

LAS FUNDACIONES, UNA ENTIDAD DE LA ECONOMÍA SOCIAL RECONOCIBLE COMO EMPRESA SOCIAL

**XIX Congreso Internacional de Investigadores en
Economía Social y Cooperativa**

El papel de la Economía Social en un escenario de crisis e incertidumbre

Antonio José Macías Ruano
Universidad de Almería



RESUMEN*

En España, las Fundaciones que lleven a cabo actividad económica son una de las entidades que forman parte de la economía social (art. 5 Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social). Tanto el término, como el contenido de la Economía Social, pese a su desarrollo legislativo a nivel institucional europeo, no son los únicos que se han proyectado para identificar y promocionar entidades privadas centradas en el servicio y atención al entorno.

Las empresas sociales, especialmente desarrolladas por el legislador italiano, resultan ser estructuras jurídicas que cumplen con tres dimensiones clave: la dimensión económico/empresarial (actividad en el mercado por encima del 25 %); la social (en pos del bien común social reconocido legislativamente, debiendo estar el fin social explícito claramente definido a nivel estatutario); y la relativa a la propiedad/gobernanza (con límites en la distribución de beneficios, y que en la gestión y control de la estructura todas las partes interesadas estén representadas), siendo la interacción de las tres dimensiones lo que determina si una organización puede o no calificarse como una empresa social unas estructuras.

La relevancia de las empresas sociales reside en la sinergia que se consigue en la atención y servicio a las personas vulnerables que atienden, así como los resultados que consiguen en el empleo y en el ámbito puramente económico donde se han desarrollado.

A nivel europeo, además del desarrollo legislativo e institucional de la economía social, también se contempla, en paralelo, el de las empresas sociales, con lo que resultaría especialmente útil su reconocimiento e identificación tanto para la homogeneidad de los marcos normativos, como para el acceso a las políticas europeas para su desarrollo.

En España no hay un régimen propio y diferenciado para las empresas sociales. Sin embargo, tras el diseño de los ecosistemas de las empresas sociales realizado por la Comisión Europea en su informe de 2020 "*Social Enterprises and Their Ecosystems In Europe*", resulta más que evidente el acomodo de las fundaciones con actividad económica en el concepto europeo de empresa social.

Palabras clave: Fundaciones, Empresas Sociales, Economía Social, Marco legal.

ABSTRACT

In Spain, Foundations that carry out economic activity are one of the entities that are part of the social economy (art. 5 Law 5/2011, of March 29, 2011, on Social Economy). Both the term and the content of the Social Economy, despite its legislative development at the European institutional level, are not the only ones that have been projected to identify and promote private entities focused on service and attention to the environment.

* Esta publicación es uno de los resultados del proyecto de I+D+i PID2020-119473GB-I00 orientado a Retos de la Sociedad, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y la Agencia Estatal de Investigación, titulado "Las empresas sociales. Identidad, reconocimiento de su estatuto legal en Europa y propuestas para su regulación en España", concedido al Centro de Investigación CIDES de la Universidad de Almería.

Social enterprises, especially developed by the Italian legislator, turn out to be legal structures that fulfill three key dimensions: the economic/business dimension (market activity above 25%); the social dimension (in pursuit of the social common good recognized legislatively, the social purpose must be explicitly clearly defined at the statutory level); and the ownership/governance dimension (with limits on the distribution of profits, and that in the management and control of the structure all stakeholders are represented), with the interaction of the three dimensions determining whether or not an organization can qualify as a social enterprise some structures.

The relevance of social enterprises lies in the synergy achieved in the care and service provided to the vulnerable people they serve, as well as the results they achieve in employment and in the purely economic sphere in which they have developed.

At the European level, in addition to the legislative and institutional development of the social economy, the development of social enterprises is also being considered at the same time, which would make their recognition and identification particularly useful, both for the homogeneity of regulatory frameworks and for access to European policies for their development.

In Spain there is no specific and differentiated regime for social enterprises. However, following the design of the ecosystems of social enterprises by the European Commission in its 2020 report "Social Enterprises and Their Ecosystems In Europe", it is more than evident that foundations with economic activity fit into the European concept of social enterprise.

Keywords: Foundations, Social Enterprises, Social Economy, Legal Framework.

1. INTRODUCCIÓN

En España, las Fundaciones que lleven a cabo actividad económica son una de las entidades que forman parte de la economía social conforme enuncia el artículo 5 de la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social (LES).

El legislador español fue pionero, a nivel europeo, en asumir la necesidad de regulación para la promoción de estructuras jurídicas englobables en un concepto de "economía social", que, actuando conforme a unos principios orientadores centrados en la persona, persiguen el interés colectivo de sus integrantes, y/o el interés general económico o social (art. 2 LES).

Sin embargo, tanto el término, como el contenido de la Economía Social, pese a su desarrollo institucional y legislativo a nivel europeo, no son los únicos que se han proyectado para identificar y promocionar entidades privadas centradas en el servicio y atención al entorno. Términos como organización *Ideell* en los países nórdicos, la noción de *Gemeinwirtschaft* (economía de interés general) en Alemania o Austria; Sector Voluntario y Organizaciones No Gubernamentales en Reino Unido, Malta o Eslovenia; o el de Empresas Sociales en Italia, son términos con un contenido cercano, aunque no identificable, que "han surgido cuestionando el modelo económico hegemónico basado en la empresa lucrativa tradicional e incorporan una carga propositiva que sitúa la dimensión social y ambiental en una posición central

en la economía" (CHAVES y MONZÓN, 2018: 9), que es el núcleo y lo que justifica la economía social.

La dimensión social en la generación de riqueza es lo que ha justificado, desde su origen, el propio concepto de economía social utilizado ya por el economista francés CHALES DUNOYER, a quien se le atribuye el origen del uso del término en su tratado publicado en 1830 de "*Nouveau Traité D'Économie Sociale*" (MONTOLIO, 2002: 7). Y esa es, también, la justificación que dio origen al término y contenido de las empresas sociales en la última década del siglo pasado en el ámbito europeo, concretamente en Italia, aunque, casi paralelamente, en Estados Unidos¹ también se comenzó a utilizar y dotar de contenido a las mismas, aunque sin apenas interrelación (MACÍAS, 2022: 252).

Como se ha apuntado, en Europa, el impulso de la empresa social aparece a finales de los años 80 del siglo pasado en Italia, con iniciativas de tipo cooperativo para dar respuesta a necesidades no cubiertas, especialmente en el ámbito de la integración laboral y en el de los servicios personales (DEFOURNY & NYSSSENS, 2010). Así, a nivel científico en octubre de 1990 se publica por primera vez la revista *Impresa Sociale* – que aún sigue editando– con la intención de dar respuesta a la pregunta fundamental: ¿es posible y deseable organizar la producción de bienes y servicios de interés colectivo de forma empresarial, pero sin ánimo de lucro? (Editorial *IMPRESA SOCIALE*, n. 0, 1990: 4).

Con las conclusiones de grupos de investigación², dictámenes, comunicaciones, resoluciones, informes y reglamentos del ámbito europeo³, se ha llegado a un concepto inicial de empresa social, como el que comprende a aquellas estructuras jurídicas que cumplen con tres dimensiones clave: la dimensión económico/empresarial (actividad en el mercado por encima del 25 %); la social (en pos del bien común social reconocido legislativamente, debiendo estar el fin social explícito claramente definido a nivel estatutario); y la relativa a la propiedad/gobernanza (con límites en la distribución de beneficios, y que en la gestión y control de la estructura todas las partes interesadas estén representadas), siendo la interacción de las tres dimensiones lo que determina si una organización puede o no calificarse como una empresa social (MACÍAS, 2022: 258).

La relevancia de las empresas sociales reside en la sinergia que se consigue entre la atención y servicio a las personas vulnerables que atienden y a la proyección de atención social que se busca, con los resultados que consiguen en el empleo y en el ámbito puramente económico donde se han desarrollado. Son empresas que buscan la atención social del entorno y que procuran una salida profesional y laboral para quienes atienden esas prestaciones.

¹ Para mayor comprensión del desarrollo del término y contenido de empresa social en Estados Unidos, vid. VARGAS, 2022: 305 y ss.

² Básicamente la red internacional de centros de investigación universitarios e investigadores individuales en empresas sociales EMES, que tomó de nombre el acrónimo del primer proyecto de investigación que abordó por cuenta de la Dirección General de Investigación de la Comisión Europea durante los años 1996-1999 *L'émergence des Entreprises Sociales en Europe*, donde se fijaron los identificadores de las tres dimensiones de la empresa social –la económico/empresarial, la social, y la relativa a la propiedad/gobernanza, que luego trataremos– (VARGAS, 2021.a: 67), y que posteriormente ha servido de criterio institucional europeo para la formación del marco jurídico en el que está inmersa.

³ El más relevante, quizá, el Reglamento (UE) N° 1296/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2013, relativo al programa de la Unión para el Empleo y la innovación Social ("EaSI"), en cuyo artículo 2, a los efectos del propio Reglamento, se define qué es una empresa social.

En paralelo, y con una tradición y reconocimiento mayor, tanto a nivel de la Unión Europea⁴, como por instituciones como la OCDE⁵, o la OIT⁶ se ha desarrollado en el ámbito legislativo, institucional y de las políticas económicas y sociales la proyección de la economía social, referenciando, cada vez en mayor medida, a los términos de economía social y empresas sociales como coincidentes para la consecución de los mismos objetivos. Tan es así, que la última definición de economía social que ha dado la Comisión Europea en la Comunicación COM(2021) 778, se contrasta un concepto tradicional de economía social basado en cuatro tipos de estructura jurídica – cooperativas, mutualidades, asociaciones y fundaciones–; con otra concepción actual que incorpora a las empresas sociales al ámbito de la economía social (COMISIÓN EUROPEA, 2021: 3 y 4). En el mismo sentido, y con mayor amplitud, se ha expresado la OIT en su Resolución de 10 de junio de 2022, relativa al trabajo decente y la economía social y solidaria, cuando afirma que “la ESS comprende cooperativas, asociaciones, mutuales, fundaciones, *empresas sociales*, grupos de autoayuda y otras entidades que operan según sus valores y principios” (II.5) (VARGAS, 2022: 296). Y de la colaboración entre la Comisión Europea y la propia OCDE se ha publicado en sus Informes políticos sobre la mejora de la eficacia de inclusión y emprendimiento social, el número dedicado a los planes de formación, de febrero de 2023, definiendo, nuevamente, a las empresas sociales como “una entidad, que actúa en interés general o de grupos específicos, que comercia con bienes y servicios y cuyo objetivo principal no es la maximización del beneficio para para el enriquecimiento personal, sino su reinversión para la consecución de determinados objetivos económicos y sociales. Según esta perspectiva, las empresas sociales surgen en el seno de la economía social y amplían su alcance más allá de las formas tradicionales de esta, a saber, asociaciones, cooperativas, mutualidades y fundaciones”. (HALABISK, *et al*, 2023: 8).

Dado que en España no hay un régimen propio para las empresas sociales, parece, pues, que resultaría especialmente útil el reconocimiento e identificación de las empresas sociales en el ámbito nacional tanto para la homogeneidad de los marcos normativos con otros países europeos, como para el acceso a las políticas europeas para su desarrollo, e incluirlas, como ha señalado la Comisión Europea, dentro de la economía social si se abordaran las reformas legislativas pertinentes (reconocimiento legal de las empresas sociales, y asunción expresa de éstas en el régimen jurídico de la economía social para evitar la dispersión conceptual y normativa).

⁴ Como muestra, resaltar que el 18 de diciembre de 1989, la Comisión de las Comunidades Europeas emitió la Comunicación “*Las empresas de la Economía Social y la creación de un mercado europeo sin fronteras*”, donde se señalaba cuándo una empresa pertenecía a la economía social. También se pretendió un reconocimiento jurídico del más alto nivel de la economía social en el fallido Tratado de Constitución Europea de 2003, donde se contemplaba, en su artículo 3.3 que “La Unión obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente”. El reconocimiento jurídico expreso de la economía social se ha ido sucediendo en distintos textos institucionales y normativos sobre su necesaria proyección, resultando, de las últimas, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, sobre Construir una economía que funcione para las personas: un plan de acción para la economía social, COM(2021) 778 final, de 9 de diciembre de 2021, conocida como PAES.

⁵ Como la *Recomendación del Consejo sobre la Economía Social y Solidaria y la Innovación Social* de la OCDE (junio de 2022) a favor del reconocimiento y promoción de las diferentes formas legales para las organizaciones de la economía social.

⁶ La Resolución de la OIT relativa a trabajo decente y la economía social y solidaria de 10 de junio de 2022 es clara muestra de ello.

No obstante, tras el diseño de los ecosistemas de las empresas sociales realizado en el seno de la Comisión Europea por BORZAGA, *et al*, en su informe de 2020 "*Social Enterprises and Their Ecosystems In Europe*", en España se puede identificar estructuras en las que sí se ha desarrollado legislación positiva reguladora de estructuras jurídicas identificables con las empresas sociales. Así, las cooperativas de iniciativa social; las empresas de inserción; los centros especiales de empleo y los centros ocupacionales; las asociaciones de interés general; y las fundaciones (que siempre tienen un interés general), son entidades con un régimen jurídico propio, que serían identificables como empresas sociales, y que están, a su vez, recogidas en el marco de la economía social.

El objetivo de la propuesta de comunicación a presentar es precisamente el acomodo de una de las estructuras jurídicas que tienen régimen legal propio, que encajaría en el concepto europeo de empresa social, y que está comprendida en el marco de la economía social española: La fundación con actividad económica, para concretar el alcance de su encaje como empresa social, siendo, además, una entidad de la economía social.

2. LAS EMPRESAS SOCIALES EN EL ÁMBITO EUROPEO

El término "empresa social" es relativamente reciente, básicamente a mediados de la última década del siglo pasado, y su definición está pendiente de una definición cerrada o taxativa. La atención científica sobre el término y contenido se desarrolló a partir de la indicada década, casi paralelamente, en Europa y Estados Unidos, aunque sin apenas interrelación.

En Europa, el impulso de la empresa social aparece en Italia a finales de los últimos años 80 con iniciativas de tipo cooperativo para dar respuesta a necesidades no cubiertas, especialmente en el ámbito de la integración laboral y en el de los servicios personales (DEFOURNY & NYSSSENS, 2010). En este país, se promulgó la Ley 381 de 1991, creando las denominadas Cooperativas Sociales, definidas como aquellas que "tienen el objetivo de perseguir el interés general de la comunidad en la promoción humana y en la integración social de los ciudadanos" (art. 1). Con el Decreto Legislativo 24 marzo 2006, n. 155 "*Disciplina dell'impresa sociale*", Italia abandona el tipo social específico cooperativo para la empresa social, dando cabida a cualquier entidad, sea cual fuera su estructura, que ejerza con carácter permanente y principal una actividad económica con vistas a la consecución de objetivos de interés general, centrándose en la actividad y no en la forma social. Actualmente, la empresa social en Italia está regulada por el Decreto legislativo 3 julio 2017, n. 112, donde se determina que "empresa social" es una calificación jurídica, un estatus jurídico, no un tipo de entidad (FICI, 2020: 187), suponiendo el reconocimiento del ejercicio de la solidaridad social por los particulares, con apoyo fiscal y financiero, debidamente controlado por la Administración Pública.

Mientras, a nivel institucional europeo, en 1996 se formó la red internacional de centros de investigación universitarios e investigadores individuales en empresas sociales EMES, quien fijó los identificadores de las tres dimensiones de la empresa social –la económico/empresarial, la social, y la relativa a la propiedad/gobernanza– (VARGAS, 2021.a: 67), y que posteriormente ha servido de criterio institucional europeo para la formación del marco jurídico que la contempla.

En el plano legislativo europeo, la preocupación por dar un marco a las políticas sociales de los miembros de la Unión Europea para la promoción de las empresas sociales ha sido patente desde la Resolución 2008/2250 (INI) del Parlamento Europeo de 19 de febrero de 2009, sobre economía social, donde ya se pedía a la Comisión y a los Estados miembros que desarrollaran programas destinados a las empresas sociales potenciales y existentes. Posteriormente, con la Resolución del Parlamento, de 20 de noviembre de 2012, sobre la Iniciativa en favor del emprendimiento social – construir un ecosistema para promover las empresas sociales (2012/2004 (INI)), publicada tras la Comunicación de la Comisión de 25 de octubre de 2011 –la conocida como *Social Business Initiative (ISB)*– (COM(2011) 0682)⁷, y del dictamen exploratorio del Comité Económico y Social Europeo, de 26 de octubre de 2011 (NAT/589), se consideró "que los actores de la economía social y las empresas sociales son impulsores del crecimiento económico y de la innovación social, con potencial para crear empleos sostenibles y para favorecer la inclusión de grupos vulnerables en el mercado laboral", así como que "las empresas sociales pueden contribuir a la prestación de los servicios sociales, que son elementos fundamentales del Estado del bienestar y que, por tanto, ayudan a alcanzar los objetivos de la Unión Europea" (Considerandos F y G de la Resolución 2012/2004 (INI)), resolviendo que "las empresas sociales suelen intentar responder a las necesidades sociales y humanas que no cubren (o no de forma suficiente) los operadores comerciales o el Estado", señalando sus características, abogando por mejorar su entorno jurídico y fiscal, así como la adopción de medidas de apoyo y promoción. También se pidió un estudio comparativo a nivel europeo de las distintas concepciones y medidas de desarrollo de las empresas sociales en cada uno de los países de la Unión Europea para comprender el alcance y concepción que de tales instrumentos se hace en cada uno de sus Estados miembros.

Con el Reglamento (UE) 346/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2013, sobre los fondos de emprendimiento social europeos (FESE), dirigido a los inversores que proporcionan financiación a las empresas sociales (ALTZELAI, 2020: 113), se fijó, entre otras cuestiones un concepto de empresa social en base a que "ii) tenga como objetivo primordial la consecución de un impacto social positivo y medible, de conformidad con su escritura de constitución, sus estatutos o cualquier otro reglamento o documento constitutivo de la empresa, siempre que esta:

- proporcione servicios o bienes a personas vulnerables, marginadas, desfavorecidas o excluidas,
- emplee un método de producción de bienes o servicios que represente su objetivo social, o
- proporcione ayuda financiera exclusivamente a las empresas sociales tal como se definen en los dos primeros guiones,

iii) utilice sus beneficios principalmente para la consecución de su objetivo social primordial, de conformidad con su escritura de constitución, sus estatutos o cualquier otro reglamento o documento constitutivo de la empresa. Estos reglamentos o documentos constitutivos habrán implantado procedimientos y normas predefinidos que regulen todas las circunstancias en las cuales se repartan beneficios a los accionistas y propietarios, garantizándose que dicho reparto de beneficios no socave su objetivo primordial, así como

⁷ Señalada como punto de inflexión para el reconocimiento de las empresas sociales y la innovación social en la búsqueda de soluciones originales para problemas sociales (VARGAS, 2021.a: 68, o ALTZELAI, 2020: 114).

iv) sea objeto de una gestión responsable y transparente, en especial involucrando a los empleados, los clientes y los interesados afectados por su actividad" (art. 3.1 d Reglamento (UE) 346/2013)".

Con lo que a nivel legal europeo se da una primera definición de qué es una empresa social.

En el mismo año se publicó el Reglamento (UE) N° 1296/2013, de 11 de diciembre de 2013, relativo al programa de la Unión para el Empleo y la innovación Social ("EaSI"), en cuyo art. 2, a los efectos del propio Reglamento, se define qué es una empresa social, siendo lo relevante que, independientemente de su forma jurídica, presenta las mismas características que las señaladas en el Reglamento 346/2013 (ALTZLEAI, 2020: 115).

Tanto en la "La iniciativa de emprendimiento social" del Parlamento Europeo de mayo de 2014, como en su Resolución 5 de julio de 2018, se vuelve a reiterar la definición de empresa social del Reglamento (UE) N° 1296/2013 (Considerando L), así como la insistencia en la bondad y conveniencia de este tipo de empresas, sus características, objetivos, compromisos con valores muy cercanos a los del movimiento cooperativo y a los de la economía social (Considerando M), abriendo el ámbito subjetivo a cualquier tipo de estructura jurídica, incluso aquellas que tuvieran ánimo de lucro.

Igual que en marco jurídico nacional italiano, el Parlamento Europeo propone el reconocimiento del ejercicio de la solidaridad social por entidades particulares, así como su apoyo fiscal y financiero institucional para hacerlo extensivo a las legislaciones nacionales de los Estados miembros, pero sin un criterio homogéneo de qué se entiende por empresa social en cada uno de éstos.

Tal y como se había solicitado en diversas ocasiones por el Parlamento Europeo (Resoluciones 2012/2004 y 2016/2237), la Comisión Europea, en enero de 2020, publicó el informe a cargo de BORZAGA, *et al*, de síntesis comparativo de las distintas visiones y reconocimiento en los Estados miembros de la Unión (incluido el Reino Unido que salió de la U.E. el 1 de febrero de 2020), y otros países del entorno⁸, titulado "*Social Enterprises and Their Ecosystems In Europe*" (Empresas Sociales y sus Ecosistemas en Europa)⁹.

La premisa para el estudio era clara: la visibilidad exige concreción, comprensión e identificación, por lo que hay que determinar qué es una empresa social para cada uno de los Estados miembros de la Unión, para la adopción de cualquier medida de fomento y desarrollo de estas. Es decir, atender a "la necesidad de saber qué son las empresas sociales y en qué tipo de ecosistemas operan" (BORZAGA, *et al*, 2020: 22). El trabajo comparativo ha detectado que la definición de qué sea una empresa social en los Estados analizados se divide entre aquellos que usan una definición organizacional, centrada en las características intrínsecas que deben mostrar las empresas; y los que lo hacen con definiciones específicas del sector, considerando solo los tipos de organizaciones que operan en el campo de la inclusión social (empresas sociales de inserción laboral o WISE). Partiendo del concepto institucional europeo recogido en distintos documentos de qué es una empresa social, con la base del criterio del grupo de investigación EMES en el proyecto *The Emergence of Social*

⁸ Los países candidatos a la Unión Europea (Albania, Islandia, Montenegro, Macedonia del Norte, Serbia y Turquía), y Noruega.

⁹ Disponible en <https://www.euricse.eu/social-enterprises-and-their-ecosystems-in-europe-mapping-study/>

Enterprise (2001), se fijan las tres dimensiones clave para su consideración: la dimensión económico/empresarial (actividad en el mercado por encima del 25 %); la social (en post del bien común social reconocido legislativamente, debiendo estar el fin social explícito claramente definido a nivel estatutario); y la relativa a la propiedad/gobernanza (con límites en la distribución de beneficios, y que en la gestión y control de la estructura todas las partes interesadas estén representadas), siendo la interacción de las tres dimensiones lo que determina si una organización puede o no calificarse como una empresa social. En cualquier caso, la Comisión evita dar una definición estándar comprensiva a todo el espacio europeo para evitar, lo que califica como regulación camisa de fuerza –a *regulatory straitjacket*– (BORZAGA, *et al*, 2020: 28), dando amplitud a los Estados para su concepción, presencia y visibilidad.

Con la Comunicación de la Comisión COM(2021) 778 final, de 9 de diciembre de 2021, sobre construir una economía que funcione para las personas: un plan de acción para la economía social (PAES), vuelve a reiterar los elementos definidores que la propia Comisión fijó en la Comunicación de 25 de octubre de 2011 (ISB), señalando que “las empresas sociales operan proporcionando bienes y servicios para el mercado de manera emprendedora y a menudo innovadora, con objetivos sociales o medioambientales como motor de su actividad comercial. Los beneficios se reinvierten principalmente para alcanzar su objetivo social. Su forma de organización y propiedad también se basa en principios democráticos o participativos o se centra en el progreso social”.

Y, quizá como más reciente manifestación del concepto de empresa social, reconocida institucionalmente en el trabajo de HALABISKY, *et al*, recogido en la publicación periódica de la OCDE y la Comisión Europea, de febrero de 2023, *Policy Brief on Improving the Effectiveness of Inclusive and Social Entrepreneurship*, sobre “Training Schemes” –Planes de formación–, donde, como hemos referido anteriormente se afirma que “la empresa social es una entidad, que actúa en interés general o de grupos específicos, que comercia con bienes y servicios y cuyo objetivo principal no es la maximización del beneficio para para el enriquecimiento personal, sino su reinversión para la consecución de determinados objetivos económicos y sociales. Según esta perspectiva, las empresas sociales surgen en el seno de la economía social y amplían su alcance más allá de las formas tradicionales de esta, a saber, asociaciones, cooperativas, mutualidades y fundaciones. Del mismo modo la Comisión Europea entiende que las empresas sociales operan proporcionando bienes y servicios para el mercado de forma emprendedora y, a menudo, de forma innovadora, teniendo objetivos sociales y/o medioambientales como razón de su actividad comercial. Los beneficios se reinvierten principalmente con vistas a alcanzar su objetivo social, y su método de organización y propiedad también sigue principios democráticos o participativos o se centra en el progreso social” (HALABISK, *et al*, 2023: 8).

Por tanto, pues, parece asentado en el seno de la Unión Europea que, pese a que no ha querido dar una definición cerrada sobre qué sean las empresas sociales, sí que ha determinado cuáles deben ser sus elementos caracterizadores y que resulta una construcción jurídica perteneciente al ámbito de la economía social.

3. PROMOCIÓN DE ENTIDADES PRO-INTERÉS GENERAL DESDE LA ECONOMÍA SOCIAL

En el seno de la UE se destaca el papel fundamental que desempeña el sector de la Economía Social en el espacio económico, de lo que es muestra el Reglamento (UE) 2021/241 de 12 de febrero de 2021 por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, donde se contempla la necesidad introducir reformas e inversiones de los Estados miembros de la UE en la promoción de la Economía Social para la recuperación, señalando como uno de los campos de intervención –epígrafe 101– *el apoyo a la Economía Social y las empresas sociales*, uniendo ambos conceptos para un mismo fin.

En el mismo sentido, la Comunicación de la Comisión para el Plan de acción para la economía social (PAES) COM(2021) 778 final, señala la necesidad de crear “el” marco adecuado para el desarrollo de la economía social, señalando al jurídico como un agente de primer orden para mejorar el «entorno propicio» para el desarrollo de la economía social. También es consciente la Comisión de que “al elaborar marcos políticos y jurídicos adecuados, las autoridades públicas deben tener en cuenta la diversidad de formas jurídicas que puede adoptar la economía social. Aunque las cooperativas, las mutualidades, las fundaciones, las asociaciones y *las empresas sociales* tienen mucho en común, también tienen objetivos y modalidades de funcionamiento diferentes y enfrentan obstáculos específicos” (COMISIÓN EUROPEA, 2021: 5). Con este presupuesto, la Unión Europea demanda un marco legal, más o menos homogéneo, en cada Estado miembro de la Unión, de las estructuras jurídicas que integran la economía social, marco que debe responder, singularmente, a la naturaleza y características propias de cada una de ellas.

En España, a nivel doctrinal, se ha tenido muy clara la vinculación entre la Empresa Social y la Economía Social, puesto que aquella es una empresa cuyo principal objetivo es tener una incidencia social (PÉREZ-SUÁREZ, *et al*, 2021: 2, citando a Monzón y Chaves), identificando, incluso por algún sector doctrinal, empresa social y entidades de la economía social productivas y no lucrativas (ALVARADO *et al*, 2015: 90), o fijando las raíces de la empresa social en la Economía Social y en el Tercer Sector (SÁNCHEZ-TORNÉ & PÉREZ-SUÁREZ, 2020: 8). Nuestro ordenamiento jurídico fue pionero en el desarrollo legislativo de un marco para la economía social publicando la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social. Sin embargo, no ha regulado nada sobre las empresas sociales aun existiendo vínculos tan claros.

El foco de atención de la norma nacional sobre la economía social está en el prisma subjetivo de aquellas estructuras jurídicas que operan en el mercado actuando de conformidad con unos principios orientadores, y que persiguen el interés colectivo de sus integrantes, bien el interés general económico o social, o ambos (art. 2 LES).

Igualmente establece como uno de los principios orientadores de la economía social el de la “promoción de la solidaridad [...] con la sociedad que favorezca el compromiso con el desarrollo local, la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, la cohesión social, la inserción de personas en riesgo de exclusión social, la generación de empleo estable y de calidad, la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la sostenibilidad” (art. 4.c LES), con lo que los principios y fines de las entidades de la economía social expresados en la norma general podrían incluir a las empresas sociales (ALTZELAI, 2020: 129-131).

Sin embargo, en la enumeración de cuáles son las entidades que pueden calificarse como propias de la Economía Social, se señalan una serie de estructuras jurídicas (art. 5 LES), que pueden, o no, casar con el interés general que persiguen las empresas sociales. De entre todas las estructuras jurídicas que el legislador nacional señala como propias de la economía social, solo las fundaciones, las empresas de inserción y los centros especiales de empleo, cabría predeterminar que, con carácter general, persiguen el interés general social fuera del propio de sus componentes.

También lo son las denominadas en la legislación nacional como cooperativas de iniciativa social¹⁰, no por ser cooperativas, sino por su objeto social legalmente prefijado centrado en la prestación de servicios asistenciales, o que pretendan la integración laboral de personas que sufran cualquier clase de exclusión social, o la satisfacción de necesidades sociales no atendidas por el mercado (art. 116 LCOOP).

Finalmente, podrían entrar en la categoría de entidades de la economía social que persiguen el interés general social aquellas asociaciones que tengan una actividad similar a las de las cooperativas de iniciativa social. El resto de las entidades enumeradas en el artículo 5.1 LES, esto es, la mayoría y quizá las más relevantes, lo que las mueve es el interés particular de sus miembros.

4. EL RECONOCIMIENTO LEGAL DE LAS EMPRESAS SOCIALES EN ESPAÑA

Ha de partirse de que, en España, las empresas sociales no tienen una norma genérica de carácter subjetivo, ni objetivo o teleológico que las regule ni que las reconozca.

Como ha destacado un importante sector de la doctrina, las empresas sociales podrían integrarse en el catálogo de entidades de economía social, como propugna la Unión Europea¹¹, si nuestro legislador finalmente opta por su reconocimiento (FAJARDO, 2012: 64), pero, para la incorporación de las empresas sociales al catálogo de entidades de la economía social sería preciso, antes, una normativa sustantiva general que las reconociera¹².

Lo oportuno sería una regulación singular de las empresas sociales a imagen de la normativa italiana para su incorporación a la norma general de reconocimiento de las entidades de la economía social (VARGAS, 2021.a: 68), y dado que persiguen el interés general económico o social, deberían ser enunciadas, junto con las demás entidades que enumera el art. 5 LES, lo que exigiría su modificación. Y, en todo caso, y a

¹⁰ A nivel autonómico cooperativo, se ha regulado este tipo de cooperativas con finalidad social con distintas denominaciones, así, de iniciativa social: Art. 94 LCAND; 77 LCAR; 124 LCCL; 138 LCIB; 130 y 131 LCMUR; y 183 LCPA. De integración social: art. 121 LCCM; 125 LCG; y 133 LCPV. Distinguiendo de integración social y de servicios públicos: arts. 98 y 99. LCCV. Distinguiendo, también, de iniciativa y de integración social: arts. 125 y 126 LCCAN; 168 y 169 LCEX; 148 y 149 LCCLM; 133 y 134 LCIC; y 129 LCLR. De bienestar social y de iniciativa social: arts. 77 y 78 LFCN. Y la Integral o rural: art. 136 LCCAT.

¹¹ Como se señala, y hemos destacado, en el Plan de Acción de la Economía Social propuesto por la Comisión Europea COM(2021) 778 final.

¹² En 2013 se presentó al Proposición de Ley 122/0119, de apoyo a los emprendedores sociales para la creación de un subtipo de sociedad limitada para las empresas sociales que les diera un marco jurídico, así como su financiación y el tratamiento fiscal para los inversores de la que se pretendía que se denominara Sociedad Limitada de Interés General –S.L.I.G.–. Sin embargo, esta Proposición de ley no cristalizó en beneficio de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores (EMBD, 2020).

expensas de la previsible próxima reforma de la LES¹³, se podría conseguir sin necesidad de reformar la norma, dado que, conforme dispone el art. 2, podrían ser incluidas en el catálogo de entidades establecido en el artículo 6¹⁴, que es el que debería estar a cargo de “El Ministerio de Trabajo e Inmigración (hoy de Trabajo y Economía Social)¹⁵... [quien] elaborará y mantendrá actualizado un catálogo de los diferentes tipos de entidades integrantes de la economía social”. Con base a esta previsión legal de la actualización del catálogo –aún no creado– a cargo del Ministerio competente de cuáles sean estas entidades, las empresas sociales, una vez reconocidas legalmente con una norma singular, podrían inscribirse en el mismo.

El reconocimiento de la figura de las empresas sociales, con sus medidas de fomento, en una norma propia y singular, así como su reconocimiento expreso en la Ley de Economía Social, como señala la doctrina más reconocida (VARGAS, 2021.a: 81) es la solución jurídica más oportuna dada la relevancia que a nivel europeo tiene la empresa social.

No obstante, pese a la actual ausencia de un marco normativo comprensivo de todas las posibles estructuras, o de la finalidad o requisitos a cumplir por cualquier forma jurídica para su identificación como empresa social, en nuestro marco normativo se ha legislado en torno a tres tipos de entidades que cumplen, estrictamente, los requisitos que fija la Unión Europea para la calificación de empresa social: las empresas de inserción; los centros especiales de empleo, y las cooperativas de iniciativa social¹⁶.

Pero tras el diseño de los ecosistemas de las empresas sociales realizado por la Comisión Europea en el informe de BORZAGA, *et al*, 2020 “*Social Enterprises and Their Ecosystems In Europe*”, en España se puede ampliar el abanico de estructuras en las que se ha desarrollado legislación positiva reguladora que afecta a las empresas sociales. Así, normativa que atañe a estructuras que cumplen con las dimensiones del modelo institucional de empresa social que ha fijado la Unión Europea (la dimensión económica/empresarial, la social y la relativa a la propiedad/gobernanza), como estructura singular se engloba, como se ha señalado, a las Cooperativas de Iniciativa Social –art. 106 LCOOP–. Como regímenes jurídicos genéricos: a las fundaciones –que deben perseguir fines de interés general: art. 3.1 L. 50/2002, como que trataremos de justificar en este trabajo–, y asociaciones –si son de interés general: art. 7 LO 1/2002–. Igualmente se ha legislado en torno a las Empresas de Inserción –L. 44/2007–, aunque no tengan una estructura jurídica única, ya que pueden adoptar la de cualquier sociedad mercantil, “o sociedad cooperativa”. Se han regulado los Centros Especiales de Empleo y los Centros Ocupacionales –RD 2273/1985–, que, también pueden adoptar distintas estructuras jurídicas, o ser titulares de ellas personas físicas o comunidades de bienes, pudiendo, además, ser Centros Especiales de Empleo de iniciativa social si en más del 50 por ciento del mismo participan entidades públicas, o privadas sin ánimo de lucro, o que tengan

¹³ Como ha señalado VARGAS VASSEROT, “todo parece indicar que la reforma de la LES en este punto está próxima ya que acaba de cerrarse (5-11-2022) el plazo para la presentación de aportaciones en la fase de consulta pública de la Ley Integral de Impulso de la Economía Social y actualmente se está en proceso de elaboración de su anteproyecto de ley” (VARGAS, 2022: 322).

¹⁴ Aunque parece que el interés mostrado en la fase de consulta previa del proyecto de la Ley Integral de Impulso de la Economía Social es optar por la enunciación singular en el propio texto legal, y no en el catálogo que se cree, a las empresas sociales con forma de sociedades de capital y mercantiles (VARGAS, 2022: 323).

¹⁵ Art. 9º RD 2/2020, de 12 de enero, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales.

¹⁶ Por todos: VARGAS, 2022: 318-319; o PÉREZ-SUÁREZ *et al*, 2021: 3

reconocido su carácter social en sus Estatutos, sean asociaciones, fundaciones, cooperativas, corporaciones de derecho público, u otras entidades de la economía social (art. 43 RD Leg.1/2013). Y, finalmente se han desarrollado criterios y parámetros atinentes a obligaciones legales relativos a la imposición de un sistema de consolidación en materia de responsabilidad social corporativa y de sostenibilidad social, económica y medioambiental –con las modificaciones introducidas por la L. 11/2018 sobre información no financiera y diversidad en la presentación de las cuentas anuales, y los códigos de buen gobierno corporativo de las sociedades cotizadas– (BORZAGA, *et al*, 2020: 38 y 115), lo cual no convertirá a la sociedad capitalista en empresa social, pero puede provocar un abatimiento en el rumbo que la acercará a parámetros más sociales o de interés general.

De entre estos presupuestos, nos centraremos en las fundaciones con actividad empresarial para dar una perspectiva que las haga reconocibles como empresas sociales.

5. MARCO JURÍDICO DE LAS FUNDACIONES

Las fundaciones son una estructura jurídica reconocidas como derecho de los ciudadanos a nivel constitucional, con una limitación de base, y es que solo podrán constituirse “para fines de interés general” (art. 34.1 CE), lo que excluye a las de interés particular o a las familiares como fórmula para el reparto de los frutos o del destino de las acciones desarrolladas para el beneficio de una familia o de individuos concretos sin la transmisión directa del patrimonio, que resultaría indisponible por estos, ya que actuaría como persona jurídica independiente.

Otra cuestión de especial relevancia derivada del reconocimiento constitucional de las fundaciones, es la no asignación de la competencia normativa para el Estado en esta materia¹⁷, lo que ha supuesto la asunción de las competencias en materia de desarrollo legislativo por los distintos estatutos de autonomía y, consecuentemente, la emisión de normativa sustantiva de ámbito autonómico, provocando, por un lado, la asunción de competencias de vigilancia, supervisión, e incluso, autorización previa, de la administración autonómica correspondiente por medio de los protectorados; y, por otro lado, como ha sucedido con en otras entidades de la economía social de primer orden –las cooperativas–, una dispersión legislativa que no viene a potenciar su proyección, y en el supuesto que analizamos, referido a las fundaciones con actividad económica, rompe una unidad del mercado como señalaremos. En todos los Estatutos de Autonomía, a excepción de los de Ceuta y Melilla, se contienen referencias específicas a la materia de fundaciones (LÓPEZ-NIETO, 2006: 83). Esta circunstancia de la dispersión normativa hace que, para el presente trabajo, tomemos en consideración solo la Ley de ámbito estatal, la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones¹⁸ (en adelante LF) y su reglamento (RD 1337/2005, de 11 de noviembre).

¹⁷ Al respecto, la opinión del profesor BERCOVITCH es que en virtud del principio de «unidad del mercado», solo el Estado tiene competencia para regular a las fundaciones con base a la reserva que hace el artículo 149 de la Constitución en materia mercantil. Esta opinión la ha destacado DE PRADA GONZÁLEZ, 2002: 65.

¹⁸ En 2014 se presentó a consulta pública el anteproyecto de Ley de Fundaciones estatal que, hasta la fecha, está pendiente de trámite parlamentario. Vid. <https://transparencia.gob.es/servicios-buscador/contenido/normaelaboracion.htm?id=NormaEV03L0-20143101&fcAct=Mon%20May%2009%2012:40:18%20CEST%202022&lang=es>.

El Código civil no define a las fundaciones, sino que las refiere (LÓPEZ-NIETO, 2006: 36), pero no desarrolla su contenido. La legislación fundacional es una legislación especial que está dispersa entre el ámbito autonómico, y el nacional. En el ámbito europeo, en 2012 la Comisión Europea presentó una propuesta de Reglamento por el que se aprueba el Estatuto de la Fundación Europea (FE) COM(2012) 35 final, aún pendiente, y, además, alguna fundación concreta de ámbito europeo ha desarrollado su régimen jurídico por un reglamento singular como el caso de la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo (Eurofound) por el Reglamento (UE) 2019/127 del Parlamento y del Consejo, de 16 de enero de 2019.

Fuera del marco jurídico básico fundacional, existe un marco legal especial para la aplicación del régimen fiscal especial, compuesto por la Ley 29/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, y su reglamento, el RD 1270/2003, de 10 de octubre.

Además de este marco normativo fundacional, las fundaciones que lleven a cabo actividad económica están sujetas al régimen de la economía social, en cuyo marco institucional siempre han estado consideradas como parte integrante de la economía social, y han sido enunciadas por la LES como una de las entidades de su ámbito de aplicación (art. 5 LES).

Otro marco legal de referencia será el mercantil en cuanto a la consideración del carácter de empresario de la fundación-empresaria y “la continua influencia de normas mercantiles, en particular de Derecho de sociedades” (EMBED, 2010: 1376; y 2015: 404), y en lo que pueda afectar a la protección del tráfico económico y del mercado (DE PRADA GONZÁLEZ, 2002: 55).

6. LAS FUNDACIONES Y LA ACTIVIDAD ECONÓMICA

La fundación es una estructura jurídica de carácter no asociativo que supone la adscripción de un patrimonio a un fin, que se rige por la voluntad del fundador y que actúa por medio de administradores –patronos-. La adquisición de la condición de persona jurídica que señala el artículo 35 Cc es una construcción que ha ido evolucionado desde la Edad Media hasta principios del siglo XIX, y cuyo antecedente son las denominadas *Piae Causae* reconocidas en el Código y en las Novelas de Justiniano en el siglo VI, aunque tenían sus antecedentes en el siglo IV, básicamente a impulso del cristianismo (DE PRADA GONZÁLEZ, 2002: 56), y que resultaron ser de entre los establecimientos de beneficencia, las *venerabiles domus*: los hospitales, asilos de ancianos, orfanatos, hospederías para viajeros sin recursos, o albergues para pobres sin hogar, “que actuaban como sujetos de derechos, protegidos por el Ordenamiento jurídico, al servicio de unos fines de beneficencia pública de marcado interés general” (BLANCH, 2008).

Al margen del antecedente histórico apuntado, el objetivo de las fundaciones es dar cumplimiento a la voluntad del, o de los fundadores con la dotación económica que hayan previsto, y con arreglo a las instrucciones que fijen, dentro del margen de discrecionalidad de la autonomía de su voluntad, pero que una vez que se constituye, el patrimonio aportado deja de ser disponible por los fundadores, rigiéndose la gestión por un órgano de administradores constreñidos solo por la escritura fundacional, reflejo de la voluntad de los fundadores, y a la legislación de ámbito territorial que le pueda corresponder en función del domicilio y ámbito de actuación pretendido.

En realidad, la fundación “es un patrimonio destinado a un fin de interés general y, por tanto, un patrimonio que no pertenece a nadie y que, en caso de liquidación, debe destinarse a otras fundaciones que persigan fines semejantes a los de la extinguida” (ALFARO ÁGUILA-REAL, 2015).

El interés general es la premisa para la constitución de las fundaciones. El reconocimiento constitucional de las fundaciones ligado al interés general es lo que abrió el camino para que la actividad fundacional no fuera estrictamente de beneficencia (DE PRADA GONZÁLEZ, 2002: 61), aunque tampoco se determinó el alcance de qué fuera interés general. En cualquier caso, el interés general lo que limita es la actuación como operador económico en la intervención en el mercado, no el hecho de que pueda concurrir con otros operadores económicos. Este, y otros criterios, han hecho que la clasificación o distinción entre fundaciones por el legislador y por la doctrina haya sido especialmente prolija.

En atención de quién sea el fundador, la fundación será pública o privada. En función de la actividad, las clases pueden ser laborales, educacionales, religiosas, benéficas, vinculadas a partidos políticos, etc. (LÓPEZ NIETO 2006). Pero a los efectos que nos trae este trabajo, dentro de las fundaciones, que tienen que ser de interés general, se distinguen, por un lado, y en función de la actividad y objetivo de su patrimonio, las denominadas *fundaciones-empresarias* (EMBID, 2015: 398) de las que no lo son.

Dentro de las primeras, en función de que sea la propia fundación quien desarrolle la actividad económica-profesional (art. 24.1 LF) o sea parte integrante como propietaria o gestora de un operador económico que resulte el agente profesional (art. 24.1 § 2º LF), se distinguen a la *fundación-empresa*, para las primeras, y a la *fundación con empresa*, con las segundas¹⁹ (EMBID, 2010: 1377-1378; y 2015: 400).

Esta misma clasificación también ha sido denominada como “fundación de empresa” (DE PRADA GONZÁLEZ, 2002: 60), o “fundación con objeto empresarial” (ALFARO ÁGUILA-REAL, 2015) –identificables con la *fundación-empresa*–; y “fundación titular o propietaria de empresa” (ALFARO ÁGUILA-REAL, 2015) –identificable con la *fundación con empresa*–. Y, de entre las fundaciones-empresa que desarrollan directamente la actividad económica, también se las ha distinguido entre dotacionales y funcionales (DE ÁNGEL YÁGÜEZ, 2003: 25). Las dotacionales serían las fundaciones que desarrollan una actividad económica para la financiación de su actividad principal de interés general, con un carácter instrumental²⁰. En cambio, la fundación-empresa funcional es aquella que tiene como fin fundacional la realización permanente de la actividad económica, que será de interés general, y que la desarrollará directamente.

En todos los casos, tanto las fundaciones-empresa, dotacionales o funcionales, como las fundaciones con empresa, tendrían vínculos, más que evidentes, con el Derecho

¹⁹ En cualquier caso, las fundaciones con empresa no pueden participar en la propiedad de estructuras jurídicas que transmitieran su responsabilidad a los propietarios, salvo que, en el plazo de un año se transformara en otra que no lo hiciera (art. 24.3 LF)

²⁰ Las fundaciones-empresa dotacionales, para DE ÁNGEL YÁGÜEZ, quedarían fuera del marco legal de la LF por cuanto el artículo 24 prevé actividades económicas cuyo objeto esté *relacionado* con los fines fundacionales o sean *complementarias o accesorias* de las mismas. Si la obtención de recursos para el objeto fundacional es mediante una actividad que no guarda relación con este, quedaría excluida de la aplicación del régimen jurídico previsto (DE ÁNGEL YÁGÜEZ, 2003: 25-26)

mercantil²¹ por su condición de empresaria u operadora económica²², o por su intervención indirecta en una actividad empresarial. Las primeras, las fundaciones-empresa, cuando actúan directamente y de forma personal en el mercado, tendrían la consideración de empresarias²³, adquiriendo su estatuto jurídico como empresaria social, pese a que no tengan naturaleza asociativa²⁴, dado que se trata de una estructura jurídica que ejerce la actividad empresarial en nombre propio asumiendo las consecuencias patrimoniales que se deriven de la actividad; y las fundaciones con empresa, en función de la participación que la fundación tenga sobre el agente que desarrolla la actividad empresarial (EMBID, 2010: 1379), podría considerarse como integrante en un grupo de empresas²⁵, dado que su participación en la toma de decisiones del operador económico que actúa en el mercado, podría suponer la imposición del criterio de la fundación, que sería de obligado cumplimiento para la estructura que sí actúa como empresaria. Si la fundación resulta la entidad controlante o dominante de la sociedad participada, tendría la titularidad de la "unidad de decisión", que es elemento decisivo para su consideración como grupo, lo que la situaría en la órbita de las uniones de empresarios (EMBID, 2010: 1379; y 2015: 401).

El desarrollo de una actividad económica, tal y como requiere la LES para la consideración de las fundaciones como entidades de la economía social, ha de vincularse con las posibilidades que se prevén en el artículo 24.1 LF de "desarrollar" –directamente– y de "intervenir" –a través de su participación en sociedades– en el mercado. Respecto al desarrollo directo de la actividad económica, existe una corriente mercantilista mayoritaria en admitir el carácter empresarial de la fundación y su adscripción al régimen mercantil y al propio de la economía social. Pero la intervención a través de su participación en sociedades, va a depender del grado de participación que puntualmente tenga la fundación en la sociedad, dado que puede suponer una mera posibilidad de financiación con la posible obtención de ganancias

²¹ Como ha destacado EMBID, "la referencia al Derecho supletorio en materia fundacional se está abriendo paso desde hace tiempo en la legislación española a propósito de algunas fundaciones especiales, como son las cajas de ahorros y las fundaciones bancarias" (EMBID, 2015: 408)

²² No vamos a entrar en la diferenciación entre el concepto de empresario y el de operador económico, porque partimos de que, en cualquier caso, operan en el mercado y tienen una intervención económica profesional, que es lo que la LES exige para el reconocimiento de una fundación como entidad de la economía social: "las fundaciones [...] que lleven a cabo actividad económica" (art. 5.1 LES)

²³ En contra de este argumento, hay autores que entienden que al centrar el Código de Comercio el carácter de empresario a las personas física o a las compañías mercantiles o industriales, no podría considerarse como comerciante –empresaria– a una estructura jurídica que no es de compañía –sociedad– (DE PRADA GONZÁLEZ, 2002: 82-83)

²⁴ Las fundaciones son personas jurídicas que no parten de un contrato asociativo, sino de la voluntad del, o de los fundadores, de vincular un patrimonio a un fin, pero sin miembros que decidan –solo, en su caso, gestores (patronos) del patrimonio ajeno– y sin el destino de las ganancias a sus miembros, característico del contrato de sociedad (arts. 1665 Cc o 116 CCOM). De hecho, el Código civil se cuida mucho de distinguir a las fundaciones de las asociaciones –del orden que sea–, o de cualquier otra persona jurídica sin ánimo de lucro: artículos 35.1; 37; 39; 212; 275 o 993 Cc. No obstante, en el ámbito fundacional "el recurso al Derecho de sociedades de capital se consolida con el paso del tiempo, seguramente por el hecho de su creciente influjo en la elaboración misma de la normativa fundacional, algunas de cuyas instituciones centrales han recibido la impronta de figuras bien contrastadas en el ámbito societario" (EMBID, 2015: 408).

²⁵ En sentido contrario, negando el carácter de intervención de las fundaciones en actividades económicas a través de su participación en sociedades, un autor como DE ÁNGEL YÁGÜEZ afirma que, "como mucho, podrían justificarse cautelas del tono de la establecida en el apartado 3 del antiguo artículo 22, esto es, la de que las fundaciones con participación mayoritaria en una sociedad no personalista deban dar cuenta de dicha participación al Protectorado [...] la circunstancia de que ésta –la fundación– sea titular de alguna participación en una sociedad mercantil no es bastante, a mi entender, para afirmar que es la propia fundación la que desempeña o desarrolla la «actividad económica» que constituye el objeto de esta sociedad" (DE ÁNGEL YÁGÜEZ, 2003: 16)

repartidas (dividendos), o si participa en la gestión de la sociedad, pese a no asumir personalmente los efectos de lo que hace la sociedad en el mercado, sí que participa indirectamente en una actividad empresarial, llevando a cabo una actividad económica profesional, que la vincula con el ámbito mercantil a los grupos de empresas, y con el de la economía social.

7. LAS FUNDACIONES COMO EMPRESAS SOCIALES

El hecho de que una estructura pertenezca a una categoría jurídica no la invalida para que pueda, además, participar en otra si cumple sus presupuestos. Es lo que les ocurre a las cooperativas de iniciativa social, que son un tipo de sociedad de los que están recogidos como entidad de la economía social por ser sociedad cooperativa, además, siendo el origen del desarrollo legislativo posterior de las empresas sociales, cumple, como ha quedado reseñado en el primer epígrafe de este trabajo, con los parámetros que desde el ámbito institucional y legal europeo se ha asignado a las empresas sociales.

Las fundaciones con actividad económica también son una de las entidades que se enuncian y califican en la LES como propia de la economía social, pero ello no le restaría, si fuera el caso, el acomodo de la estructura jurídica a la categoría de las empresas sociales. Solo hay que identificar si los requisitos que se exigen para tal consideración de empresa social se aprecian en el régimen legal de las fundaciones. Desde la fijación de las dimensiones claves para la consideración de una empresa como social por el grupo de investigación EMES en el proyecto *The Emergence of Social Enterprise*, de 2001, centradas en la dimensión económico/empresarial (actividad en el mercado por encima del 25 %); la social (en pos del bien común social reconocido legislativamente, debiendo estar el fin social explícito claramente definido a nivel estatutario); y la relativa a la propiedad/gobernanza (con límites en la distribución de beneficios, y que en la gestión y control de la estructura todas las partes interesadas estén representadas), siendo la interacción de las tres dimensiones lo que determina si una organización puede o no calificarse como una empresa social, y que son las que ha fijado institucionalmente la Unión Europea, analizando si las mismas se cumplen en las fundaciones, concluiremos, o no, si, además de pertenecer a las entidades de la economía social, también pueden ser reconocidas como empresas sociales.

7.1. La dimensión social de las fundaciones

La primera de las dimensiones fijadas para la apreciación de la estructura jurídica como empresa social es, precisamente, la social, tal y como se recoge en el informe de BORZAGA, *et al*, publicado por la Comisión Europea en 2020 sobre las empresas sociales y sus ecosistemas en Europa, al señalar que "las empresas sociales persiguen objetivos sociales explícitos con vistas a beneficiar a la sociedad en general o a grupos específicos de partes interesadas frágiles" (BORZAGA, *et al*, 2020: 122).

Esta dimensión se aprecia en el régimen jurídico y concepción de las fundaciones, puesto que, en España, son organizaciones que tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general (art. 2.1 LF). Además, en los estatutos sociales deberán figurar los fines fundacionales (art. 11.1.b LF), que tienen que perseguir fines de interés general (art. 3.º LF). Y si este planteamiento jurídico de base no resultara tan evidente para su ajuste a la dimensión social, la

primera frase del epígrafe del informe de la Comisión Europea referido a la dimensión, comienza con la afirmación “*Al igual que las organizaciones de voluntariado y las fundaciones, las empresas sociales persiguen objetivos sociales explícitos*” (BORZAGA, et al, 2020: 122), identificando las actividades de las fundaciones con las de las empresas sociales.

7.2. La dimensión económica/empresarial de las fundaciones

A las empresas sociales se le exige una presencia autosuficiente en el mercado que las distinguen de las organizaciones fundamentalmente subvencionadas en sus fines y que no realizan una actividad económica que ayude a la autosuficiencia. De hecho, se considera que las organizaciones que operan como empresas sociales se sitúan entre las asociaciones de prestación de servicios y las empresas convencionales, básicamente por el requisito de que al menos su actividad propia en el mercado esté por encima del 25 %.

En la normativa estatal de Fundaciones, se exige, por un lado, que la dotación patrimonial de la fundación “ha de ser adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales” (art. 12.1 LF), para conseguir la autosuficiencia financiera. Además, continúa el precepto señalando que se presumirá que existe suficiente dotación cuando el valor de lo aportado alcance los 30.000 euros (art. 12.1 LF), mucho más que un capital mínimo en la mayoría de las sociedades mercantiles que operan en el mercado –todas excepto el de las sociedades anónimas–. En cualquier caso, la dotación fundacional se presume –no se considera– suficiente con tal valor, pero, llegado el caso, podrá romperse tal presunción y ser considerada insuficiente en función de los fines fundacionales que se pretendan. Además, la suficiencia de la dotación ha sido interpretada como que “debe generar rentas o ingresos que permitan atender o desarrollar actividades de interés general [...] deben permitir el desarrollo de estas actividades no necesariamente el primer año, sino dentro de los tres años a partir de la constitución” (LÓPEZ-NIETO, 2006: 196), con lo que la perpetuación, o al menos el mantenimiento significativo en el mercado, resultará una exigencia consustancial para las fundaciones con actividad económica.

Por otro lado, señala el artículo 27 LF, que, al menos, el setenta por cien de los resultados de las explotaciones económicas que se desarrollen y de los ingresos que se obtengan por cualquier concepto, deducidos los gastos, se destinen a los fines fundacionales –de interés general–. Se parte, pues, de que debe haber resultados económicos por la actividad que desarrolla la fundación, para destinar un porcentaje relevante al fin fundacional, aunque conservando, para perpetuación de la fundación, otra parte de tales ingresos. Y si el carácter dotacional de la actividad no principal de la fundación no pudiera equipararse al desarrollo de una pura actividad de empresa en la búsqueda de beneficios, al menos sí estará por encima de las entidades puramente subvencionadas, que es lo que destaca el informe de Las empresas sociales y sus ecosistemas en Europa.

7.3. La dimensión inclusiva de la gobernanza y la propiedad

El contenido de la dimensión de la gobernanza y la propiedad de las empresas sociales, se concentra en la “implicación de la participación de las partes interesadas a través de diferentes medios [...] inclinación hacia el empoderamiento de los destinatarios [...] representan diferentes intereses en juego e implican a una

pluralidad de partes interesadas en sus órganos de gobierno, incluidos beneficiarios, voluntarios, trabajadores y donantes, y se gestionan de acuerdo con principios democráticos" (BORZAGA, *et al*, 2020: 123).

La cuestión de la gestión democrática parece evidente, ya que el órgano de gestión de las fundaciones es un órgano colegial, el Patronato, que adoptará sus acuerdos de forma democrática, por mayoría (art. 14 LF).

En cuanto a la propiedad de la fundación, dado que se trata de un patrimonio afecto a un fin, la propiedad de la misma desaparece, puesto que cuando se hace la dotación inicial, o durante la existencia de la fundación, la titularidad de todos los bienes y derechos integrantes de su patrimonio pasan a ser titularidad de la propia fundación (art. 20 LF), y resultando que las aportaciones realizadas a la dotación fundacional en la medida en que se conceden sin contraprestación no conllevan la aparición de ningún derecho para el aportante²⁶, con lo que la única parte interesada en la propiedad es la propia fundación, que es la implicada en la actividad fundacional, con la única inclinación del empoderamiento de los destinatarios, dado el carácter de interés general de esta. La pluralidad de partes interesadas en sus órganos de gobierno quedará a la voluntad del o de los fundadores, y se preverá en los estatutos de la fundación, pero sus acuerdos, aunque mediatizados por la voluntad y forma de desarrollo de la actividad fundacional expresada por los fundadores, siempre serán democráticos por el régimen de mayoría del patronato.

En cualquier caso, con el cumplimiento de estos parámetros, y considerando que la interacción de las tres dimensiones analizadas es lo que determina si una organización puede o no calificarse como una empresa social, podemos concluir que el peso y conjunción de todas ellas en el marco legal y forma de actuación de las fundaciones, permite afirmar que las fundaciones españolas con actividad económica también deben enmarcarse en la legislación europea y en el derecho comparado europeo entre las denominadas "Empresas Sociales".

²⁶ Vid. Consulta 1 BOICAC nº 46/2001. Aportación realizada por una sociedad anónima al fondo dotacional de una fundación.

BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2015): La fundación como persona jurídica, recuperado de <https://almacenederecho.org/la-fundacion-como-persona-juridica/>.
- ALTZELAI ULIONDO, I. (2020): "Un marco jurídico para la empresa social en la Unión Europea", *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 37, pp. 105-140. DOI: <https://doi.org/10.7203/CIRIEC-JUR.37.17845>.
- ALVARADO RIQUELME, M., DE VICENTE OLIVA, M.A., GARCÍA VEGAS, R., & AGAFONOW, A. (2015). "Economía social y empresa social. Análisis del marco conceptual y jurídico en España". *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, (14), 84-97. DOI: <http://dx.doi.org/10.24965/gapp.v0i14.10291>.
- BLANCH NOUGUÉS, J.M. (2008): "Sobre la personalidad jurídica de las «fundaciones» en Derecho romano", *Revista General de Derecho Romano*, nº 10, pp. 1-12. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2677038>.
- BORZAGA, C.; GALERA, G.; FRANCHINI, B.; CHIOMENTO, S.; NOGALES, R., y CARINI, C. (2020): Las empresas sociales y sus ecosistemas en Europa — Informe comparativo, Comisión Europea, Luxemburgo, Recuperado de <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&langId=es&pubId=8274>.
- CHAVES ÁVILA, R., Y MONZÓN CAMPOS, J.L. (2018). "La economía social ante los paradigmas económicos emergentes: innovación social, economía colaborativa, economía circular, responsabilidad social empresarial, economía del bien común, empresa social y economía solidaria". *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, nº, 93, pp. 5-50. DOI: <https://doi.org/10.7203/CIRIEC-E.93.12901>
- COMISIÓN EUROPEA (2021): *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, sobre Construir una economía que funcione para las personas: un plan de acción para la economía social, COM(2021) 778 final*, de 9 de diciembre de 2021. Recuperado de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021DC0778&from=ES>.
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. (2003): "Actividades económicas (mejor empresariales) de las fundaciones". *Estudios de Deusto*, vol. 51, nº 2, pp. 11-45. DOI: [https://doi.org/10.18543/ed-51\(2\)-2003pp11-45](https://doi.org/10.18543/ed-51(2)-2003pp11-45).
- DE PRADA GONZÁLEZ, J.M. (2002): "Actividades mercantiles de las Fundaciones", en *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero. Vol. I*, AA.VV., McGraw Hill, pp. 53-99.
- DEFOURNY, J. & NYSSSENS, M. (2010). "Social enterprise", en *The Human Economy. A Citizen's Guide*, 284-292, recuperado de <https://orbi.uliege.be/bitstream/2268/89771/1/Defourny%20Nyssens%20in%20Hart%20et%20al.2010.pdf>.
- EMBID IRUJO, J.M. (2010), "La inserción de una fundación en un grupo de empresas: Problemas jurídicos", *Revista de Derecho Mercantil*, nº 278/2010, pp. 1373-1400.
- EMBID IRUJO, J.M. (2015): "El lugar de la fundación en el Código Mercantil", en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil. Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III de Madrid, pp. 397-412. Recuperado de. <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/21012>.
- FICI, A. (2020). "La empresa social italiana después de la reforma del tercer sector". *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 36, pp. 177-193. DOI: <https://doi.org/10.7203/CIRIEC-JUR.36.17109>.

- HALABISKY, D., LAECHELT, N., RIJSENS, J., y SHYMANSKI, H. (2023): "Training Schemes", in *Policy Brief on Improving the Effectiveness of Inclusive and Social Entrepreneurship*, Comisión Europea y OCDE. Recuperado de <https://www.oecd.org/publications/improving-the-effectiveness-of-inclusive-and-social-entrepreneurship-training-schemes-8386c4de-en.htm>.
- IMPRESA SOCIALE (1990): "Impresa Sociale: Area tematica, obiettivi, linea editoriale", *Impresa Sociale*, nº 0, pp. 3-7, recuperado de <https://rivistaimpresasociale.s3.amazonaws.com/uploads/ckeditor/attachments/745/00.PDF>.
- LÓPEZ-NIETO Y MAYO, F. (2006): *La ordenación legal de las fundaciones*, Wolters Kluwer España, S.A., Madrid.
- MACÍAS RUANO, A.J. (2022): "Marco normativo para las empresas sociales en España para el freno de la desigualdad", *CIRIEC-España. Revista jurídica de economía social y cooperativa*, nº 40, 2022, pp. 241-276. DOI: 10.7203/CIRIEC-JUR.40.24321.
- MONTOLIO, J.M. (2002). Economía social: concepto, contenido y significación en España", *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, nº 42, pp. 5-31
- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE) (2022): *Recomendación del Consejo sobre la Economía Social y Solidaria y la Innovación Social*, recuperado de <https://legalinstruments.oecd.org/api/download/?uri=/public/9fb3ff40-8e07-42d9-9b23-c6973bb506dd.pdf>.
- PÉREZ-SUÁREZ, M.; SÁNCHEZ-TORNÉ, I.; PÉREZ-TRONCOSO, D. (2021). "La Empresa Social: realidad de la Economía Social en España". *REVESCO. Revista de Estudios Cooperativos*, vol.139, DOI: <https://doi.org/10.5209/reve.77445>
- SÁNCHEZ-TORNÉ, I. & PÉREZ-SUÁREZ, M. (2020). "Un diagnóstico de situación de la empresa social en España". *GIZAEKOA-Revista Vasca de Economía Social//GEZKI*, (17), 7-34. DOI: <https://doi.org/10.1387/gizaekoa.22225>.
- VARGAS VASSEROT, C. (2021.a). "Las empresas sociales: Regulación en derecho comparado y propuestas de "lege ferenda" para España". *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, nº 150, 63-85.
- VARGAS VASSEROT, C. (2021.b): La Empresa social. Concepto, regulación en Europa y propuesta de *lege ferenda* para el ordenamiento español, en *Responsabilidad, economía e innovación social corporativa*, AA.VV., Dir. Vargas Vasserot, Coord. Hernández Cáceres, Marcial Pons, pp. 315-341.
- VARGAS VASSEROT, C. (2022). "Las empresas sociales como entidades de la economía social en el Plan de Acción Europeo. Propuestas *lege ferenda* para su reconocimiento en España en la Ley 5/2011 de Economía Social", *CIRIEC-España. Revista jurídica de economía social y cooperativa*, nº 41, 2022, pp. 289-329. DOI: 10.7203/CIRIEC-JUR.41.25776.