico fin de interés general. En tal sentido, han de predisponer una verdadera organización, mediante la concurrencia de medios diversos, bien instrumentales, bien personales, que los convierte en sujetos activos de múltiples comportamientos que toman como referencia central al propio mercado.

Aunque las anteriores ideas se han abierto camino progresivamente, dentro y fuera de nuestras fronteras, muchos, incluidos bastantes juristas, no dejan de mostrar su sorpresa ante un calificativo que puede suponer una cierta «mercantilización» de las fundaciones, más allá del supuesto, plenamente legítimo entre nosotros, del ejercicio de actividades empresariales por dichas personas jurídicas. En realidad, el problema proviene de que la gran mayoría de los ordenamientos,

dades sin ánimo de lucro, su estructura interna y la responsabilidad de sus órganos gestores (especial referencia a las fundaciones)», *RVEH*, 7 (2003), pp. 85-87.

⁴ Sobre el significado de esta fórmula, por muchos, J. CAFFARENA, «Las fundaciones: fines de interés general, beneficiarios y cláusulas de reversión», *ADF*, 2009, pp. 30 y ss.

⁵ Presentada por el Ministerio de Justicia en el mes de junio de 2013; de esta cuestión se habla con más detalle *infra* II.2).

entre ellos el español, conciben a la fundación como una entidad sin fin de lucro⁶, y en la visión tradicional del asunto resulta difícil compaginar este elemento de caracterización con la condición de operador de mercado. El problema, en verdad, no es tal, por dos razones de distinto alcance: de un lado, porque el ánimo de lucro ya no se considera elemento inherente a las empresas mercantiles, en particular, las sociedades, aunque la gran mayoría de ellas busquen a través de su actividad en el mercado los más altos rendimientos⁷; de otro lado, porque no tener fin de lucro, como es esencial en el caso de la fundación, no se opone a la obtención de beneficios mediante el ejercicio de actividades en el mercado, sino solo al hecho de su apropiación por quienes dirigen o gestionan la fundación. La ausencia de fin de lucro en nuestra figura no significa, entonces, ajenidad de dichas personas jurídicas a la realidad económica ni, mucho menos, alejamiento del mercado.

Salvada, entonces, la objeción que podría formularse a nuestro propósito de calificar a la fundación como un operador más del mercado, resulta imprescindible precisar algo más las consecuencias de semejante denominación. Y es que para evitar la pura especulación conceptual resulta necesario atribuir contenido a los calificativos que, como el ahora utilizado, comprenden, por su propia amplitud, a sujetos heterogéneos no solo en lo que se refiere a su naturaleza, sino también en lo que atañe a su organización y funcionamiento. Al utilizar esta suerte de «supraconcepto» (*Oberbegriff*) desde el punto de vista jurídico, se aspira a buscar una conexión normativa entre tan diversas instituciones, de modo que no solo se vea afectada por la disciplina específica que le corresponde por su naturaleza, sino también por aquella otra que se defina, o pueda definirse, en atención al hecho que permite su conexión funcional. En el presente caso, tal hecho es, precisamente, la presencia activa de todos los operadores en el mercado y la consecuencia jurídica habrá de ser su sometimiento a las reglas, en principio comunes, que se deriven de dicha circunstancia.

Hablar de un «Derecho del Mercado»⁸ constituye, desde hace tiempo, una referencia habitual entre los juristas, aunque son todavía de

⁶ Entre otros muchos preceptos contenidos en la legislación autonómica sobre fundaciones, basta ahora con mencionar, a tal efecto, lo dispuesto en el art. 2 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones (en adelante, LF), a cuyo tenor «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»

⁷ Al respecto, a propósito del asunto en el marco de las sociedades mercantiles, J. GIRON TENA, *Derecho de sociedades. I. Teoría general. Sociedades colectivas y comanditarias*, Madrid, edición del autor, 1976, pp. 31 y ss.; más recientemente, C. PAZ ARES, «La sociedad en general: caracterización del contrato de sociedad», en R. URÍA y A. MENÉNDEZ (dirs.), *Curso de Derecho Mercantil*, 2.ª ed., I, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2006, pp. 471 y ss.

⁸ Por muchos, U. IMMENGA, *El Mercado y el Derecho. Estudios de Derecho de la competencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001; con otra perspectiva, N. IRTI, *L'ordine giuridico*

alcance limitado los intentos de construir semejante disciplina desde la perspectiva de la dogmática jurídica. Esta insuficiente delimitación conceptual del Derecho del Mercado no impide distinguir, sin embargo, numerosas normas susceptibles de ser adscritas a tal categoría, tanto desde la perspectiva del Derecho privado como de la que es propia del Derecho público. A los efectos del presente trabajo debe mencionarse, sobre todo, la primera, dentro de la cual, de acuerdo con los autores que se han ocupado de su estudio, destaca el Derecho de la competencia, en su doble vertiente, *antitrust* y represora de la competencia desleal. En cierto sentido, el Derecho de la competencia, con su amplio contenido, constituye la expresión máxima, desde el punto de vista jurídico, del Derecho del mercado y contribuye a hacer posible su funcionamiento, siempre que, claro está, esa normativa alcance su plena aplicación.

Cuando se dice, entonces, que las fundaciones quedan sometidas al Derecho del Mercado y, en particular, al Derecho de la competencia se afirma la vigencia incondicionada de sus preceptos en el marco de las actividades que desarrollen aquellas para cumplir el fin de interés general que les corresponde por razón de su naturaleza. Por tal motivo, no podrán las fundaciones que presten servicios similares acordar criterios de actuación idénticos, imponiendo, por ejemplo, precios idénticos para los mismos, o reservarse, en su caso, zonas territoriales exclusivas a dicho fin. Igualmente, la progresiva utilización de medios publicitarios para difundir su actividad no podrá conducir a las fundaciones a competir deslealmente con otros operadores del mercado, de idéntica o distinta naturaleza, mediante, por ejemplo, actos de denigración, de comparación ilícita, o de inducción a la infracción contractual, por resumir en estos supuestos el amplio elenco de supuestos desleales contenidos en nuestra legislación.

2. El reflejo normativo de la naturaleza de la fundación como operador del mercado

Que esto es así en nuestra realidad temporal más inmediata, lo confirma la Propuesta de Código Mercantil, donde se acoge y se consagra, con especial relieve, la categoría que ahora nos ocupa⁹. En su

co del mercato, 5.^a ed., Bologna, Il Mulino, 2009. Entre nosotros, J. M. EMBID IRUJO, «Hacia la configuración jurídica del mercado (apuntes sobre las relaciones entre mercado y derecho)», en AAVV, *Derecho, Historia y Universidades. Estudios dedicados a Mariano Peset*, I, Valencia, Universitat de València, 2007, pp. 507 y ss.

⁹ La referencia que se hace en el texto a dicha Propuesta se debe a la importancia objetiva que representa su amplia y detallada regulación de las materias propias del Derecho mercantil. Aunque sería muy conveniente que llegara a ser la norma central de la disciplina en el ordenamiento español, y ese era el propósito del Ministerio de Justicia en el momento de su difusión pública, los vericuetos de la reforma legislativa

art. 001-2 se afirma el sometimiento expreso a las normas del Código de una serie de «operadores del mercado», dentro de los cuales, como es natural, figuran en lugar preferente los empresarios¹⁰. Con todo, la amplitud de dicha categoría permite incluir en su seno a muchas otras personas, tanto físicas como jurídicas; si en el primer caso, la Propuesta de Código se refiere, esencialmente, a los sujetos que, de manera convencional, merecen el nombre de profesionales, en el segundo no hay una especial acotación, lo que permite predicar la condición de operadores del mercado de muy diferentes entidades, incluidas, entre ellas, las fundaciones, por la amplísima delimitación contenida en el correspondiente precepto¹¹.

No son muchos, con todo, los ordenamientos jurídicos que han asumido, en sus propias normas, la evolución de las fundaciones y que les han dotado, en consecuencia, de una regulación correspondiente a su significado actual. De manera llamativa, nuestro Derecho ha mostrado en esta materia una relevante capacidad de innovación, lo que se empezó a poner de manifiesto ya con la Ley 30/1994, de 30 de noviembre que, sin temor a las descalificaciones, puede considerarse verdaderamente moderna¹². La vigente LF se inserta, con decisión, en esa línea reguladora y, aunque son numerosos los temas necesitados de reforma, bien puede decirse que es un texto adecuado para encauzar la actividad de las fundaciones a las que se aplica. Un buen ejem-

en nuestro país y la presión de ciertos grupos influyentes sitúan a la Propuesta en el momento de escribir estas líneas (enero de 2014) en una posición claudicante, con pocas posibilidades, por tanto, de convertirse en norma vigente. A pesar de ello, el interés de la regulación contenida en la Propuesta y las indudables repercusiones que, en su caso, podría llegar a tener sobre la materia estudiada, justifican las frecuentes menciones de algunos de sus preceptos a lo largo del presente estudio.

¹⁰ A los que se delimita de una manera sensiblemente más nítida, y a la vez más amplia, de lo que sucede en la actualidad. No solo se menciona a los empresarios individuales y a las sociedades mercantiles, sino que se considera también empresarios a «las personas jurídicas que ejerzan o en cuyo nombre se ejerza profesionalmente una actividad económica organizada de producción o cambio de bienes o de prestación de servicios para el mercado, incluidas las actividades agrarias y artesanales». De este modo, ya no cabe duda alguna sobre la condición de empresarios de las llamadas «fundaciones con empresa», es decir, aquellas fundaciones que llevan a cabo actividades empresariales de manera indirecta, mediante su participación en sociedades mercantiles. Se vuelve sobre este asunto *infra*, V.

¹¹ En este sentido, son también operadores del mercado «las personas jurídicas que, aun no siendo empresarios y con independencia de su naturaleza y objeto, ejerzan alguna de las actividades expresadas en este artículo, así como los entes no dotados de personalidad jurídica cuando por medio de ellos se ejerza alguna de esas actividades». Conviene recordar que el art. 001-2 de la Propuesta sitúa como centro de su régimen la «actividad económica organizada de producción o cambio de bienes o de prestación de servicios para el mercado».

¹² De entre la amplia bibliografía dedicada al análisis de dicha ley, puede citarse ahora AAVV, *Comentarios a la Ley de fundaciones y de incentivos fiscales*, Madrid, Escuela Libre Editorial-Marcial Pons, 1995.

plo de esta actualidad se pone de manifiesto en la referencia expresa al Derecho de la competencia dentro del tratamiento de las fundaciones que desarrollen actividades económicas (art. 24 LF). Se trata, con todo, de un planteamiento limitado y, quizá, insuficiente, ya que en la norma citada la mención del Derecho *antitrust* parece circunscribirse al supuesto de la fundación que lleve a cabo, directa o indirectamente, actividades empresariales. Quedan fuera de ella, en principio, las restantes fundaciones, de número sensiblemente superior a las fundaciones empresariales, con independencia de que también merezcan el calificativo de operadores del mercado.

Puede pensarse, con todo, que el singular carácter de la Propuesta de Código Mercantil, a pesar de no ser todavía un texto vigente, podría influir en la revisión de numerosos aspectos del Derecho de fundaciones, y no solo de los relativos a las fundaciones empresariales, como titulares, directos o indirectos, de actividades económicas en el mercado merecedoras de tal calificativo. Ello se debe, como sabemos, a la inserción en dicho texto de la categoría de los «operadores del mercado», susceptible de afectar a la gran mayoría de las fundaciones que, por no desarrollar actividades empresariales, han permanecido hasta nuestros días sustancialmente ajenas al ámbito de aplicación del Derecho Mercantil. La referencia que se acaba de hacer al posible sometimiento de todas las fundaciones a la normativa propia de la competencia, por el hecho de ser «operadores del mercado», constituye, entonces, uno de los aspectos susceptibles de revisión en la previsible reforma que, a lo largo de los próximos años, pueda experimentar el Derecho de fundaciones.

III. LA FUNDACIÓN COMO FÓRMULA JURÍDICA PARA EL ENCAUZAMIENTO DE LA CRISIS DEL SISTEMA FINANCIERO ESPAÑOL

El segundo aspecto por el que las fundaciones se sitúan de lleno en la actualidad jurídica de nuestros días tiene una raíz esencialmente endógena (aunque no solo, como se verá) y afecta a nuestro país, como consecuencia de los intensos cambios producidos en el sector financiero, y, más en particular, dentro de las Cajas de Ahorros, por obra de la crisis. Aunque esta materia será objeto de atención específica en otros trabajos del presente libro, no parece inconveniente traerla ahora a colación dentro del conjunto de reflexiones generales sobre el fenómeno fundacional que aquí abordamos, sin perjuicio de algunas alusiones posteriores, dentro de la temática específica del presente estudio¹³. En realidad, y, de nuevo, de manera paradójica, la actualidad

¹³ *Vid. infra* IV, entre otros apartados.

de las fundaciones derivada del mencionado proceso económico-jurídico es, si se quiere, una suerte de «restitución» jurídica¹⁴; o, dicho de otra manera, la naturaleza fundacional de las Cajas de Ahorros, antes más anunciada que efectivamente llevada a la práctica, tanto por el ordenamiento jurídico, como por dichas entidades, se convierte ahora en el punto de partida de su nuevo régimen, como se deduce de lo dispuesto en la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias, y, en particular, de su título segundo.

Sentado lo que antecede, es cierto que la regulación previa de estas entidades de crédito constituyó un cúmulo de desaciertos, con especial relieve en el ámbito concreto de los órganos de las Cajas, donde la ignorancia de su relieve fundacional, y de su conveniente sometimiento, con todos los matices necesarios, a la legislación relativa a estas personas jurídicas, hubiera contribuido a evitar algunos de los muchos males que hoy han dado al traste, en buena medida, con varios siglos de historia. La «democratización» de las Cajas fue el motivo inspirador del tratamiento legislativo de sus órganos contenido en la LORCA y, sobre su estela, en la abundante normativa autonómica. De este modo, se hizo posible la «ocupación» de los principales puestos orgánicos de las Cajas por los partidos políticos, condicionándose, así, de manera determinante, su estructura de gobierno y sus decisiones básicas de gestión. Es una verdadera pena decir, que, salvo excepciones, ha hecho falta un desastre económico-financiero como el que venimos sufriendo para cambiar un rumbo indudablemente equivocado. Veremos, con todo, si la vigente regulación, combinada con las imposiciones normativas que provienen del exterior, sirve para dar solidez a una parte del sector financiero, cuyo relieve en el mismo será indudablemente menor que el conocido hasta hace bien poco.

Es verdad, no obstante, que el Derecho, por sí solo, no puede resolver problemas sociales generales, aunque rectamente interpretado y aplicado puede ser un factor relevante para su moderación o su inserción en un esquema de tratamiento menos dramático y estricto. Una de las primeras dudas, entonces, que se deducen del cambio de rumbo en la materia se refiere a la idoneidad del Derecho de la crisis para gobernar el comportamiento de las instituciones reguladas en una época de estabilidad; y cabe pensar que, cuanto más presente esté la crisis en la

¹⁴ No se trata de decir, con manifiesto exceso, que, finalmente, la realidad ha venido a dar la razón a los juristas (no tantos como hubiera sido lógico pensar) que sostenían la naturaleza fundacional de las Cajas como una verdadera proposición jurídica y no como un argumento retórico, al servicio, en el mejor de los casos, de un puro propósito de gestión o de *marketing*. Con todo, su actividad financiera y la tradición reciente en la materia determinan en la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias, algunas especialidades, que se observan, en particular, con motivo de la regulación de su estructura orgánica.

motivación y/o en el enunciado de la nueva normativa, menor será su capacidad para adaptarse a épocas en donde no existan tales urgencias o sean susceptibles de control de una manera menos problemática¹⁵.

IV. SENTIDO Y CARACTERES DE LA TIPIFICACIÓN LEGISLATIVA EN MATERIA DE FUNDACIONES: FIGURA GENERAL VERSUS FIGURAS ESPECIALES

Las dos vertientes recién expuestas sobre la actualidad de las fundaciones y de su Derecho sirven de base para afrontar un problema común al tratamiento normativo de todas las personas jurídicas de Derecho privado. En este sentido, a la hora de concebir los criterios, tanto de política jurídica como de política legislativa, en torno al esquema tipológico sustancial de una determinada institución, suele pensarse entre los autores en la conveniencia de disponer de una figura básica, o modelo general, completada, en su caso, por alguna o varias figuras especiales, cuyo tratamiento, sin perjuicio de la aplicación del régimen común, puede llegar a contener un conjunto, mayor o menor, de elementos singulares. En el caso de las fundaciones sería posible razonar del mismo modo, mediante la contemplación de un modelo básico, susceptible de aplicarse a la mayor parte de las fundaciones realmente existentes, completado por alguna modalidad singular, como podría ser la ya descrita fundación bancaria, cuyo relieve, como es evidente, solo puede predicarse de algunos supuestos concretos de la realidad¹⁶.

A diferencia de otras personas jurídicas, como las sociedades cooperativas, con una gran variedad de modalidades especiales¹⁷, la fundación, exenta hasta no hace demasiados años, de una auténtica regulación legislativa, había quedado fuera de esta vía de especialización funcional. En un ejercicio retrospectivo, cabría decir, incluso, que nuestra figura, tradicionalmente necesitada de un adecuado tratamiento normativo, mostró a lo largo de la mayor parte del pasado siglo una realidad para-

¹⁵ Cfr., al respecto, M. OLIVENCIA, «Reforma concursal y crisis económica», en L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, J. M. EMBID IRUJO, A. RECALDE CASTELLS y F. LEÓN SANZ (dirs.), *Liber Amicorum prof. José María Gondra Romero*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 526; del mismo modo, J. M. EMBID IRUJO, *Sobre el Derecho de sociedades de nuestro tiempo. Crisis económica y ordenamiento societario*, Granada, Comares, 2013, pp. 7 y ss. Desde la perspectiva del Derecho público, A. EMBID IRUJO, *La constitucionalización de la crisis económica*, Madrid, Iustel, 2012.

¹⁶ La Ley 26/2013 parece asumir, implícitamente, este criterio, cuando afirma, de manera realmente novedosa en el Derecho español, la existencia de una fundación «ordinaria» (por ejemplo, en su art. 36), que vendría a ser el modelo básico en ese sector de personas jurídicas, como elemento común de referencia, sin perjuicio de la fundación bancaria, allí tipificada.

¹⁷ Últimamente, J. I. PEINADO (dir.), *Tratado de Derecho de cooperativas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

dójica; en ella, el modelo general carecía, prácticamente, de contenido regulador; propiamente dicho, en tanto que algunas variedades constituían el núcleo más relevante por lo que se refiere, al menos, al Derecho español de fundaciones¹⁸. Nuestra época, en cambio, se ha orientado en la dirección contraria, lo que parece acertado, y es ahora, por razones urgentemente coyunturales, derivadas de la crisis, cuando se comienza a recorrer, eso sí, sin un sólido planteamiento previo, el camino de su diversificación o especialización institucional.

Naturalmente, la coexistencia de la figura general con alguna o algunas variedades especiales plantea muy serios problemas de ordenación jurídica, referidos, en lo esencial, a la organización de la coexistencia de ambos regímenes, o, en ciertos casos, a la determinación de si uno ha de preceder al otro y, sobre todo, en qué medida. A favor del desplazamiento del general por el especial concurre, de acuerdo con la tradición jurídica más consolidada, la prevalencia concedida a lo especial frente lo general, de particular relieve cuando se trata de determinar el Derecho aplicable a la concreta modalidad de una figura jurídica. En el caso que nos ocupa, es indudable que esa regla terminará siendo decisiva si fijamos nuestra atención en la ya mencionada «fundación bancaria», como supuesto específico dentro del Derecho de fundaciones. Es claro, con todo, que a la hora de plantearse su completo tratamiento jurídico no podrá prescindirse del régimen general, como se deduce, entre otros extremos, del art. 33 de la Ley 26/2013, en el que se dice literalmente que:

«las fundaciones bancarias quedarán sujetas al régimen jurídico previsto en esta Ley y, con carácter supletorio, bien a la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, bien a la normativa autonómica que resulte de aplicación».

No debe olvidarse, con todo, que la Disposición Final cuarta de la mencionada Ley introduce una Disposición Adicional octava en la LF, modificándola, conforme a la cual «las fundaciones bancarias se registrarán por lo dispuesto en la Ley 26/2013, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias».

¹⁸ Sería el caso de las llamadas fundaciones culturales, reguladas con cierto detalle en un texto de naturaleza reglamentaria de los años setenta del pasado siglo; aun con sus limitaciones de orden temporal, es útil para la apreciación de este proceso entre nosotros el relevante libro de U. VALERO AGÜNDEZ, *La fundación como forma de empresa*, Valladolid, Servicio de publicaciones de la Universidad de Valladolid, 1969. En el marco del Derecho vigente, véanse los apuntes de J. GARCÍA ANDRADE, «Objeto y alcance de la ley de fundaciones. Concepto de la fundación. Fines y beneficiarios. Aplicación de la ley y fundaciones especiales», en S. MUÑOZ MACHADO, M. CRUZ AMORÓS y R. DE LORENZO GARCÍA (dirs.), *Comentarios a las leyes de fundaciones y mecenazgo*, Madrid, Fundación ONCE-Iustel, 2005, pp. 44 y ss.

Parece obvio que este precepto debe interpretarse conjuntamente con el reseñado art. 33, y no como si fuera una norma singular, susceptible de excluir la vigencia, respecto de dichas fundaciones, de la Ley 50/2002.

Por lo demás, y en el marco de este asunto, debe aplaudirse el vínculo estrecho trazado por el legislador entre la normativa específica de la fundación bancaria con la general de las fundaciones, por definirse aquella como una modalidad, todo lo singular que se quiera, de estas. No obstante el reseñado acierto, debemos dejar aquí este asunto, que podría completarse y convertirse en más complicado si al lado de la fundación bancaria, como ejemplo aparentemente único de fundación especial, situáramos otra —al menos como posibilidad— que sería la fundación empresaria. Sin perjuicio de referirnos a este tema con posterioridad¹⁹, bastará con decir ahora que de *lege lata* la fundación empresaria, indudablemente posible y legítima en nuestro Derecho, no es una modalidad especial en la realidad legislativa vigente, sino una fundación enteramente normal que ejerce, además, una actividad de empresa.

Al lado, entonces, de los necesarios fines fundacionales —ajenos, por lo común, al ejercicio de la empresa—²⁰, reflejados en la actividad «propia» de la entidad [art. 23.1.º del Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de Competencia Estatal (en adelante, RF)] puede cualquier fundación llevar a cabo actividades «mercantiles» (en la terminología del RF). La terminología empleada, así como la interpretación sistemática y teleológica de nuestro Derecho de fundaciones, evoca una clara prioridad de la actividad propia frente a la mercantil; satisfecha dicha prioridad, en todo caso, la normativa vigente en el Derecho español no pone especiales condicionamientos al ejercicio de la actividad mercantil por una fundación, dejando tal cosa al criterio del fundador o también, en nuestra opinión, al del patronato.

V. EL RELIEVE DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONFIGURACIÓN CONCRETA DE LA ESTRUCTURA FUNDACIONAL

Otro problema, desde luego tradicional, pero, también a mi juicio, llamado a tener notable protagonismo en la realidad presente de las

¹⁹ *Vid. infra*, VI.

²⁰ Como los derivados de la existencia de lo que, entre nosotros (cfr. U. VALERO AGÚNDEZ, *La fundación como forma de empresa*, *op. cit.*, pp. 139 y ss.) se ha dado en llamar «fundación-empresa funcional».

fundaciones, es el relativo al relieve de la autonomía de la voluntad en la conformación de su íntegro régimen jurídico. El tema es susceptible de planteamiento genérico, desde luego, debiendo advertirse, de entrada, que la fundación —sobre todo la tradicional— era un espacio idóneo para la aplicación de la autonomía de la voluntad del fundador. En este sentido, todo lo relativo a la fundación, desde el acto mismo de erección de la figura (tanto *inter vivos* como *mortis causa*), hasta la dotación del patrimonio, pasando por el establecimiento del patronato (su composición y sus funciones), parecía depender, en una perspectiva clásica, de la libertad omnímoda del fundador. Debe tenerse en cuenta, además, que desde esta misma vertiente, la actividad de la fundación, una vez constituida, venía determinada por el logro de su específico fin a través del cumplimiento por el patronato de pautas de conducta directamente orientadas al mantenimiento de la entidad y la conservación de su patrimonio.

Sin perjuicio de que este sucinto esquema siga siendo válido para algunas fundaciones, es lo cierto que no representa un marco idóneo para explicar lo que representa en nuestros días la figura, en términos generales. A ello acompaña, como sabemos, un cambio relevante a la hora de comprender desde el Derecho dicha persona jurídica; en este sentido, disponemos hoy, desde luego en el Derecho español, de una regulación amplia, de naturaleza sustancialmente imperativa, lo que quizá haya limitado en la práctica el juego eficaz de la autonomía de la voluntad. Y es que, al lado del condicionamiento que supone dicha naturaleza jurídica, ha de tenerse en cuenta también el todavía relevante papel que desempeña el protectorado en el concreto funcionamiento cotidiano de las personas jurídicas que nos ocupan; papel que, por otra parte, habrá de ser presumiblemente más intenso en las figuras especiales, como en el caso de las fundaciones bancarias²¹.

El tema ahora en estudio, además, desborda el planteamiento tradicional, referido, casi exclusivamente, al fundador; hoy, manteniéndose la libre iniciativa al respecto (entendida como derecho fundamental, en el art. 34 CE), el carácter de auténtica organización y, más precisamente, de operador del mercado, que ha de predicarse de nuestra figura²², obliga a situar la autonomía de la voluntad más allá del marco del fundador, con ser, desde luego, decisivo el protagonismo de este. Pero, de igual modo, el patronato (y ello nos permite enlazar con otro de los temas de nuestra ponencia) adquiere un protagonis-

²¹ Por lo que a estas fundaciones se refiere, debe tenerse en cuenta que, además de la intervención del protectorado que resulte competente, sobre ellas se proyectará la intensa vigilancia del Banco de España, entidad que, sin merecer formalmente la condición de protectorado, asume funciones del mayor relieve, a tenor de lo dispuesto en el art. 46 de la Ley 26/2013.

²² *Vid. supra*, II.

mo muy superior, pues, en la mayoría de los casos, no se trata solo de mantener la institución y de conservar el patrimonio, sino de hacer posible, en el mercado y en un marco competitivo, así como sumamente complejo, la realización del fin o fines fundacionales. Ello exige, por otra parte, una gestión profesional y planificada mediante el empleo de técnicas y experiencias no necesariamente coincidentes con el sentido común del «buen padre de familia», sino, más bien, con la formación y las orientaciones propias del «ordenado empresario y representante leal», modelo arquetípico de conducta consolidado en el Derecho de sociedades²³.

En ese marco²⁴, resulta ineludible contemplar a la autonomía de la voluntad, de la propia fundación, mediada por el patronato (u otros órganos, en su caso), como un instrumento imprescindible para su mejor funcionamiento. Ahora bien, por ser la fundación, al menos todavía, una institución heterónoma, la libertad contractual se topa, de entrada, con un tratamiento normativo que, por dicha causa, entre otros extremos, ha de ser sustancialmente imperativo; en segundo lugar, la autonomía de la voluntad ha de contar con la necesaria intervención del protectorado, cuyo papel, es cierto, se ha modificado al reducirse el número de autorizaciones, así como su significado efectivo respecto de la actividad cotidiana de la fundación, en beneficio de comunicaciones a posteriori de numerosos hechos. Y, por último, habrá de tenerse en cuenta, igualmente, la necesidad de determinar cuál haya de ser su relieve según nos encontremos ante la figura general o la figura especial (en nuestro caso, la fundación bancaria)²⁵.

²³ Cuya recepción, si se quiere parcial, es bien visible en nuestro Derecho de fundaciones desde la Ley 30/1994; en la vigente LF, *vid.* su art. 17 [al respecto, R. MARIMÓN DURÁ y J. OLAVARRÍA IGLESIA, «Artículo 17. Responsabilidad de los patronos», en J. OLAVARRÍA IGLESIA (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 424 y ss.].

²⁴ Se entiende, el de las fundaciones de naturaleza privada; marginamos, desde luego, las fundaciones públicas, cuya razón de ser y cuyo funcionamiento se sitúan en otros parámetros, sin perjuicio, eso sí, de la colaboración público-privada, que se sirva de la fundación como vehículo jurídico; al respecto, J. M. EMBID IRUJO y A. EMPARANZA (dirs.), *El gobierno y la gestión de las entidades no lucrativas público-privadas*, Madrid, Marcial Pons, 2012, con alusión, asimismo, a otras figuras jurídicas susceptibles de servir a esa colaboración.

²⁵ No obstante estos condicionamientos, el margen de maniobra para la libertad contractual dentro del Derecho de fundaciones parece, en teoría, amplio, dependiendo, claro está, de la concreta política jurídica que, al respecto, se haya asumido en cada ordenamiento. Hay ejemplos todavía recientes, como el del Derecho holandés, donde se advierte una notable «desregulación» del Derecho de fundaciones, lo que convierte a la autonomía de la voluntad en el elemento más relevante de la concreta configuración que, en cada caso, pueda darse a nuestra figura; en otros ordenamientos, como el austríaco, la flexibilidad se refiere a una modalidad específica de fundación (la llamada «fundación privada»), y no tanto a entero Derecho de fundaciones; al respecto, *vid.* S. KELLER, *Die Möglichkeiten der Einflussnahme des Stifters im Privatstiftungsrecht*, Wien, Manz, 2006.