

INFORME DE LA INTERVENCIÓN GENERAL DE LA COMUNIDAD DE MADRID DE 28 DE MAYO DE 2004. SUBVENCIONES. CONSIDERACIÓN DE LAS FUNDACIONES COMO EMPRESA A EFECTOS DE PERCEPCIÓN DE UNAS DETERMINADAS AYUDAS.

Se ha recibido en esta Intervención General procedente de la Intervención Delegada en la Consejería de A.....@consulta formulada en relación a la consideración como empresa de las Fundaciones, a los efectos de la percepción de unas determinadas ayudas.

Dicha consulta se plantea a la vista de los siguientes:

ANTECEDENTES

1.- Por la Intervención Delegada se recibió propuesta de concesión de subvención procedente del Instituto A.....@ con número de expediente PIE/388/03, correspondiente a la convocatoria regulada por Orden 16/2002, de 3 de enero, de la Consejería de A.....@ Plan de Innovación Empresarial, a la empresa AF. ACC., S.A., a efectos de su preceptiva fiscalización.

2.- Examinadas las actuaciones que integran el expediente, la Intervención Delegada emitió informe de fiscalización desfavorable, con fecha 9 de enero de 2004, en base a los siguientes razonamientos:

"La empresa AF. ACC., S.A. no cumple con el criterio de independencia necesario para tener la condición de beneficiario según lo dispuesto en el art.3.2 c) de la Orden 16/2002, de 3 de enero, de la Consejería de A.....@ Plan de Innovación Empresarial, al encontrarse participada en el 100% por la empresa AF. Grupo, S.A. empresa que a su vez se encuentra también participada en el 100% por la empresa Fundación ABC cuyo volumen de negocio anual excede de los límites marcados en la citada orden para poder ser considerada como PYME".

3.- El 19 de enero de 2004 se contesta por el Órgano Gestor al reparo formulado, manifestándose que *"La Fundación ABC, como bien indica su nombre, es una Fundación, y como tal, sin ánimo de lucro por lo que no se ve afectada por el Reglamento 70/2001 de PYME. De hecho, ya han sido subvencionadas varias empresas del grupo".*

4.- Por último, la Intervención Delegada se ratifica en el reparo formulado en base a los siguientes razonamientos:

De conformidad con el art. 1 de Anexo de la Recomendación 2003/361/CE, de 6 de mayo, "Se considerará empresa toda entidad, independientemente de su forma jurídica, que ejerza una actividad económica. En particular, se considerarán empresas las entidades que ejerzan una actividad artesanal u otras actividades a título individual o familiar, las sociedades de personas y las asociaciones que ejerzan una actividad económica de forma regular".

Por otra parte, el artículo 24 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, establece que *"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 Y"

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, la Intervención Delegada considera que la Fundación ONCE ejerce una actividad económica por lo que tiene la consideración de empresa, cuyo volumen de negocio anual excede de los límites marcados para ser considerada como PYME, motivo por el cual las empresas que por ella se encuentren participadas en más del 25 por ciento no cumplen el criterio de independencia exigido en el artículo 3.2 c) de la Orden 16/2002, de 3 de enero, de la Consejería de A.....@ Plan de Innovación Empresarial.

Por tanto, y en función de los antecedentes expuestos, se suscitan las siguientes

CUESTIONES

1.) Tienen las Fundaciones la consideración de empresa a los efectos del artículo 3.2 de la Orden 16/2002, de 3 de enero, de la Consejería de A.....@ Plan de Innovación Empresarial?
2. En caso negativo,) se podrían considerar como inversores institucionales y, por tanto, incluidas dentro de las excepciones del artículo 3.2 c) de la mencionada Orden 16/2002?

Respecto a las cuestiones planteadas se efectúan las siguientes

CONSIDERACIONES

I

En primer lugar, hay que verificar cuál es el objetivo y fin de la subvención a abonar, así como los requisitos que han de cumplir los beneficiarios que podrán acogerse a las ayudas objeto de análisis.

La Orden 16/2002, de 3 de enero de la Consejería de A.....@ regula unas subvenciones cuyo objeto es el Plan de Innovación Empresarial de la Comunidad de Madrid 2002-2005, que tiene por objeto, según su artículo primero, en regular el procedimiento de concesión de ayudas, en régimen de publicidad, concurrencia y objetividad, a **empresas** que desarrollen o vayan a desarrollar sus actividades en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid y que realicen alguna o algunas de las actividades que se expresan a continuación:

1. Creación de empresas de base tecnológica y en general las vinculadas a actividades relacionadas con nuevas tecnologías.
2. Contratación de servicios externos avanzados de consultoría y/o ingeniería que permitan la introducción o el uso racional en las empresas de nuevas tecnologías.
3. Actividades de Investigación y el Desarrollo tecnológico, tanto de procesos como de productos y/o servicios.
4. Inversiones en activos nuevos derivados de la implantación de nuevas tecnologías.

En el artículo 3 "Beneficiarios" de la mencionada Orden se determina que "Podrán acogerse a las ayudas contempladas en la presente Orden las empresas que en el momento de la solicitud reúnan los requisitos siguientes:

1. Que desarrollen o vayan a desarrollar su actividad y realicen el proyecto objeto de la ayuda en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid.
2. Excepto en el caso de proyectos de Investigación y Desarrollo, definidos en el Capítulo III de la presente Orden, deberán tener la consideración de pequeña y mediana empresa, en los términos establecidos en el Anexo I del Reglamento (CE) número 70/2001 de la Comisión, de 12 de enero de 2001, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas estatales a las pequeñas y medianas empresas.

En la normativa referida en el párrafo anterior, se define la pequeña y mediana empresa (PYMES en adelante), aquellas empresas que cumplen los siguientes requisitos:

- S Que empleen a menos de 250 personas.
- S Cuyo volumen de negocio anual no exceda de 40.000.000 de euros o cuyo balance general anual no exceda de 27.000.000 de euros.
- S Y que cumplan el criterio de independencia, entendiéndose como tal las empresas en las que el 25 por 100 o más de su capital o de sus derechos de voto no pertenezca a otra empresa, o conjuntamente a varias empresas que no respondan a la definición de PYME o de empresa pequeña. Este umbral podrá superarse en los dos casos siguientes:

Si la empresa pertenece a sociedades públicas de participación, sociedades de capital riesgo o a inversores institucionales, siempre que éstos no ejerzan, individual o conjuntamente, ningún control sobre la empresa.

Si el capital está distribuido de tal forma que no es posible determinar quién lo posee y si la empresa declara que puede legítimamente presumir que el 25 por 100 o más de su capital no pertenece a otra empresa o conjuntamente a varias empresas que no responden a la definición de PYME o de pequeña empresa.

De la regulación reseñada, se constatan los fines que son objeto de la actividad subvencionada que son los definidos en el artículo 1 y que han de ser realizados por **empresas**, las cuales según las condiciones previstas en el artículo 3 de la Orden han de tener **la consideración de pequeña y mediana empresa**, excepto para aquellos **proyectos de Investigación y Desarrollo**, además dichos entes han de cumplir el requisito de independencia.

II

En la consideración anterior se fijan aquellas características que han de reunir las entidades beneficiarias de las ayudas objeto de regulación, las cuales son las siguientes:

- S Han de ser pequeñas y medianas empresas según definición dada en el Anexo I del Reglamento (CE) número 70/2001 de la Comisión, de 12 de enero de 2001.
- S Pueden ser empresas sin el requisito de pequeña o mediana empresa, únicamente en aquellos proyectos de Investigación y Desarrollo.

S Han de cumplir el criterio de independencia.

Este último criterio de **independencia** debe considerarse un criterio básico en este tipo de ayudas. Sobre dicho particular se pronuncia la recomendación 1996/208/CE en la que se definen de pequeñas y medianas empresas, estableciendo que una PYME perteneciente a un grupo importante dispone de medios y de una asistencia que no tienen sus competidores de igual dimensión, siendo necesario excluir a aquellas entidades jurídicas compuesta por PYME que constituyen un grupo cuya potencia económica supera en realidad a la de una PYME. Por tanto, en lo referente al criterio de independencia, los Estados miembros, deberían garantizar que no eludan la definición las empresas que, si bien respetan formalmente dicho criterio, de hecho están controladas por una gran empresa o, de forma conjunta, por varias grandes empresas.

Relacionado con el concepto de independencia, se hace precisa la definición de lo que se considera **empresa**. Según la Recomendación 2003/361/CE, se considera a toda entidad, independientemente de su forma jurídica, que ejerce una **actividad económica**, incluidas, en particular, las entidades que ejercen una actividad artesanal y otras actividades a título individual o familiar, las sociedades personalistas o las asociaciones que ejercen una actividad económica.

Sobre la cuestión sometida a examen se hace necesario el análisis del concepto de lo que es una **Fundación**, y si en base a dicha definición puede considerarse o no como empresa. La Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones las define como organizaciones constituidas sin fin de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general.

Según el artículo 3 de la Ley 50/2002, *"Las Fundaciones deberán perseguir fines de interés general, como pueden ser, entre otros, los de defensa de los derechos humanos, de las víctimas del terrorismo y actos violentos, asistencia social e inclusión social, cívicos, educativos, culturales, científicos, deportivos, sanitarios, laborales, de fortalecimiento institucional, de cooperación para el desarrollo, de promoción del voluntariado, de promoción de la acción social, de defensa del medio ambiente, y de fomento de la economía social, de promoción y atención a las personas en riesgo de exclusión por razones físicas, sociales o culturales, de promoción de los valores constitucionales y defensa de los principios democráticos, de fomento de la tolerancia, de desarrollo de la sociedad de la información, o de investigación científica y desarrollo tecnológico. La finalidad fundacional debe beneficiar a colectividades genéricas de personal "*

En el artículo 24 -Actividades económicas- de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, determina en su apartado primero que *"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, podrá intervenir en cualesquiera actividades económicas a través de su participación en sociedades Y "

Como se observa las Fundaciones pueden efectuar cualquier tipo de actividad económica para el cumplimiento de sus fines. Ahora bien nos encontramos ante el problema de determinar si toda explotación económica, aunque sea coincidente con los fines fundacionales, es una actividad mercantil o empresarial.

En el Derecho mercantil vigente no es posible encontrar un concepto jurídico de empresario, al

no existir norma legal alguna que contenga una definición completa y apropiada; pero no es menos cierto que ese concepto puede deducirse del análisis sistemático de la normativa en vigor. En este sentido, es empresario la persona natural o jurídica que, por sí o por medio de representantes, ejercita en nombre propio una actividad económica de producción o de distribución de bienes o de servicios en el mercado, adquiriendo la titularidad de las obligaciones y derechos nacidos de esa actividad¹.

Resulta conveniente reseñar la doctrina emanada de resoluciones del Tribunal Económico Administrativo Central, que en resoluciones de 15 de abril de 1986 y 8 de abril de 1996 viene a exigir, para que pueda existir explotación económica, la concurrencia cumulativa de tres requisitos:

- S Utilización del capital y del trabajo, conjuntamente, o de uno solo de estos factores, en una actividad productiva.
- S Actuación por cuenta propia, es decir, asunción de los riesgos económicos derivados de dicha actividad.
- S Realización de una actividad productiva, entendiendo por tal la producción de bienes o prestación de servicios ofertados en el mercado.

De todo lo expuesto, puede alcanzarse una primera conclusión, de acuerdo con la cual, cuando una asociación ejercita una actividad empresarial con carácter instrumental respecto de sus fines adquiere por este mero hecho la condición de empresario, y ello incluso en el caso de que la actividad empresarial que desarrolla sea secundaria o accesorio. Cualquier asociación que ejercite una actividad empresarial adquiere, como cualquier otra persona física o jurídica que así actúe, carácter de sujeto mercantil: la asociación estará obligada a llevar una contabilidad ordenada y adecuada a la actividad que desarrolle y, en caso de insolvencia, estará expuesta a la quiebra, y no al concurso de acreedores.

Por tanto, y en base a las consideraciones expuestas también las fundaciones -organizaciones sin ánimo de lucro cuyo patrimonio está afecto de modo duradero a la realización de los fines de interés general fijados por el fundador- pueden ejercitar una actividad empresarial con carácter instrumental respecto de dichos fines, y en ese caso adquirirán la condición de empresario².

Una vez analizada la definición de lo que se considera empresa, habiéndose determinado que aquellas actividades económicas que llevan a cabo las Fundaciones o asociaciones sin ánimo de lucro tienen carácter empresarial, pudiendo considerarse a estas últimas como empresas, vamos a proceder a la delimitación de los caracteres que componen las Empresas pertenecientes a un mismo Grupo.

1

Doctrina expuesta por Rodrigo Uría y Aurelio Menéndez en el Libro Curso de Derecho Mercantil I.

2

Doctrina expuesta por Rodrigo Uría y Aurelio Menéndez en el Libro Curso de Derecho Mercantil.

Existe numerosa doctrina y jurisprudencia elaborada respecto a las **Empresas de Grupo** aplicable dentro del ámbito laboral, cuya aplicación puede ser extensible al ámbito de las relaciones empresarios- administración.

"En la base de la creación jurisprudencial del "tipo" grupo de empresas está la noción reflexiva de empresario laboral y lo que la jurisprudencia llama su "avenimiento al principio de realidad": "la búsqueda de la realidad auténtica de los hechos, más allá de los formalismos y formalidades jurídicas, evitando que pese sobre el trabajador el oneroso deber de indagación de interioridades negociables subyacentes que suelen ser difíciles de descubrir; y en aras de la seguridad jurídica, evitando así empresas ficticias y sin garantías de responsabilidad". En efecto, el avenimiento a este "principio de realidad" y a la concepción estatutaria del empresario laboral ha llevado a la jurisprudencia a trascender, en determinados supuestos, las personalidades jurídicas diferenciadas de las empresas que conforman el grupo para considerar al grupo entero empresario a efectos laborales y concluir la responsabilidad solidaria de las empresas que lo integran. En los supuestos en los que el grupo resulta ser el verdadero empresario laboral, esto es, cuando se evidencia la existencia del "tipo" grupo-empresario laboral elaborado por la jurisprudencia, ésta quiebra con el principio del respeto a las personalidades jurídicas diferenciadas de las empresas que lo integran, principio que sigue rigiendo con carácter general la asignación de responsabilidades laborales en los restantes supuestos de grupos de empresa. Se trata, así, de "restaurar" la correspondencia entre el empresario "real" y el "formal", de hacer que responda como empresario laboral quien recibe la prestación de servicios de forma subordinada y por cuenta ajena³.

) Cuáles son las notas distintivas del tipo "grupo laboral de empresas"? La jurisprudencia y la doctrina han identificado como notas típicas del grupo laboral de empresas las cuatro siguientes:

1. En primer lugar, la confusión de trabajadores, es decir, con independencia de la sociedad a la que los trabajadores aparecen formalmente adscritos éstos trabajan de manera simultánea o sucesiva indiferenciadamente para varias empresas del grupo. La ligazón, en este punto, de la construcción con el concepto laboral de empresario recogido en el art. 1.2 del Estatuto de los Trabajadores, conforme a la cual la condición de empresario corresponde a la organización receptora de los servicios.
2. En segundo lugar, la confusión de patrimonios, esto es, cuando entre las sociedades que integran el grupo existe un alto grado de comunicación de sus patrimonios. La existencia de una comunicación patrimonial entre las distintas sociedades de un grupo evidencia el carácter de empresa de éste. La aplicación que los tribunales hacen del indicio de la confusión de patrimonios es laxa y no exenta de problemas. Mayoritariamente por tal se entiende las situaciones de trasiego patrimonial entre las empresas del grupo, pero no faltan las sentencias que consideran confusión patrimonial la derivada de la existencia de importantes lazos accionariales o participaciones entre las distintas sociedades del grupo.

3

El autor Francisco Pérez de los Cobos Orihuel en la publicación Aranzadi Social titulada *AEI desvelo de los grupos de empresa*@

3. En tercer lugar, la dirección unitaria, es decir, la actuación del grupo bajo unos mismos criterios o coordinadas, bajo un mismo poder de dirección. La Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1988 señala que cuando *"las sociedades demandadas, aun actuando formalmente como independientes, lo hacen coordinadamente, con una dirección única, sometidas así a unos mismos dictados y coordinadas, nos encontramos ante un mismo patrono a efectos laborales con la consecuencia obviamente añadida de que las obligaciones nacidas del contrato de trabajo son exigibles no sólo de la sociedad que aparecen en condición de empleador sino también de las otras que devienen cotitulares patronales en cuanto integrantes de un mismo grupo"*.
4. En cuarto lugar, la creación de una apariencia externa de unidad empresarial. La creación de una apariencia verosímil obliga respecto de aquellos que de buena fe aceptan esta apariencia como una realidad. Cuando como consecuencia de una actuación conjunta en el mercado se produce una apariencia externa unitaria, que induce a confusión a quienes contratan de buena fe con las empresas del grupo, éstas deben hacer frente a la solidaridad que han hecho creer.

Al margen de la perspectiva laboral en la consideración de empresas de grupo, en el ámbito subvencional y en concreto en la ayuda objeto de análisis el concepto de vinculación viene definido en el artículo 3.2.c. de la Orden 16/2002 en el que se considera como empresas que no cumplen el criterio de independencia aquellas empresas en las que el 25% o más de su capital o de sus derechos de voto no pertenezca a otra empresa, o conjuntamente a varias empresas que no respondan a la definición de PYME o de empresa pequeña.

Dicho concepto es coincidente con el concepto de vinculación que se encuentra regulado en el artículo 16 de la Ley del Impuesto de Sociedades, en cuya letra i) se consideran personas o entidades vinculadas a *"dos sociedades en las cuales los mismos socios o sus cónyuges, ascendientes o descendientes participen, directa o indirectamente en, al menos, el 25% del capital social"*.

III

Una vez expuestos los requisitos necesarios para la concesión de la subvención, así como determinados los elementos que han de tenerse en cuenta para la consideración de una empresa como perteneciente a un grupo de empresas, sociedades o entes y su correspondiente vinculación, vamos a analizar la naturaleza de la sociedad solicitante de la ayuda objeto de análisis.

De acuerdo con los datos remitidos, la empresa solicitante de la subvención es AF. ACC., S.A.@ cuyo objeto social, según la redacción de los estatutos en la escritura de protocolización de Acuerdos Sociales de nueve de abril de 1997 aportados tras solicitar la documentación a la Intervención Delegada, es el siguiente:

- a) Fabricación, montaje, distribución, comercialización, importación y exportación de los productos llamados ayudas técnicas, incluidos los productos de ortopedia clásicos.
- b) Actividades de investigación y asesoramiento técnico en el sector de ayudas técnicas y ortopedia.
- c) Formación de las personas que intervengan en cualquiera de los procesos o

actividades señalados.

d) El asesoramiento y gestión de toda clase de asuntos referentes a la construcción y en especial, la elaboración de estudios, proyectos e informes de eliminación de barreras arquitectónicas en obras tanto públicas como privadas, urbanización de terrenos, así como la realización de operaciones inmobiliarias de promoción, compra y venta de inmuebles.

e) La explotación de patentes y modelos de utilidad relativos a vehículos de todo tipo adaptados para su uso por personas con minusvalías;Y .

La Entidad AF. Grupo, Sociedad Anónima@ aportó el 90% del valor nominal del capital social, según consta en la Escritura de Constitución de la compañía AT. A., SA@ de fecha 15 de noviembre de 1990, que con posterioridad pasó a denominarse AF. Acc. , S.A.@según la escritura de 9 de abril de 1997, cuyo socio único lo constituye en la actualidad la ya mencionada AF. Grupo, SA@.

Dicho Ente, AF. Grupo, SA@a su vez, está participado en un 100% por la AFundación ABC@ en cuyos estatutos se ha determinado lo siguiente:

Artículo 1.1.- Creación y denominación.

1.1.- La AOrganización@ha decidido mediante acuerdo 2E/88-2.2 de fecha 28 de enero de 1988 de su Consejo General, la creación de una Fundación asistencial por razones de solidaridad social con personas discapacitadas de conformidad con la Escritura Fundacional y los presentes Estatutos.

1.2.- La Fundación asistencial ahora creada por la AOrganización@tendrá la denominación de "Fundación ABC@para la cooperación e integración social de personas con discapacidad".

Artículo 31.- Naturaleza y régimen jurídico.

3.1.- La Fundación tiene fines sociales y carácter permanente.

3.2.- La Fundación se regirá por la voluntad del Fundador manifestada en los presentes Estatutos, por las normas y disposiciones que establezca el Patronato en desarrollo de la voluntad fundacional, que no podrá ser contravenida, y por las disposiciones vigentes en la materia.

Como puede apreciarse la entidad solicitante de la subvención depende de un grupo de entidades en cuyo último tramo del eslabón se encuentra la AFundación ABC@ que como anteriormente se ha detallado se trata de una Fundación asistencial por razones de solidaridad social con personas discapacitadas que fue creada, a su vez, por la AOrganización.....@ que según el artículo 1 de la Orden de 23 de marzo de 2000 del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales por la que se aprueban los nuevos Estatutos se trata de una corporación de derecho público, de carácter social. Dicha Fundación realiza actividades de carácter económico y empresarial para el cumplimiento de sus fines, teniendo el carácter de empresa en el ejercicio de tales actos.

Hay varios ejemplos de la normativa reguladora de la AOrganización@recogidos en determinados preceptos que son indicativos de la dependencia de las Sociedades integrantes del AGrupo ABC@ en concreto, en el Real Decreto 120//1999, de 9 de julio, por el

que se modifica el Real Decreto 358/1991, de 15 de marzo, por el que se reordena la AOrganización@

En su artículo 4 apartado tercero, se determina que "A las sesiones del Consejo General asistirán con voz y sin voto, con carácter permanente, el Director General de la AOrganización@ los máximos responsables ejecutivos de la AFundación para la cooperación e integración social de las personas con minusvalías@(en adelante AFundación ABC@ y de la "Corporación Empresarial@(en adelante AC.....@; y, cuando sean convocados al efecto por la Presidencia del Consejo, aquellos ejecutivos o expertos que se considere preciso en función de la materia a tratar."

En el apartado cuarto de dicho artículo 4, se establecen, entre las funciones del Consejo General:

- S *Nominar a las personas que serán propuestas para desempeñar los cargos de máxima responsabilidad ejecutiva en AC.....@en la Fundación ABC@, en su caso, en aquellas otras personas jurídicas con las que la AOrganización.....@ tenga una fuerte vinculación societaria o institucional.*

- S *Conocer las cuentas anuales y las auditorías de AC.....@de la Fundación ABC@ y en su caso, de las personas jurídicas con las que la AOrganización.....@una fuerte vinculación societaria o institucional.*
Asimismo, el Consejo General deberá recibir información suficiente y adecuada de AC.....@y de la Fundación ABC@en materia de planificación estratégica, planes anuales de actuación, presupuestos anuales, inversiones, liquidación de presupuestos y cualquier otra materia de gran relevancia.

- S *Adoptar, cuando se forme parte de manera directa, la decisión de participar, en nombre de la organización, en la fundación de cualquier tipo de sociedades o entidades, así como la adopción, en nombre de la organización, de todas las decisiones que convengan a la actividad social de las indicadas entidades y empresas.*

En consecuencia, y dada la dependencia de la entidad solicitante de la Fundación anteriormente citada, hay que ver en este supuesto concreto y en las Bases reguladoras de la subvención, si dentro de los sujetos beneficiarios de la misma puede admitirse a un Ente de dichas características. De acuerdo con el artículo 3 de las Bases Reguladoras, las empresas que podrán acogerse a las ayudas contempladas en la presente Orden, deberán tener, excepto en el caso de proyectos de Investigación y Desarrollo, la consideración de pequeña y mediana empresa en los términos establecidos en el Anexo I del Reglamento (CE) número 70/2001 de la Comisión relativo a las ayudas estatales a las pequeñas y medianas empresas.

De todo lo anteriormente expuesto se deduce que la sociedad solicitante, dada la dependencia del AGrupo Fundación ABC@no cumple, a juicio de esta Intervención General, con los requisitos de una PYME, al estar vinculado a un Grupo cuyo estructura y volumen supera el de una pequeña o mediana empresa.

IV

En la segunda de las cuestiones planteadas se consulta sobre si puede considerarse a la AFundación ABC@como inversor institucional, admitiéndose, por tanto, la posibilidad de aplicarse la excepción del criterio de independencia fijado en el artículo 3.2. c punto segundo

de la Orden 16/2002 en el que se determina que *Así la empresa pertenece a sociedades públicas de participación, sociedades de capital riesgo o a inversores institucionales, siempre que éstos no ejerzan, individual o conjuntamente, ningún control sobre la empresa*" se cumpliría el criterio de independencia exigido.

Son inversores institucionales las grandes empresas, los bancos y cajas de ahorro, los intermediarios, las grandes fortunas, las compañías de seguros o los fondos de inversión, los cuales mueven grandes cifras de dinero en la Bolsa, hasta el punto de ser ello, prácticamente, los auténticos "dueños del mercado". El inversor institucional compra y vende a gran escala y, a través de su inversión en Bolsa, define su propia estrategia en el mercado. Las decisiones de estos inversores, y su correspondiente reflejo en la Bolsa, pueden influir en la marcha de un sector económico determinado o, incluso, en el precio de una moneda nacional.

Asimismo, en la Orden de 10 de junio de 1997 del Ministerio de Economía y Hacienda por la que se regulan las Instituciones de Inversión Colectiva se determinan en su apartado primero la tipología de instrumentos financieros derivados susceptibles de utilización, señalándose que *"Las Sociedades de Inversión Mobiliaria, los Fondos de Inversión Mobiliaria (FIM, en adelante) y los Fondos de Inversión en Activos del Mercado Monetario (FIAMM, en adelante) (todos ellos, en adelante, las "instituciones"), podrán operar con instrumentos derivados con la finalidad de asegurar una adecuada cobertura de los riesgos asumidos en toda o en parte de la cartera, como inversión para gestionar de modo más eficaz la cartera o en el marco de una gestión encaminada a la consecución de un objetivo concreto de rentabilidad, conforme a los objetivos de gestión previstos en el folleto informativo y en el Reglamento o Estatutos sociales de la Institución"*.

Del análisis del objeto de la Fundación ABC así como de la definición del inversor institucional podemos concluir que dicho Ente no se trata de un inversor institucional, no encontrándose, por tanto, entre uno de los supuestos fijados en la Orden 16/2002 que excepcionan la independencia de las empresas, como es el de la consideración de inversor institucional.

Por todo lo anteriormente expuesto, y en base a las consideraciones puestas de manifiesto y en respuesta a las cuestiones planteadas, esta Intervención efectúa las siguientes

CONCLUSIONES

- 1.- Una Fundación puede tener consideración de empresa, dado que cualquier asociación o fundación que ejercite una actividad empresarial, independientemente del carácter instrumental de la misma respecto de sus fines, adquiere, como cualquier otra persona física o jurídica que así actúe, carácter de sujeto mercantil.

Por tanto, y dada la pertenencia de la entidad solicitante a un grupo empresarial o de entidades cuya estructura y volumen de negocios es muy superior al de una PYME, hay que considerar el no cumplimiento por la misma de los requisitos exigidos para los beneficiarios en la Orden 16/2002 por la que se aprueban las bases reguladoras. Únicamente la sociedad cumpliría con los requisitos previstos en la citada Orden en aquellos supuestos de realización de proyectos de Investigación y Desarrollo.

- 2.- De otra parte, tampoco puede considerarse a la Fundación ABC como un inversor institucional dado que la participación de dicha Fundación en la empresa se basa en unos fines sociales que no se identifican con la definición dada de inversor institucional, que se trata de aquella entidad que compra y vende acciones a gran escala con el fin de obtener un fin concreto de rentabilidad.