

Notas sobre la participación de las fundaciones en sociedades cooperativas

JOSÉ LUIS ARGUDO PÉRIZ

DIPLOMA DE ESPECIALIZACIÓN EN DIRECCIÓN
DE ORGANIZACIONES
DE ECONOMÍA SOCIAL
E. U. ESTUDIOS SOCIALES
UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA

La obtención de recursos económicos para cumplir sus fines ha llevado a las fundaciones al campo de la realización y desarrollo de actividades económicas. Algunas de éstas tienen una cierta tradición como la prestación de servicios que no se cobran a precios de mercado, pero han avanzado en la ampliación de actividades que desarrollan directamente y que los convierte, al menos, en operadores económicos en el mercado. En otros casos actúan con estructuras empresariales sin diferenciación de personalidad jurídica (fundación-empresa) con una vinculación entre actividad desarrollada y cumplimiento de fines de interés general. En ocasiones estas estructuras empresariales se diferencian pero tienen una conexión con la fundación como entidad promotora mayoritaria, como ocurre en las empresas de inserción laboral o sociolaboral; y las Leyes de fundaciones de 1994 y 2002 han abierto la posibilidad de las participaciones en sociedades

mercantiles con la finalidad de reinvertir los beneficios en los fines fundacionales. Parecen excluirse inicialmente las sociedades de la economía social, especialmente las cooperativas, pero cabe una interpretación de los preceptos legales en sentido distinto, lo que plantea la cuestión del papel que pueden y deben jugar las sociedades cooperativas en el desarrollo de actividades económicas de las fundaciones, por la proximidad que puede existir en su pertenencia al sector, en sentido amplio, de la economía social, y en la persecución de fines de interés general.

Palabras clave: Fundaciones, Ley de Fundaciones, España, Actividades económicas, Fundación y Empresa, Sociedades mercantiles, Sociedades cooperativas, Economía Social.

Notas sobre la participación de las fundaciones en sociedades cooperativas

José Luis Argudo Pérez

1. Introducción. El art. 24 de la Ley de Fundaciones de 2002

Desde el Reglamento de Fundaciones Culturales de 1972, se ha abierto en España una nueva concepción doctrinal de la fundación, que favorece que estas personas jurídicas utilicen de forma dinámica su patrimonio, y lo conviertan en un patrimonio de explotación, adoptando medios y técnicas empresariales para incrementar sus recursos y poder cumplir sus fines. En las fundaciones viene favorecido por la ausencia de propietarios, lo que favorece el cumplimiento de los fines, que se convierten, de algún modo, en propietarios del patrimonio.

La realización de actividades empresariales, mercantiles e industriales, es la cuestión que mas recelos doctrinales y cautelas legales ha provocado, por la aparente contradicción entre realización de actividades que pueden generar beneficios económicos y la ausencia de ánimo de lucro que caracteriza a la persona jurídica fundación, por la posibilidad de desnaturalizar sus fines.

Sobre la realización de actividades económicas y su vinculación con los fines fundacionales, así como su desarrollo mediante la interposición de sociedades, y su aplicación a las sociedades cooperativas y la contemplación integrada de las entidades que conforman el sector de la economía social, tratan las siguientes páginas, que no plantean la posibilidad inversa de que las sociedades cooperativas, u otras organizaciones de economía social, constituyan fundaciones, posibilidad reconocida a las personas jurídicas en general en el art.8 de la actual Ley de Fundaciones.

La reforma de la Ley de Fundaciones de 1994 ha tenido un especial eco positivo en los sectores que deseaban una mayor libertad y un

menor control en la realización de actividades económicas por las fundaciones, en un paso más hacia la autonomía patrimonial y de gestión de estas entidades, para lograr los fines de interés general que consagra la Constitución (art. 34 CE). En el sentido de realizar una valoración positiva se pronuncia el Dictamen del Consejo Económico y Social, y desde el sector de las fundaciones, se pedía una liberalización de las actividades mercantiles o industriales, tuvieran o no que ver directa o indirectamente con el cumplimiento de los fines fundacionales.

Partiremos del art. 24 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones (BOE 310, de 27 de diciembre), incluido dentro del capítulo V (*Funcionamiento y actividad de la fundación*), que lleva por título "Actividades económicas", y expresa lo siguiente:

1. Las fundaciones podrán desarrollar actividades económicas cuyo objeto esté relacionado con los fines fundacionales o sean complementarias o accesorias de las mismas, con sometimiento a las normas reguladoras de la defensa de la competencia.
Además, podrán intervenir en cualesquiera actividades económicas a través de su participación en sociedades, con arreglo a lo previsto en los siguientes apartados.
2. Las fundaciones podrán participar en sociedades mercantiles en las que no se responda personalmente de las deudas sociales. Cuando esta participación sea mayoritaria deberán dar cuenta al Protectorado en cuanto dicha circunstancia se produzca.
3. Si la fundación recibiera por cualquier título, bien como parte de la dotación inicial, bien en un momento posterior, alguna participación en sociedades en las que deba responder personalmente de las deudas sociales, deberá enajenar dicha participación salvo que, en el plazo máximo de un año, se produzca la transformación de tales sociedades en otras en las que quede limitada la responsabilidad de la fundación.

El precedente inmediato de esta disposición es el art. 22 de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general, que decía:

1. Las fundaciones no podrán tener participación alguna en sociedades mercantiles en las que deban responder personalmente de las deudas sociales.
2. Cuando formen parte de la dotación participaciones en las sociedades a las que se refiere el apartado anterior y dicha participación sea mayoritaria, la Fundación deberá promover la transfor-

mación de aquéllas a fin de que adopten una forma jurídica en la que quede limitada su responsabilidad.

3. Las fundaciones podrán participar mayoritariamente en sociedades no personalistas y deberán dar cuenta de dicha participación mayoritaria al Protectorado en cuanto ésta se produzca.

La hipótesis de trabajo de estas páginas es considerar si una fundación podría ser socio fundador de una sociedad cooperativa, recibir participaciones de una cooperativa a título lucrativo, por transmisión *in-ter vivos* (donación) o *mortis causa* (herencia o legado), o incluso a título oneroso, ya que parece que el art.24 de la Ley de Fundaciones de 2002 (en adelante LF) no restringe los modos de adquisición de los títulos participativos en las sociedades.

Sin embargo, el tenor literal del art. 24 LF, al igual que el anterior art.22 de la Ley de 1994, plantea una duda razonable respecto a la posesión de participaciones por una fundación en una sociedad cooperativa, ya que ambas disposiciones se refieren concretamente a las "sociedades mercantiles", lo que excluye a las sociedades civiles –incluyendo inicialmente a las sociedades agrarias de transformación–, pero plantea crudamente la necesidad de definir la naturaleza civil o mercantil, o *tertius genus* con algunos autores, de las cooperativas para incluirlas o no entre las posibles sociedades participadas por fundaciones, debate agravado por la exclusión añadida de las sociedades personalistas, y quizás deberíamos añadir una condición no expresa más, por la finalidad de la norma de obtención de recursos económicos a través de estas actividades "mercantiles" de las fundaciones, que sería la consideración de persecución de ánimo de lucro por las sociedades participadas.

2. Las actividades económicas de las fundaciones

Parece establecer el art. 24 LF dos grados de desarrollo de la actividad económica de las fundaciones: uno directo relacionado con los fines fundacionales, que supone la normal actividad o gestión económica de la fundación, y las actividades complementarias y accesorias de las mismas, para el cumplimiento de los fines, huyendo de una visión estática del patrimonio y de los recursos económicos de la fundación vinculada a las "manos muertas" del siglo XIX y parte del XX; y un grado de desarrollo de actividad económica mediato o indirecto, reali-

zado a través de la participación en sociedades para “intervenir en cualesquiera actividades económicas” (art. 24, pº 2º LF).

En realidad esta división simple entre actividad económica directa o inmediata e indirecta o mediata, supone plantear otra cuestión relativa a si las fundaciones pueden realizar actividades económicas no relacionadas con sus fines fundacionales, que, en el fondo, no es sino un criterio de política legislativa.

La opinión de las organizaciones del sector ha sido favorable a la liberalización, especialmente, de las actividades mercantiles e industriales de las fundaciones, y la Agregación Nacional de Fundaciones para la Promoción de la Acción Social “Luis Vives”, en su informe de 16 de noviembre de 2000, señala que una futura reforma de la LF de 1994 debería añadir que “las Fundaciones pueden ejercer actividades mercantiles e industriales, tengan o no que ver directa o indirectamente con el cumplimiento de los fines fundacionales, sin perjuicio del diferente tratamiento fiscal que ello supondría según los casos”¹.

El art. 24 LF 2002 no se refiere, como hacía el art. 22 LF 1994, exclusivamente a “actividades mercantiles e industriales”, sino que lleva el título genérico de “actividades económicas”, y permite la titularidad jurídica propia de las actividades cuando se relacionan con los fines fundacionales, mientras que, como señala González Cueto (2003: 192), cuando se desarrollen actividades económicas no relacionadas con los fines fundacionales, debe realizarse a través de sociedades interpuestas, en las que la fundación puede tener una participación mayoritaria o minoritaria.

Por ello, la actual Ley de Fundaciones establece una línea de continuidad inicial entre gestión directa de las actividades económicas cuando se persiguen fines fundacionales, y gestión mediante la interposición de sociedades en otros casos, que hay que relacionar necesariamente con la captación y obtención de mayores recursos económicos, que redunden en definitiva en la consecución de los fines fundacionales, ya que el art. 27 LF señala que “a la realización de los fines fundacionales deberá ser destinado, al menos el 70 por 100 de los resultados de las explotaciones económicas que se desarrollen y de los ingresos que se obtengan por cualquier otro concepto...”, que

¹ El Informe lleva por título “Propuestas para una futura nueva Ley de Fundaciones o una reforma de la actual”, y se realizó a solicitud del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, lleva fecha de 16 de noviembre de 2000, y consta de 84 páginas dactilografiadas. A las actividades mercantiles e industriales se refieren las págs. 42 a 44.

es un desarrollo concreto de la naturaleza no lucrativa de la persona jurídica fundación, tal como viene definida en la propia Ley: "Son fundaciones las organizaciones constituidas sin ánimo de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general" (art. 2.1 LF).

Para Vicent Chuliá (2001: 577), siguiendo a Valero Agúndez, cabe distinguir entre «fundación funcional» como forma de organización de una empresa, y «fundación dotacional», cuyo patrimonio se invierte en participaciones en sociedades mercantiles, con responsabilidad limitada, limitándose a percibir y administrar rentas.

Se observa que el art. 24 LF, como se indicó, habla exclusivamente de actividades económicas, y en ningún momento se refiere a la realización de actividades empresariales, pero en la medida que la actividad económica sea más organizada y regular no se puede obviar la aplicación del estatuto jurídico del empresario. Citando el art. 26 LF, la fundación puede obtener ingresos por sus actividades, siempre que no limite injustificadamente los posibles beneficiarios, pero el desarrollo de dichas actividades (por ejemplo, de carácter cultural) vinculadas a los fines estatutarios, no supone que el desarrollo de tales actividades hayan de calificarse necesariamente de empresariales, hallándonos en el otro extremo cuando la fundación asume la titularidad inmediata de la misma (supuesto de fundación-empresa para Valero Agúndez), ya que la participación en sociedades mercantiles, lo que otorga a las fundaciones es la posición de socio de las mismas.

No deja de producir alguna confusión esta última situación, como señala La Casa (2003: 4), ya que la participación en sociedades puede ser de escasa relevancia, o puede ser mayoritaria o con la condición de socio único, que obliga –ex art. 24.2 LF– a dar cuenta al Protectorado, lo que debilita o anula las fronteras entre desarrollo indirecto y directo de actividades económicas.

Las mismas cuestiones se plantean respecto a la otra organización no lucrativa, de base personal, tradicional que es la asociación, ya que el art. 13 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación (LODA), bajo la rúbrica «régimen de actividades», establece que «las asociaciones deberán realizar las actividades necesarias para el cumplimiento de sus fines, si bien habrán de atenerse a la legislación específica que regule tales actividades». El precepto abre la posibilidad de que las asociaciones desarrollen actividades económicas de las que se obtengan rentas positivas de forma estable, cuyo destino es la realización de los fines colectivos y no el re-

parto entre los asociados, lo que lleva a algunos autores a dar un paso más, y a considerar que una asociación puede tener como actividad principal las económicas (De Salas, Paz-Ares, Marín López), sin reparto de beneficios entre los asociados. Y para La Casa (2003:9), aunque el art. 13.2 LODA no se pronuncia con rotundidad para salvaguardar la índole instrumental de las actividades económicas, no establece ninguna restricción por lo que la actividad empresarial puede desarrollarse por la asociación de modo principal.

El legislador no se pronuncia, en las asociaciones, respecto al modo de desarrollo de las actividades económicas por las mismas, y ni siquiera se refiere expresamente a ellas, pero cabe considerar que entre las actividades que para el cumplimiento de sus fines desarrollan las asociaciones se encuentran las económicas, y que, por analogía con la regulación de las fundaciones, podemos considerar incluidas también las complementarias y accesorias de éstas, e, incluso, que aunque la LODA parece limitarse al desarrollo por gestión directa de tal actividad económica, o empresarial, no hay obstáculo para no considerar la posibilidad de un desarrollo mediato o indirecto de tales actividades mediante participación en sociedades o en otras organizaciones no lucrativas (Martín Romeo, 1996: 388), con la limitación legal de la relación de las actividades societarias con el cumplimiento de los fines asociativos estatutarios, y no meramente como procedimiento de obtención de recursos económicos.

Al haberse promulgado en el año 2002 los estatutos estatales de asociaciones y fundaciones, el de asociaciones en cumplimiento tardío del art.22 CE y el segundo como reforma de la LF de 1994, parece haberse graduado la participación en actividades económicas de ambas instituciones no lucrativas, con una permisibilidad genérica y de perfiles poco definidos en el caso de las asociaciones, como si se tratase de una actividad atípica o marginal de las mismas, mientras que se ha avanzado en un reconocimiento amplio y detallado para las fundaciones, evitando la desnaturalización de sus fines.

Pero la previsión futura es una aproximación gradual en este campo de ambas figuras, y vendrá provocada en parte por el Derecho comunitario, ya que aunque el Tratado de Roma de 1957 excluye en su art. 58 del concepto de sociedad a "las que no persiguen un fin lucrativo", desde el momento que realizan actividades económicas se convierten en operadores privados sometidos a las reglas comunitarias aplicables al resto de operadores económicos (Martín Romeo, 1996:390), y en la Propuesta de Estatuto de Asociación Europea se incluye a las asocia-

ciones y fundaciones como entidades jurídicas españolas que pueden participar en la constitución de esta entidad transnacional (De Salas, 1997: 194-95). Es interesante reseñar como la Propuesta de Estatuto de la Asociación Europea forma parte de la previsión de los tres estatutos europeos de las entidades principales que componen la economía social (asociaciones, cooperativas y mutualidades), habiéndose aprobado y publicado ya el correspondiente al de la sociedad cooperativa europea.

3. El desarrollo directo de las actividades económicas y las empresas de inserción laboral

La actividad económica directa lleva necesariamente a considerar a la fundación como un operador económico del mercado al que puede aplicarse la condición jurídica de empresario. El art. 3.3º 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 (en adelante, LIF) establece que

a los efectos de esta ley, se considera que las entidades sin fines lucrativos desarrollan una explotación económica cuando realicen la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos, o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios. El arrendamiento del patrimonio inmobiliario de la entidad no constituye, a estos efectos, explotación económica.

Por ello en este apartado hay que distinguir varios supuestos, que van desde la realización de actividades por las que cobran parte de los servicios prestados (art.26 LF), hasta la realización de actividades empresariales de manera organizada y regular, y la consideración de la actividad económica desarrollada a través de sociedades, en las que la fundación es socio mayoritario o único.

Ya hemos hecho referencia a la posibilidad y condiciones del cobro de servicios, que era una cuestión debatida por la doctrina antes de la Ley de 1994 y que ha sido resuelta de una forma coherente con el papel asignado a estas organizaciones en nuestra sociedad.

El desarrollo de actividades empresariales sin intermediación de otra persona jurídica plantea de nuevo la posibilidad de existencia, o no, en nuestro ordenamiento de la figura de la "fundación-empresa". El Tribunal Constitucional, en su sentencia 49/1988 (RTC1988,49), al

plantearse la naturaleza jurídica de las Cajas de Ahorro menciona que el concepto de fundación-empresa es un importación de la doctrina alemana, y el debate doctrinal sobre las condiciones y medidas legislativas necesarias para poder incorporarlas a nuestro Derecho, así como su encaje con el concepto de fundación contemplado en el art. 34 CE.

Compartimos con González-Cueto (2003: 196) la opinión de no existir una regulación expresa y acabada de esta modalidad de fundación en la actual Ley, que delimite los perfiles y el sistema de funcionamiento, aunque, como mostró Valero Agúndez, puede construirse desde las disposiciones estatutarias. En este caso, como expresa Lucía Linares (1998: 288), se conectan “las consecuencias patrimoniales de la empresa con la fundación y la intención de la fundación de intentar obtener rendimientos de su actividad mercantil”. Si la fundación se considera como empresario, estará sometida a las normas sobre contabilidad mercantil, además de otras obligaciones formales, y plantea el problema de su inscripción en el Registro Mercantil.

Las fundaciones se inscriben en el correspondiente Registro de régimen administrativo, de efectos jurídico-privados, constitutivo y con efectos de publicidad frente a terceros (arts. 4, 36 y 37 LF), pero no se ha previsto su inscripción, ni siquiera con el carácter de potestativa, como comerciantes en el Registro Mercantil, no la contempla el Reglamento del Registro Mercantil, y se ha rechazado la inscripción de la entidades no contempladas en el mismo, como en el caso de las sociedades civiles sin formalización mercantil, pese a los deseos de una gran parte de la doctrina de convertir el Registro Mercantil en el Registro de referencia de todas las formas jurídicas de organización que actúen en el tráfico.

También hay que estudiar las consecuencias en los supuestos de insolvencia patrimonial de la fundación-empresa, y hay una mención expresa en el art. 24.1 LF a la sumisión “a las normas reguladoras de la defensa de la competencia”. Esta cautela tiene, para González Cueto (2003: 198), la finalidad de garantizar que las fundaciones actúen como un operador más en el mercado, y “no se aprovechen de un régimen jurídico y fiscal favorable y generoso para competir con ventaja en el mercado que les corresponda, pudiéndose así imponer al resto de operadores económicos”.

Las dos menciones, la legal y la doctrinal, merecen necesariamente un comentario crítico. La mención legal por innecesaria, y perturbadora la califica también La Casa (2003: 7) al no hacer referencia a la nor-

mativa sobre competencia desleal, pues ya Lucía Linares (1998: 246) señalaba bajo la Ley de 1994 que “tanto las fundaciones comerciantes como las no comerciantes, estarán obligadas a respetar las normas que prohíben la competencia desleal y la realización de prácticas restrictivas de la competencia o de abuso de posición dominante”². Y la doctrinal porque trabaja sobre un prejuicio de desconfianza hacia las organizaciones no lucrativas, como anteriormente se mantuvo con las cooperativas, al entender que su estatuto peculiar, y su régimen fiscal favorable, es sospechoso de encubrir otras actividades empresariales con fines fraudulentos, lo que es contradictorio con el criterio de un reforzamiento de la autonomía organizacional y funcional de estas entidades, con controles jurídicos como la aplicación del “levantamiento del velo” a las entidades fraudulentas, y administrativos y fiscales ligados al cumplimiento de los fines fundacionales, como los señalados en la Ley 49/2002 LIF, que condiciona el régimen fiscal especial (art. 14) al cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 3 LIF.

Queda por fijar la delimitación de lo que se consideran actividades “complementarias o accesorias” de las “actividades económicas cuyo objeto esté relacionado con los fines fundacionales” (art. 24.1 LF).

El art. 3.3 del Real Decreto 765/1995, de 5 de mayo, por el que se regula determinadas cuestiones del régimen de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general, establece que “existe coincidencia con el objeto o fin de la entidad en las actividades accesorias o subordinadas, vinculadas a la realización de la actividad principal”, y por tanto procede la exención de los rendimientos derivados de la explotación económica.

En sus informes preceptivos, tanto el Consejo de Estado como el Consejo Económico y Social coincidieron en que debía precisarse la re-

² En las págs. 247 y ss. analiza la autora el art.2 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad; el art.17 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y el art. 3 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, para concluir que se aplican a cualquier persona física o jurídica que actúe en el mercado, y se detiene en la Resolución de 10 de julio de 1990 del Tribunal de Defensa de la Competencia, que analiza si unos sanatorios regidos por Órdenes religiosas son empresas a los efectos de aplicación de esta legislación, resolviendo en sentido positivo, con apoyo en la doctrina de interpretación del Derecho comunitario europeo, al establecer que el derecho de competencia es de aplicación a todos los operadores económicos, cualquiera que sea su estatuto jurídico, “tengan o no fines de lucro, y cualquiera que sea su campo de actividad. Es necesario y suficiente que realicen una actividad económica autónoma, entendiendo por ello cualquier actividad de producción o intercambio no gratuito de bienes o de servicios”.

lación de accesoriedad, ya que la complementariedad se añadió en la tramitación parlamentaria, con el propósito de alcanzar mejor los fines fundacionales (La Casa, 2003: 5). Concretamente, el Dictamen del Consejo Económico y Social (2/2002) indica la valoración positiva "para desarrollar actividades económicas", pero "considera conveniente clarificar que las actividades accesorias a las que alude el primer párrafo del apartado 1 son aquellas que se dirigen a la mejora de la gestión del patrimonio y de las actividades principales de la fundación".

Para La Casa (2003: 5) esta mención explícita introduce restricciones que no se contemplaban en el régimen precedente, en el que se deducía una cierta libertad no sometida a condiciones específicas, y a González Cueto (2003: 198) le resulta difícil acotar las actividades complementarias o accesorias de las principales salvo por vía de ejemplo. De Salas (1999: 301-302) trata de el problema respecto a la cuestión de la posible accesoriedad de las actividades económicas de las asociaciones, y entiende que la "accesoriedad" puede tener dos interpretaciones: "a) en términos de importancia o relevancia, de modo que una actividad accesorias, sería una actividad de poca entidad o importancia y de tipo ocasional; b) en términos de instrumentalidad: actividad que no es importante en sí misma, sino en tanto que facilita el desempeño de otra actividad".

En definitiva, se determinan unas actividades económicas principales cuyo objeto viene relacionado directamente con los fines fundacionales, y en el desarrollo de estas actividades puede surgir la necesidad o conveniencia de realizar otras actividades, relacionadas con la principal, que redundan en una mayor eficacia en la gestión o en unos mayores rendimientos para la fundación, sin requerir, por su entidad, un gran esfuerzo en recursos económicos y/o humanos de la organización, y sin tener una autonomía funcional, o al menos patrimonial, propia.

Vinculando la realización directa de actividades económicas por las fundaciones con la interconexión en el desarrollo de tales actividades entre diversas organizaciones de la economía social, queríamos plantear esta interrelación, en un ejemplo concreto, con las denominadas empresas de inserción laboral o sociolaboral.

Según Jorge Coque y Edmundo Pérez (2000: 60), al tratar de las empresas de inserción (EIS) nos referimos a

organizaciones cuyo objetivo primordial es la integración sociolaboral de personas con especiales dificultades en este sentido, las cuales son incluidas para ello en la plantilla. Son empresas, esto es, sujetos de actividad económica, que adquieren factores para

producir bienes o servicios y venderlos. No se dedican principalmente a la formación ni a proporcionar asistencia social a sus miembros sino a actividades comerciales que generen beneficios. No tienen exclusivamente trabajadores marginales sino que deben combinar profesionales con dificultades de integración con otros normalizados y de alta productividad, cuyo fin es servir de referencia y dotar de solidez a la organización. La formación, elemento fundamental en la inserción, se desarrolla en la práctica laboral, práctica que respeta los principios de la gestión participativa. Además, es habitual que establezcan límites a las diferencias salariales con el objetivo de generar un ambiente interno relativamente igualitario y minimizar los costes laborales.

Y López-Araguren (2002: 158) añade que “todas las EI están promovidas y tuteladas por una entidad pública y privada sin ánimo de lucro (entidades promotoras) y son parte del modelo de intervención social de estas entidades, así se constituyen en estructuras permanentes de inserción sociolaboral. Sin entidades promotoras no existirían EI”³.

No existe un marco legislativo estatal de estas empresas, y han sido varias las propuestas legislativas frustradas, y sólo se recogieron algunas medidas de fomento de empleo en la Disposición adicional novena de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el Incremento del Empleo y la Mejora de su calidad⁴.

Sí contamos ya, sin embargo, con legislación autonómica, y la Ley del Parlamento de Cataluña 27/2002, de 20 de diciembre, de Medidas Legislativas para Regular las Empresas de Inserción Sociolaboral (BOE nº 14, de 16 de enero de 2003), define la empresa de inserción como “aquella que sea calificada como tal, que lleve a cabo cualquier actividad económica de producción de bienes o de prestación de servicios y

³ Además de las obras de los autores citados, es muy aprovechable el monográfico de *Documentación Social* (formado por los núms. 117 [octubre-diciembre, 1999] y 118 [enero-marzo, 2000]) titulado “Las empresas de inserción a debate. Economía Social e Inserción por lo Económico”. José Ramón González escribe también un artículo de síntesis sobre las empresas de inserción como participación en este mismo número extraordinario de *Acciones e Investigaciones Sociales*.

⁴ Puede verse la relación y evolución de propuestas legislativas y la crítica a la situación actual especialmente en Salinas Ramos, Francisco (coord.), *La evolución del Tercer Sector hacia la Empresa Social. Estudio cualitativo*, Madrid, Plataforma para la promoción del voluntariado en España, 2001, págs. 80 y ss., y López Aranguren (2002:204 y ss.).

cuyo objeto social tenga como finalidad primordial la integración socio-laboral de personas en situación o grave riesgo de exclusión” (art. 3).

Anteriormente, el Decreto 33/2002, de 5 de febrero, del Gobierno de Aragón, por el que se regulan las Empresas de Inserción Laboral (BOA de 15 de febrero), ya introdujo un concepto, también descriptivo, más minucioso (art. 3.1):

Las Empresas de Inserción Laboral (EIL) son aquéllas que, realizando un trabajo productivo y participando regularmente en las operaciones de mercado a través de la producción de bienes o la prestación de servicios, tienen como fin primordial de su objeto social la integración socioprofesional de personas en situación o amenaza de exclusión social y excluidas, por tanto, de los circuitos tradicionales de empleo, proporcionándoles un trabajo remunerado y la formación y el acompañamiento necesarios para mejorar sus condiciones de ocupabilidad y facilitar su acceso al mercado laboral ordinario.

En ambos textos legales se señala como las entidades promotoras han de ser entidades de derecho público y entidades de derecho privado sin ánimo de lucro, que persigan la integración social de personas desfavorecidas o de colectivos amenazados de exclusión social, que se responsabilizan de la promoción y participación mayoritaria (más del 51 por 100 del capital social) de dichas empresas de inserción. La participación es mayoritaria en el caso de sociedades mercantiles, requisito que se exceptúa en Aragón para las sociedades cooperativas de trabajo asociado de iniciativa social y sociedades laborales, y en Cataluña, debido a la diferente legislación autonómica sobre cooperativas, exclusivamente para las sociedades laborales.

Según datos aportados por López-Aranguren, extraídos de un estudio de Cáritas de 1999 de ámbito estatal, el 36% de las EIS se mantienen en el seno de la entidad promotora (fundaciones y asociaciones), el 28% está en la economía sumergida, el 18% son cooperativas, el 15% son sociedades limitadas, y el 3% responden al apartado “otras”, sin especificar. En la Comunidad de Madrid un 75% eran sociedades limitadas y el resto fundaciones y asociaciones. En Aragón, por los datos proporcionados por la Asociación Aragonesa de Empresas de Inserción (AREI), aunque se cuenta ya también con los datos registrales del Instituto Aragonés de Empleo (INAEM), predomina también la forma de sociedad limitada, aunque algunas siguen desarrollando su actividad, sin diferenciación, en la organización promotora, y otras adoptaron la forma de sociedades cooperativas y sociedades civiles.

La cuestión que se plantea con relación a la participación de una fundación en una empresa de inserción es si responde a la realización de una actividad directa o indirecta, de acuerdo con el art. 24 LF. La respuesta es obvia en el caso de la EIS sin diferenciación de personalidad jurídica con la fundación promotora, pero, como hemos visto, la regulación autonómica citada se cuida de definir como entidades jurídicas distintas las organizaciones promotoras y las empresas de inserción.

La participación en sociedades, incluyendo por tanto las sociedades laborales y sociedades cooperativas, está prevista en el segundo párrafo del art.24.1 LF, que se refiere a "cualesquiera actividades económicas", pero, en este caso, el desarrollo directo o indirecto de las actividades se califica más por la identidad o proximidad a los fines fundacionales que por el grado de participación en determinadas sociedades. En este sentido La Casa (2003: 6) señala que el ejercicio directo de las actividades económicas no puede estar restringido a las fundaciones funcionales, y añade que del art. 24.1 LF "no se desprende la exigencia de que el desarrollo de una concreta actividad económica constituya necesariamente el fin fundacional, sino que basta con la existencia de una conexión entre el fin fundacional, sino que basta con la existencia de una conexión entre el fin fundacional y la actividad que se lleva a cabo, de modo que ésta no pueda reputarse por completo ajena a aquél".

En auxilio de este criterio viene el art. 3.3º LIF al señalar que se considerarán entidades sin fines lucrativos a efectos fiscales, siempre que "la actividad realizada no consista en el desarrollo de explotaciones económicas ajenas a su objeto o finalidad estatutaria", valorándose esta actividad ajena en un máximo de un 40% del total de los ingresos totales de un ejercicio. En el art. 42.2 LF 1994, no se consideraban entidades sin fines lucrativos aquellas cuya actividad principal consistiera en la realización de actividades mercantiles, y el RD 765/1995, en su art. 3º, exigía –junto a la solicitud de la exención dirigida a la Administración Tributaria– una memoria "en la que se explique y justifique que las explotaciones para las que solicita la exención coinciden con el objeto o fin de la entidad".

La coincidencia con el objeto o fin de la entidad es sencilla en el caso de las fundaciones ya que el art. 3.1 LF comprende como fines de interés general los de "fomento de la economía social" y "de promoción y atención a las personas en riesgo de exclusión por razones físicas, sociales o culturales" (concordante con art. 3.1 LIF), y la Ley

catalana de empresas de inserción incluye como requisito de las entidades promotoras que el “objeto social incluya la inserción social de personas especialmente desfavorecidas”, y el Decreto aragonés, art. 4 c), que las empresas de inserción tengan “como fin primordial de su objeto social, la integración sociolaboral de personas en riesgo o situación de exclusión social y con graves dificultades de acceso al mercado de trabajo”.

Como primera conclusión cabe señalar que las fundaciones podrán desarrollar actividades económicas mediante la participación, incluso mayoritaria, en sociedades laborales y sociedades cooperativas, si la correspondiente legislación cooperativa autonómica lo permite, que se considerará realización directa de tales actividades si existe una coincidencia o relación con los fines fundacionales, por lo que el art. 24.1 LF es de aplicación también, en la “participación en sociedades”, a las sociedades laborales y cooperativas.

4. Actividades económicas indirectas y participación en sociedades cooperativas

Con estos precedentes, para deslindar entre realización de actividades directamente o indirectamente por las fundaciones, no nos sirve la distinción entre fundación funcional (o fundación-empresa) y fundación dotacional, que invierte fondos en acciones o participaciones en sociedades para destinar los beneficios obtenidos a atender los fines fundacionales. A este último criterio parecen responder los apartados 2º y 3º del art. 24 LF, que entremezcla dos cuestiones: la posibilidad concedida a las fundaciones de realizar cualesquiera actividades económicas, tengan o no relación con los fines fundacionales, y la responsabilidad derivada de la realización de tales actividades.

La fundación, señala Lucía Linares (1998: 261 y 265), responde de sus deudas con todo su patrimonio, de forma tan ilimitada como las personas físicas, de conformidad con el art. 1911 Cc, y sin embargo parece que el legislador está pensando que la responsabilidad de la fundación está limitada de algún modo, porque sino resulta contradictorio que pueda realizar directamente actividades económicas, y que se impongan cautelas en la participación en sociedades, limitándolas a aquéllas en las que no se responda personalmente de las deudas sociales, y sólo en la medida de la aportación patrimonial.

A Martínez Lafuente (1995: 113) los requisitos establecidos en el art. 22 LF 1994 le parecían que estaban redactados con cierta indeterminación tanto sustancial como formal, y que

la titularidad coadyuvante de las participaciones en relación con los fines de la fundación parece apuntar, en principio a una especial sintonía entre el objeto social de la sociedad mercantil y los fines a acometer por el Ente fundacional; pero de ser cierto este enfoque, es evidente que la prolongación del fin fundacional hasta el fin societario puede ofrecer singulares matices sobre los que no pueden ofrecer soluciones apriorísticas.

La doctrina señaló la contradicción entre los dos primeros apartados del art. 22 LF 1994, ya que por una parte prohíbe que puedan tener participación en sociedades mercantiles en las que deban responder personalmente de las deudas sociales, aunque en el segundo apartado se admite que formen parte de la dotación participaciones en sociedades con responsabilidad personal, aunque obligando a su transformación (Martín Romeo, 1996: 379). Para Lucía Linares (1998: 265-267) lo establecido en la norma es una cautela inútil, y “en definitiva, la ley tiene importantes lagunas, y el intérprete no acaba de encajar todo el entramado de cautelas ingenieras para protección del patrimonio fundacional con la posibilidad de ejercicio libre de la actividad mercantil, ni tampoco se entiende el criterio seguido por el legislador para configurar el elenco de actos potencialmente dañosos del patrimonio fundacional que deben ser sometidos al visto bueno del Protectorado”.

El art. 22.3 LF 1994 se ha transformado en el art. 24.2 LF 2002, y el art. 22. 1 y 2 LF 1994, en el art. 24.3 LF 2002. Se ha añadido en el primer caso que la participación ha de ser en sociedades “mercantiles” en las que no se responde personalmente de las deudas sociales, y en el segundo caso, que la participación en sociedades en las que se responde personalmente de las deudas sociales, bien por formar parte de la dotación inicial o en un momento posterior, obliga a enajenar dicha participación o a la transformación, tal como se exigía ya en la LF 1994, en sociedades en las que quede limitada la responsabilidad de la fundación.

No vamos a analizar el contenido de estos apartados, sino que vamos a centrarnos en si se puede colegir de la letra y el espíritu de los mismos la posible participación en sociedades cooperativas, ya que la participación en sociedades laborales no debe plantear obstáculos al adoptar la forma de sociedades limitadas o anónimas, que son siempre mercantiles por la forma adoptada.

La cuestión parecería ya resuelta, al haber comprobado que existe legislación autonómica que permite la participación, a veces mayoritaria, de las fundaciones en sociedades cooperativas como forma de empresa de inserción. También, de acuerdo con la disposición final primera, el art. 24 LF es de aplicación exclusivamente a las fundaciones de competencia estatal, por lo que cabe regulación distinta por las Comunidades Autónomas, pero queda la duda, originada especialmente por el art. 24.2 LF, de si se permite, con carácter general la participación, minoritaria y mayoritaria, de las fundaciones en las sociedades cooperativas, ya que desde la LF de 1994 se refiere explícitamente a sociedades “mercantiles”, y en otros casos excluye a sociedades en las que se debe responder personalmente de las deudas sociales.

Este último requisito es de fácil resolución, ya que la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas establece en su art. 15.3 que “la responsabilidad del socio por las deudas sociales estará limitada a las aportaciones al capital social que hubiera suscrito, estén o no desembolsadas en su totalidad”, pueden ser socios de una cooperativa tanto las personas físicas como jurídicas, públicas y privadas (art. 12.1), y el art. 45.6 establece que las entidades sin ánimo de lucro podrán aportar más allá del límite general de un tercio del capital social, según dispongan los Estatutos o acuerde la Asamblea General. En la Ley 9/1998, de 22 de diciembre, de Cooperativas de Aragón, se establecen mayores restricciones, ya que en el art.47 se establece que los socios no responderán personalmente de las deudas sociales, “salvo disposición en contrario de los Estatutos”, pueden ser socios, en las cooperativas de primer grado, las personas jurídicas, públicas o privadas, “siempre que el objeto social de éstas no sea incompatible con el de la cooperativa ni con los principios cooperativos” (art. 16.1), y el art. 48.4 limita a un tercio el importe total de las aportaciones de cada socio al capital social, salvo que se trate de sociedades cooperativas.

Por tanto, el escollo para la total aplicación del art. 24 LF incluyendo a las sociedades cooperativas es el adjetivo de “mercantiles” aplicado a la participación en sociedades en el apartado segundo, ya que en el resto del artículo se habla genéricamente de “sociedades”. Y en esta mención genérica del art. 24.1 LF 2002 centra González Cueto (2003: 198-99) la ampliación que observa respecto al art. 22 LF 1994, ya que le “llama la atención especialmente que la referencia no se haga a «sociedades mercantiles», sino sólo a «sociedades». Se trata –sigue diciendo– así de englobar también en el concepto la participación en sociedades que no cabe calificar fácilmente de mercantiles, como son las cooperativas o, incluso, de incluir a las sociedades civiles”.

Podemos pensar que el concepto de “sociedades mercantiles” se utilizaba en sentido amplio ya en la LF 1994, pero Lucía Linares (1998: 264) y Martín Romeo (1996:382) se detienen expresamente a analizar esta cuestión en las “sociedades de la Economía Social” con respuesta positiva siempre que tengan limitada la responsabilidad de los socios. Y en la legislación autonómica de fundaciones, la Ley 12/1994, de 17 de junio, del País Vasco, incluyó una referencia expresa en el art. 25 que subrayamos:

1. La fundación podrá realizar, por sí misma, actividades mercantiles o industriales cuando éstas tengan relación con los fines fundacionales o estén al servicio de los mismos.
2. En todos los demás supuestos deberá realizar dichas actividades a través de sociedades, *incluidas las de economía social*, que tengan limitada la responsabilidad de sus socios.

Y el art.20.3 de la Ley 8/1988, de 9 de diciembre, de la Comunidad Valenciana utiliza la expresión amplia de su realización “a través de cualquier tipo de sociedad que tenga limitada la responsabilidad de sus socios”.

Es evidente que el legislador estatal se atiene a un criterio estricto de sociedades mercantiles, ya que sigue rigiendo el concepto de empresas mutualísticas del art.124 Cco (Vicent Chuliá, 2001:558) y el reparto competencial derivado de la Constitución, y es un tema, el de la posible mercantilidad de las sociedades cooperativas, que ha originado posturas enfrentadas (Cabanas Trejo, R. y Navarro Viñuales, J.M., 1996:414 y ss.), que podría dividirse en una doble naturaleza societaria, civil (cuando mantiene la estricta mutualidad) y mercantil (cuando actúa con terceros, en y para el mercado) (Martínez Segovia, 2001: 70 y ss);o como dice la STS de 24 de enero de 1990, “puede calificarse a las sociedades cooperativas como empresarios sociales, tengan o no un fin lucrativo, alcanzándoles, ciertamente, muchas disposiciones mercantiles, que han de ser respetadas por el legislador autonómico, según mandato constitucional (art. 149.6ª CE)”.

En definitiva, preferimos que se considere que las cooperativas y sociedades laborales como componentes de un nuevo sector del ordenamiento jurídico, el Derecho de la Economía Social, que “vehiculiza la constitucionalmente debida intervención del Estado en la vida económica a través de una singular actividad empresarial «funcionalizada» a un objetivo de interés general” (A. Cano, 2002: 99), con vinculaciones con las organizaciones no lucrativas (fundaciones y

asociaciones) como muestran los proyectos de estatutos comunitarios de entidades de economía social, y facilita la interrelación y colaboración entre organizaciones y sectores de la economía social.

Por ello es complejo articular una participación de fundaciones en sociedades cooperativas con el fin exclusivo de obtener beneficios para reinvertirlos en los fines fundacionales, ya que las cooperativas también satisfacen “necesidades y aspiraciones económicas y sociales” (art. 1.1 Ley 27/1999) de interés general, creando incluso nuevas clases de cooperativas “sin ánimo de lucro” como las de iniciativa social (art.106) que convergen en demandas sociales no cubiertas por el mercado.

Una interpretación finalista del art. 24 LF lleva a concluir que las fundaciones pueden participar en las sociedades cooperativas para el desarrollo indirecto de sus actividades, salvado el obstáculo de la referencia literal a las sociedades mercantiles con una interpretación no restrictiva, pero que también favorecen la confluencia de la realización de actividades económicas de las fundaciones y la obtención de recursos con el cumplimiento de los fines fundacionales sin necesidad de separar radicalmente actividades económicas y realización de los fines de interés general.

Bibliografía

- CABANAS TREJO, R. y NAVARRO VIÑUALES, J. M. (1996): «Las cooperativas. Disposiciones generales», *Comunidades de bienes, cooperativas y otras formas de empresa, I*. Consejo General del Notariado. Madrid, pp. 407-453.
- CANO LÓPEZ, A.(2002): *Teoría Jurídica de la Economía Social. La sociedad laboral: una forma jurídica de empresa de economía social*. Consejo Económico y Social. Madrid.
- COQUE MARTÍNEZ, J. y PÉREZ FERNÁNDEZ, E. (2000): *Manual de creación y gestión de empresas de inserción social*. Universidad de Oviedo, Servicio de Publicaciones. Oviedo.
- CUSCÓ, M. y CUNILLERA, M. (2003): *Comentarios a la nueva Ley de Fundaciones. Ley 50/2002, de 20 de diciembre*. DIJUSA. Madrid.
- DE SALAS MURILLO, S. (1997): «Notas sobre el Estatuto de la Asociación Europea», *Actualidad civil*, 9, pp.183-201.

- DE SALAS MURILLO, S. (1999): *Las asociaciones sin ánimo de lucro en el Derecho español*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid.
- GONZÁLEZ CUETO, T. (2003): *Comentarios a la Ley de Fundaciones. Ley 50/2002, de 26 de diciembre*. Aranzadi. Pamplona.
- HERRERO MALLOL, C. (2003): *Comentarios a la Ley 49/2002, de Régimen Fiscal de las Entidades sin Fines Lucrativos y de los Incentivos Fiscales al Mecenazgo*, Aranzadi. Pamplona.
- LA CASA GARCÍA, R. (2003): «El ejercicio de actividades económicas por fundaciones y asociaciones», *Derecho de los negocios*, 153, pp. 1-20.
- LINARES ANDRÉS, L.(1998): *Las fundaciones. Patrimonio, funcionamiento y actividades*, Tirant lo Blanch. Valencia.
- LÓPEZ-ARANGUREN MARCOS, L.M.(2002): *Las Empresas de Inserción en España. Un marco de aprendizaje para la inserción laboral*. Consejo Económico y Social de España.Madrid.
- MARTÍN ROMEO, J.C. (1996): «La fundación como forma de empresa», *Comunidades de bienes, cooperativas y otras formas de empresa, I*. Consejo General del Notariado. Madrid, pp. 359-393.
- MARTÍNEZ LAFUENTE, A. (1995): *Fundaciones y Mecenazgo. Análisis jurídico-Tributario de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre*. Aranzadi. Pamplona.
- MARTÍNEZ SEGOVIA, F.J. (2001): «Sobre el concepto jurídico de cooperativa», en MOYANO FUENTES, J. (coord.), et alii, *La sociedad cooperativa: un análisis de sus características societarias y empresariales*. Universidad de Jaén. Jaén, pp. 39-76.
- MORILLO GONZÁLEZ, F. (2001): *La fundación: concepto y elementos esenciales*. Tecnos. Madrid.
- MORILLO GONZÁLEZ, F. (2003): *El proceso de creación de una fundación*. Aranzadi. Pamplona (2ª ed.).
- PIÑAR MAÑAS, J. L. y OLMOS VICENTE, I. (dir.) (1997): *Las Fundaciones. Desarrollo reglamentario de la Ley*. Fundación Alfonso Martín Escudero y Dykinson. Madrid.
- RUIZ OJEDA, A.(coord.)(1999): *Manual de Fundaciones*. Forum Galicia de Estudios Sociales y Civitas. Madrid.
- SALINAS RAMOS, F. (coord.) (2001): *La evolución del Tercer Sector hacia la Empresa Social. Estudio cualitativo*.

- Plataforma para la promoción del voluntariado en España.
Madrid.
- VALERO AGÚNDEZ, U. (1969): *La Fundación como forma de Empresa*. Universidad de Valladolid. Valladolid. Secretariado de Publicaciones.
- VICENT CHULIÁ, F. (2001): *Introducción al Derecho Mercantil*. Tirant lo Blanch. Valencia (14ª ed.).