

La presencia de las fundaciones en los grupos de empresas grandes

Antonio J. López Expósito

Resumen: En ocasiones, podemos encontrar en el seno de los grupos de empresas a fundaciones, incluso en su cabecera o vértice. Sin perjuicio de los elementos que, a priori, separan a las fundaciones, que persiguen fines de interés de general y carecen de ánimo de lucro, de la actividad económica, podemos identificar situaciones en las que, de un tiempo a esta parte, algunas fundaciones se han convertido en operadores económicos de primer orden. Pretendemos, con este artículo, realizar una aproximación general a dicho fenómeno en el que las fundaciones, bien de forma directa o indirecta, realizan una actividad económica, dejando, asimismo, apuntada la figura de las fundaciones corporativas constituidas por las empresas.

Palabras clave: Grupo de sociedades; empresas; fundaciones.

Códigos JEL: F23; G34; L22; M16.

La concentración empresarial ha representado la más importante estrategia de las modernas organizaciones productivas, originando la formación de los grupos de empresas. Así, el día a día nos muestra la constante presencia de los grupos de sociedades en la vida económica, ya que con esta opción organizativa los operadores económicos pretenden mejorar su capacidad competitiva, en atención a las diversas ventajas y sinergias que ofrece dicha realidad en los ámbitos financiero, productivo, tecnológico o laboral, entre otros.

A nadie escapa, pues, la importancia de los grupos de empresas dentro del comercio mundial, en el marco del libre mercado, como actores fundamentales para el crecimiento económico y la creación de puestos de trabajo, unificando sus fines y propósitos en aras a un objetivo común: maximizar el beneficio de su actividad y ampliar su espectro de mercado, para así dar una más ágil y eficaz respuesta a las exigencias de un mercado cada vez más global y cambiante.

Como sabemos, en el ámbito de estas “empresas policorporativas” emerge la posible contradicción entre el interés del grupo como tal y los intereses de cada una de las empresas que lo conforman, conflicto que es característica fundamental en las situaciones de grupos y causa de su complejidad y de la dificultad de su regulación normativa.

Lo más frecuente es que el citado fenómeno grupal afecte a sociedades mercantiles, pero, como apuntamos en otra ocasión¹, igualmente, es posible que, en la práctica, formen parte de estos grupos entidades jurídicamente ajenas, en principio, al terreno mercantil como las fundaciones.

Aunque en la vida económica no son pocos los ejemplos de grupos de empresas con presencia de fundaciones, no es menos cierto que los elementos que caracterizan a unas entidades y otras son, cuanto menos, discordantes, ya que el mundo empresarial va asociado a la idea del incremento del beneficio de un

negocio y, sin embargo, las fundaciones se nos presentan, con carácter general, como unas organizaciones, en principio, ajenas a la actividad empresarial por el hecho de perseguir fines de interés general y por carecer de ánimo de lucro².

En líneas generales, podemos distinguir entre dos modalidades de ejercicio de actividades económicas por fundaciones, en función de que dichas actividades se lleven a cabo de forma directa por la fundación (“fundación-empresa”) o que, de otro modo, la fundación intervenga en el mundo empresarial por medio de su participación en una sociedad (“fundación con empresa”)³.

A este respecto, son muy pocos los ordenamientos jurídicos que han regulado el ejercicio de actividades empresariales por fundaciones. En España, merced a la Ley de Fundaciones, se permite que las fundaciones puedan, de forma directa, desarrollar actividades económicas cuyo objeto esté relacionado con los fines fundacionales o sean complementarias o accesorias de las mismas, todo ello en base al principio de libertad de empresa consagrado en nuestra Carta Magna.

Por debajo de todo esto subyace la idea de que el cumplimiento de los fines sociales en ocasiones no es posible, únicamente, con el patrimonio aportado por el fundador, sino que necesita de otras fuentes de financiación. En esta línea, podemos decir que, en los últimos años, ha ido ganando un mayor peso relativo

¹ López Expósito (2017), pág. 87.

² En España, la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, regula el fenómeno fundacional como cauce a través del cual la sociedad civil coadyuva con los poderes públicos en la consecución de fines de interés general. En este sentido, nuestro Tribunal Constitucional (STC 18/1984, de 7 de febrero, entre otras) ha apuntado que una de las notas características del Estado social de Derecho es que los intereses generales se definen a través de una interacción entre el Estado y los agentes sociales, y que esta interpenetración entre lo público y lo privado trasciende también al campo de lo organizativo, en donde, como es fácil entender las fundaciones desempeñan un papel de primera magnitud.

³ A mayor abundamiento, vid. Embid Irujo, 2010.

la financiación de las fundaciones a través de la prestación de servicios, especialmente durante el período de la gran crisis económica y financiera desencadenada en 2008, en el cual las donaciones en todas sus categorías, especialmente las subvenciones públicas, se vieron afectadas, lo que impulsó al tejido fundacional a incrementar su actividad económica con el fin de mantener un nivel razonable de ingresos con los que dar cumplimiento a sus fines fundacionales.

Por otro lado, las fundaciones españolas pueden intervenir en cualquier actividad económica, de forma indirecta, a través de su participación en sociedades, sin que la actividad empresarial deba estar relacionada con los fines de la Fundación, con la única limitación de que no se responda personalmente por las deudas sociales. De hecho, la licitud de la integración de una fundación en grupos de sociedades lo prueba el expreso reconocimiento, que hace la normativa aplicable, de la contabilidad consolidada de los grupos encabezados por una fundación. De esta forma, nada impide que una fundación española se sitúe en la cima de un auténtico grupo de empresas, bajo su control.

No obstante, no faltan las voces (como Hernando Cebriá, 2011) que apuntan que la realización del fin general debe situarse como la clave de bóveda de la arquitectura jurídica de la fundación como dominante de un grupo, y que tal interés debe permanecer incólume frente a otros intereses como socio, lo cual pone de manifiesto el legislador exigiendo la limitación de su responsabilidad.

Dentro de las grandes multinacionales españolas, encontramos algún ejemplo de grupos controlados por una fundación, como es el caso de “Mapfre, S.A.” cuyo accionista de control es la “Fundación Mapfre” que cuenta con el 67% de los derechos de voto de la referida mercantil. No menos relevante es el ejemplo de “El Corte Inglés, S.A.”, mercantil en la que la “Fundación Ramón Areces” tiene una participación significativa en su capital cercana al 40%, y que, recientemente, ha cobrado actualidad debido a las tensiones vividas entre los accionistas de la citada mercantil en torno a la sustitución de su presidente.

En España, merecen una especial mención las fundaciones bancarias, figura novedosa introducida en nuestro ordenamiento jurídico, por mor de la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias⁴.

Herederas de la actividad de las cajas de ahorros⁵, las fundaciones bancarias, que tienen una finalidad social, orientan su actividad principal a la atención y desarrollo de la obra social y a la adecuada gestión de su participación en una entidad de crédito⁶. En la

práctica, tenemos, pues, a fundaciones situadas en la cabecera de grupos bancarios, con participaciones de control, en algunos casos, o significativas, en otros, de entidades de crédito, en algunos casos cotizadas, con la complejidad que ello comporta; aflorando esa dualidad presente en dichas fundaciones en virtud de la que, por un lado, tienen un fin social que atender, y, por otro, son propietarias de participaciones en entidades de crédito, cuyo dividendo constituye su principal fuente de financiación con la que atender debidamente sus actividades y obra social.

Asimismo, resulta destacable que aquellas fundaciones que posean un determinado nivel de participación en la entidad de crédito, tienen atribuidas por ley una serie de obligaciones en torno a la gestión de su participación financiera⁷, estando sujetas al control del Banco de España a efectos de valoración de la influencia de la fundación en la gestión sana y prudente de la entidad de crédito. Así pues, nos encontramos ante una situación bastante novedosa, en la que a un sujeto, sin ánimo de lucro, “se le coloca” una entidad de crédito bajo su manto, en la que, por un lado, debiera procurar obtener la obtención de un dividendo adecuado para la financiación y subsistencia de la propia fundación y, por otro lado, la ley le impone una serie de obligaciones en cuanto a la gestión de su participación, entre otras, la prohibición de poder situar en el Consejo de Administración de la entidad participada a un miembro de su Patronato, precepto que altera las normas del Derecho societario y que se contraponen a las tradicionales situaciones de grupos de control.

Ya en el plano internacional, encontramos casos de sociedades cotizadas controladas por una fundación, por ejemplo, en los países nórdicos, donde compañías como “Heineken” o “Carlsberg” están bajo el control de fundaciones a las que los fundadores, aprovechando la flexibilidad del régimen jurídico de las fundaciones en esos países, aportan sus acciones.

En Suecia, hace unos años, una investigación periodística obligó al fundador de “Ikea” a reconocer que controlaba el grupo a través de una fundación en Liechtenstein, controlada por su familia. Dicha fundación es la dueña de los derechos de cada producto que vende la multinacional sueca. Por otro lado, las tiendas de la referida firma, según los datos publicados, están en manos de una Fundación domiciliada en los Países Bajos.

Igualmente, de todos es conocido como Mark Zuckerberg y su mujer, Priscilla Chan, donaron sus acciones en “Facebook” para la creación de una

forma directa o indirecta, al menos, un 10% del capital o de los derechos de voto de la entidad, o que le permita nombrar o destituir algún miembro de su órgano de administración de la entidad participada.

⁷ Las fundaciones bancarias que posean una participación igual o superior al 30% del capital de la entidad de crédito, o que les permita el control de la misma, deben elaborar un protocolo de gestión financiera y un plan financiero anual, con el contenido dispuesto por la normativa aplicable.

⁴ Véase al respecto López y Narváez, 2014.

⁵ Domínguez Martínez (2011) subraya la singularidad de las cajas de ahorros como instituciones financieras que “impide encontrar un paralelismo exacto en otras formas jurídicas existentes en el mundo empresarial e institucional”.

⁶ Se entiende por fundación bancaria aquella que mantenga una participación en una entidad de crédito que alcance, de

entidad con fines sociales⁸, no sin antes dejar claro que seguirá siendo el CEO de la compañía durante “muchos años”. Es inevitable no relacionar esta iniciativa con la que, desde hace años, lleva a cabo “Bill & Melinda Gates Foundation”.

Y es que el mecenazgo y el uso de las fortunas para bienes sociales o culturales lleva presente en la civilización humana desde la misma Antigüedad, y en la época contemporánea se ha prodigado, especialmente, en el mundo anglosajón, sobre todo en Estados Unidos. En este contexto, el matrimonio Gates y Warren Buffet lanzaron, en 2010, la campaña “The Giving Pledge” (el compromiso de dar), a la que se ha venido sumando un creciente grupo de multimillonarios filantrópicos de todo el mundo.

Volviendo al fenómeno comentado, relativo a la presencia de fundaciones en grupos de grandes empresas en una posición dominante, el gran problema que se plantea es el potencial conflicto entre el interés general que, por definición, persigue una fundación y el interés del grupo como unidad empresarial y de las sociedades que lo conforman. Dicho conflicto, más allá del conflicto típico que se plantea en los grupos de empresas, enfrenta a intereses de distinta naturaleza, debido a que frente al interés particular propio de los grupos emerge un interés general de una persona jurídica tan singular como es una fundación.

De esta manera, y como hemos apuntado, la participación de fundaciones en empresas puede presentarse, “prima facie”, como una realidad extraña por el riesgo que conlleva dicha participación, por carecer las fundaciones de ánimo de lucro y de “dueños” con interés en maximizar el beneficio, y no disfrutar las referidas entidades de las ventajas de acceder al mercado de capitales para financiarse⁹.

Así las cosas, hacer posible la convivencia, bajo las reglas del mercado, de estructuras empresariales y entidades jurídicas fundacionales es uno de los mayores retos a los que se enfrentan, en nuestro días, juristas y economistas de todo el mundo. Como apunta Embid Irujo (2010), optar por una solución drástica como la de excluir la licitud del grupo encabezado por una función o, en su caso, prohibir a esta el mínimo ejercicio de una dirección unitaria sería del todo inconveniente, además de sancionar lo que el Derecho no prohíbe.

Asimismo, es reseñable que la ausencia de uniformidad del régimen fundacional en la regulación de los diferentes países genera una cierta competencia entre los diferentes Estados por atraer la constitución de fundaciones hacia sus jurisdicciones, en atención a los ingresos que pueden generarse en la medida de la flexibilidad de su regulación. Todo esto en un contexto como el actual en el que estamos asistiendo a una “lucha” fiscal entre las grandes multinacionales y los

Estados más desarrollados.

Por último, una vez hemos abordado la posibilidad que tienen las fundaciones de acometer, de forma directa o indirecta, actividades económicas, no podemos concluir sin referirnos a la figura de las fundaciones constituidas por empresas (fundaciones corporativas o “de empresa”), financiadas principalmente por las aportaciones de la compañía o del grupo, como un instrumento para la contribución de la empresa a la sociedad.

En las últimas décadas, hemos asistido a la creación de numerosas fundaciones de este tipo, debido a los beneficios para las empresas fundadoras; ventajas entre las que podemos citar, sin carácter exhaustivo, el visualizar un compromiso a largo plazo, contar con una estructura independiente de gobierno y gestión o facilitar alianzas con terceros.

No obstante, el fenómeno descrito se ha topado con otro movimiento en auge, como ha sido el nacimiento y desarrollo de los departamentos de responsabilidad social corporativa de las compañías, lo que ha abierto un debate acerca de la necesidad de la existencia de las fundaciones corporativas, como entidades autónomas, con objetivos independientes de los de la compañía.

En esta línea, la importancia de la responsabilidad social corporativa de la empresa es una realidad cada vez más asentada, tanto en España como en los países de nuestro entorno, que viene exigiendo una adecuada atención por parte de los sistemas de gobierno corporativo de las sociedades. No cabe duda de que la apertura y sensibilidad hacia el entorno, el sentido de comunidad, la capacidad innovadora y la consideración del largo plazo, se añaden a la imprescindible creación de valor como fundamentos de la actividad empresarial. Este mensaje impregna las “Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales” que, entre sus recomendaciones, abogan por una conducta empresarial responsable dentro del contexto global, contribuyendo al progreso económico, medioambiental y social.

Finalmente, en España, el propio Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas recomienda¹⁰ que las empresas analicen cómo impacta su acción en la sociedad y cómo esta impacta, a su vez, en la empresa, utilizando como referencia la cadena de valor, para poder identificar cuestiones sociales que permitan la creación de valor compartido. En aras a la consecución de lo anterior, se plantea el desarrollo una política de responsabilidad social corporativa informando públicamente sobre dichos asuntos.

⁸ “Chan Zuckerberg Initiative”.

⁹ Así lo advierte Jesús Alfaro en “La fundación como persona jurídica”, blog “Almacén de Derecho”, 7 de julio de 2015.

¹⁰ Recomendaciones 54 y 55 del Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas.

Referencias bibliográficas

Alfaro Águila-Real, J. (2015), “La fundación como persona jurídica”, en Almacén de Derecho (www.almacenederecho.org), 7 de julio de 2015.

Embid Irujo, J.M. (2010), “La inserción de una fundación en un grupo de empresas: Problemas jurídicos”, Revista de Derecho Mercantil, nº 278/2010, págs. 1.373-1.400.

Domínguez Martínez, J.M. (2011), “Cajas de ahorros: pasado, presente y... ¿futuro?”, La Opinión de Málaga, 6 de julio de 2011.

Hernando Cebriá, L. (2011), “Relaciones de la fundación con el mercado y la empresa: de la sociedad de fundación a la fundación de sociedad”, Revista de Derecho Patrimonial, nº 26/2011, Editorial Aranzadi, págs. 71-97.

López Expósito, A.J. (2017), “Aspectos societario-mercantiles de los grupos de sociedades”, en “El control societario en los grupos de sociedades”, López Jiménez, J.M^a (Dir.), Editorial Bosch, págs. 85-133.

López Jiménez, J.M^a, y Narváez Luque, A. (2014), “Ley de Cajas de Ahorros y Fundaciones Bancarias: la expulsión de las cajas de ahorros de su paraíso financiero”, Diario La Ley, 7 de febrero de 2014, págs. 1-12.