

Apuntes sobre el concurso de las fundaciones

Apuntes sobre el concurso de las fundaciones (1)

RAFAEL LA CASA GARCÍA

Profesor Titular de Universidad. Departamento de Derecho Mercantil. Universidad de Sevilla
Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, Nº 5, Sección Varia, Segundo semestre de 2006, pág.
149, Editorial LA LEY

LA LEY 2420/2006

Resumen

El presente artículo doctrinal realiza una aproximación a un tema carente de doctrina relevante así como de legislación específica: los problemas que pueden surgir en aquellos supuestos en los que las Fundaciones se ven inmersas en un proceso concursal.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Es innegable que dentro del amplio y heterogéneo conjunto de las personas jurídicas el estudio de las situaciones concursales en que aquéllas pudieran verse incursas se ha centrado en el ámbito societario, como consecuencia del acusado protagonismo que las sociedades, y dentro de ellas singularmente las mercantiles, poseen en la realidad económica. Por demás, esta circunstancia ha sido tenida particularmente en consideración por la vigente legislación concursal, en la que expresamente se reconoce «la especial atención dedica(da)... a los supuestos de concurso de persona jurídica y a los efectos que en este caso produce la declaración, materia de gran importancia, como corresponde a la que estos entes y, fundamentalmente, las sociedades revisten en el moderno tráfico» (Exposición de Motivos de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en adelante LC, III). Tal atención preferente se ha traducido en el dictado de una serie de disposiciones mediante las que se pretende dar una adecuada respuesta a las peculiaridades propias del concurso de las sociedades, sin otorgar idéntico tratamiento a las que presentan otras clases de personas jurídicas, acaso por el carácter claramente marginal y poco relevante del concurso de este último universo de entidades.

De lo expuesto se desprende que el concurso de las fundaciones constituye no sólo un tema escasamente cultivado por la doctrina científica, sino también carente de regulación específica, tanto en la legislación concursal como en la propia disciplina de este tipo de personas morales, que no ha experimentado modificación alguna con ocasión de la promulgación de la Ley 22/2003, a diferencia de lo acontecido en el ámbito de la disciplina societaria (véanse las disposiciones finales 2.^a, 20.^a, 21.^a, 22.^a, 23.^a, 24.^a y 25.^a LC). Es lo cierto que, sin desconocer la índole secundaria del fenómeno objeto de estudio, la mutación experimentada por las fundaciones en su configuración -que han pasado de conceptuarse como meras rentistas de un patrimonio puramente estático, sometido a reglas enormemente restrictivas en lo concerniente a su composición, a venir caracterizadas como auténticos operadores económicos, que incluso pueden actuar en el mercado mediante el desarrollo directo de actividades mercantiles con arreglo a determinadas condiciones, como más adelante se dirá- acrecienta notoriamente el interés del tema, dada la abierta admisión de una presencia activa de las fundaciones en el tráfico.

De antemano ha de señalarse que no se pretende acometer un estudio completo y acabado sobre el

concurso de las fundaciones, sino más bien una simple aproximación a los que, sin una intención exhaustiva, se han estimado como principales problemas que tal situación de crisis patrimonial suscita. A tal propósito habrá que atender a las especificidades propias de las fundaciones, en cuanto organizaciones sin ánimo de lucro que por voluntad de sus creadores tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la consecución de un fin de interés general, así como precisar el modo en que resultan aplicables, en su caso, a tales entidades previsiones normativas que tienen como destinatarias las personas jurídicas en general, o incluso más concretamente las sociedades, adoptadas en numerosas ocasiones como paradigma en la regulación de determinados extremos del concurso de las personas morales.

Una consideración adicional es necesario realizar en lo concerniente a la acotación de la materia objeto de estudio, dado el carácter plural de la regulación de las fundaciones en nuestro Ordenamiento jurídico. Como es sabido, en la actualidad el citado rasgo deriva no de la tipología de las fundaciones en función de su actividad, como sucedía en el régimen precedente, sino de la propia complejidad de la organización territorial de la nación española consagrada por la Carta Magna. En este sentido llama poderosamente la atención la coexistencia de una regulación estatal, cuya principal manifestación reside en la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones (en lo sucesivo, LF), con un abigarrado elenco de disposiciones autonómicas, muchas de ellas con rango de ley, referidas igualmente a esta clase de personas morales (2) .

Muy resumidamente puede explicarse semejante de estado de cosas con la indicación de que en materia de fundaciones, respecto de las que no existe un título competencial específico a favor del Estado en la Constitución, poseen competencias legislativas tanto el propio Estado -no obstante lo anteriormente señalado- como todas las Comunidades Autónomas. Estas últimas -según se precisa en sus respectivos Estatutos de Autonomía, so pretexto precisamente de la ausencia de atribución constitucional expresa a favor del Estado (art. 149.3 de la Constitución; en adelante, CE)- poseen competencia exclusiva en relación con aquellas fundaciones que desarrollan principalmente sus funciones en el ámbito de la Comunidad Autónoma de que se trate (3) . Ahora bien, tal competencia exclusiva no es verdaderamente tal, dado que el Estado posee a su vez competencias igualmente exclusivas sobre determinadas materias, las cuales le habilitan para el dictado de disposiciones legales de aplicación general relativas a las fundaciones. Tales disposiciones se amparan en los siguientes títulos competenciales, a saber: regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (art. 149.1.1.º CE); legislación procesal (art. 149.1.6.º CE) y legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los Derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan (art. 149.1.8.º CE). Todo ello además sin perjuicio del carácter supletorio del Derecho estatal respecto del Derecho autonómico (art. 149.3 *in fine* CE). De ahí que muchas de las normas contenidas en la LF resulten de aplicación general -esto es, tanto a las fundaciones de competencia estatal como a las fundaciones de competencia autonómica, no obstante la sedicente competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas- por tratarse de preceptos cuya aprobación se dice amparada -en una declaración legal obviamente sujeta a una hipotética revisión por el Tribunal Constitucional- en competencias exclusivas del Estado (véase al respecto la disposición final 1.ª LF) (4) .

La circunstancia expresada explica que en el presente estudio, donde se adopta como punto de referencia la disciplina estatal de las fundaciones, se indique el ámbito de aplicación de los preceptos invocados a fin de llamar la atención sobre la posible existencia de especialidades en las legislaciones autonómicas sobre fundaciones -cuyo análisis escapa al propósito del presente estudio- que incidan en los distintos extremos del concurso de los mencionados entes que son objeto de examen. De otra manera se estaría dando la falsa impresión de la existencia de una uniformidad normativa de la que en el momento presente nuestro Ordenamiento carece en el terreno de las

fundaciones, por más que en numerosas ocasiones -como demuestra la reiterada reproducción de preceptos estatales en las regulaciones autonómicas- tal diversidad sea más aparente que real.

II. LA DECLARACIÓN DE CONCURSO DE LAS FUNDACIONES

1. La capacidad concursal de las fundaciones

Sabido es que la unidad de disciplina, mediante la superación de la diversidad de instituciones concursales para comerciantes y no comerciantes, constituye uno de los principios basilares de la vigente legislación concursal (véase Exposición de Motivos de la LC, II). Esta unidad del presupuesto subjetivo tiene su plasmación positiva en la previsión de que «la declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica» (art. 1.1 LC). De la norma enunciada ha deducido un autorizado sector doctrinal que el Derecho español sólo reconoce capacidad concursal - concebida como la aptitud de un deudor para ser declarado en concurso en virtud de su propia solicitud o de la de cualquier otro legitimado (5) - a aquel deudor que tenga la condición de persona natural o jurídica, sin más salvedades que las expresamente establecidas al respecto (véase art. 1.2 y 3 LC) (6) .

Trasladadas tales consideraciones al caso particular de las fundaciones ha de tenerse en cuenta que éstas «tendrán personalidad jurídica desde la inscripción de la escritura pública de su constitución en el correspondiente Registro de Fundaciones. La inscripción sólo podrá ser denegada cuando dicha escritura no se ajuste a las prescripciones de la ley» (art. 4.1 LF, de aplicación general ex disposición final 1.ª.1 LF). En este punto el régimen legal de las fundaciones difiere del dispuesto para las asociaciones -que adquieren personalidad jurídica y plena capacidad de obrar con el otorgamiento del acta de constitución (art. 5.2 de la LO 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, en lo sucesivo LOA, estableciéndose la obligación de inscripción en el correspondiente registro a los solos efectos de publicidad, art. 10.1 LOA)- y para las sociedades, pues, según una interpretación muy extendida en la actualidad, la inscripción no incide en la atribución de personalidad jurídica, por considerarse que toda sociedad posee una personalidad de carácter básico, sino en la plena oponibilidad del tipo elegido frente a terceros de buena fe. En cambio, comoquiera que en el caso que nos ocupa la adquisición de personalidad jurídica se encuentra explícitamente condicionada a la inscripción registral, sólo las fundaciones que hayan observado el mencionado trámite podrán ser declaradas en concurso si se atiende a la literalidad de la regulación de su presupuesto subjetivo (art. 1 LC). En este sentido se señala que resulta indiferente que la fundación, al igual que cualquier otra clase de persona jurídica, se encuentre en vida activa o en período de liquidación (7) .

Tras estas consideraciones generales es preciso centrar la atención en un concreto supuesto, a saber: el de la fundación en proceso de formación, que abarca el lapso temporal que media entre el otorgamiento de la escritura de constitución y la inscripción en el correspondiente Registro de Fundaciones [art. 13 LF, de aplicación general ex disposición final 1.ª.2.b) LF]. En tal período «el Patronato de la fundación realizará, además de los actos necesarios para la inscripción, únicamente aquellos otros que resulten indispensables para la conservación de su patrimonio y los que no admitan demora sin perjuicio para la fundación, los cuales se entenderán automáticamente asumidos por ésta cuando obtenga personalidad jurídica» (art. 13.1 *in fine* LF). Del precepto transcrito se desprenden como rasgos configuradores de la fundación en formación la ausencia de personalidad jurídica -acorde con el criterio de que su adquisición se produce con la correspondiente inscripción registral (art. 4.1 LF)- y la presencia activa en el tráfico por medio del Patronato, al que llega incluso a imponerse la obligación de llevar a cabo determinados actos.

Ahora bien, la disciplina vigente no resuelve con claridad el problema de la responsabilidad derivada de la actividad desarrollada por la fundación en formación. La formulación de este régimen requiere distinguir las distintas situaciones imaginables. En primer lugar, la originada por la adquisición de

personalidad jurídica por la fundación, que determina la asunción automática por ésta de una serie de actos -los necesarios para la inscripción y los inaplazables (art. 13.1 *in fine* LF)-; respecto de los restantes actos será precisa la ratificación de la fundación para que quede vinculada por la actuación del órgano de gobierno, todo ello sin menoscabo de las eventuales responsabilidades en que pudieran haber incurrido sus miembros. En segundo término, la consistente en la ausencia de inscripción de la fundación, en cuyo caso únicamente se previene que «transcurridos seis meses desde el otorgamiento de la escritura pública fundacional sin que los patronos hubiesen instado la inscripción en el correspondiente Registro de Fundaciones, el Protectorado procederá a cesar a los patronos, quienes responderán solidariamente de las obligaciones contraídas en nombre de la fundación y por los perjuicios que ocasione la falta de inscripción. Asimismo, el Protectorado procederá a nombrar patronos, previa autorización judicial, que asumirán la obligación de inscribir la fundación en el correspondiente Registro de Fundaciones» (art. 13.2 LF). Como paladinamente se advierte, no existe un régimen general sobre la responsabilidad relativa a las deudas de la fundación no inscrita, toda vez que únicamente se regula un supuesto particular cuyas reglas no se consideran susceptibles de generalización. Tal circunstancia ha llevado a proponer que los restantes casos de ausencia de inscripción se sometan a un régimen de responsabilidad acorde con los principios establecidos respecto de la fundación dotada de personalidad jurídica (art. 13.1 LF). Así, en relación con los actos que no sean necesarios para la inscripción y que no merezcan la calificación de inaplazables serán responsables los patronos de la fundación no inscrita, por cuanto que no se encuentran facultados para llevarlos a cabo. En cambio, si se trata de actos necesarios para la inscripción o de carácter inaplazable y la ausencia de inscripción no es imputable a los patronos, se estima que la responsabilidad por las obligaciones contraídas en nombre de la fundación en formación debe recaer sobre el patrimonio de ésta y, en su defecto, sobre los demás bienes del fundador (8) .

Esta responsabilidad de la fundación no inscrita implica el reconocimiento de una innegable subjetivación, no obstante su carencia de personalidad jurídica (9) . En efecto, la fundación en proceso de formación aparece como un verdadero centro de imputación de relaciones jurídicas y dispone de un patrimonio propio que en ciertos casos queda sujeto al cumplimiento de las obligaciones contraídas en nombre de la propia entidad. Sin desconocer que se tratará de un supuesto realmente excepcional, la circunstancia apuntada permite concluir que también la fundación en formación es susceptible de ser declarada en concurso como consecuencia de su actuación en el tráfico jurídico mediante la asunción de derechos y obligaciones. Al cabo, viene a seguirse la improcedencia de alcanzar conclusiones puramente automáticas sobre la base del tenor literal de las normas (en este caso, el art. 1.1 LC) (10) , máxime si se tiene presente que en el Ordenamiento jurídico español la personificación no constituye el único instrumento existente para dotar de subjetivación -entendida esencialmente como aptitud para ser titular de derechos y obligaciones y, consecuentemente, de un patrimonio propio- a un ente (11) .

2. Legitimación

En este punto se sienta la regla general de que «para solicitar la declaración de concurso están legitimados el deudor y cualquiera de sus acreedores. Si el deudor fuera persona jurídica, será competente para decidir sobre la solicitud el órgano de administración o de liquidación» (art. 3.1 LC). Si se traslada la atención al régimen particular de las fundaciones ha de notarse que «en toda fundación deberá existir, con la denominación de Patronato, un órgano de gobierno y representación de la misma, que adoptará sus acuerdos por mayoría en los términos establecidos en los Estatutos» (art. 14.1 LF, de aplicación general ex disposición final 1.^a.1 LF). Además, la liquidación de la fundación se encuentra igualmente confiada al Patronato, que habrá de llevarla a cabo bajo el control del Protectorado (art. 33.1 LF, de aplicación a las fundaciones de competencia estatal ex disposición final 1.^a.4 LF). Así pues, la competencia para solicitar el concurso de una fundación corresponde, en

línea de principio, a su Patronato, si bien la propia regulación de las fundaciones impone la necesidad de formular ciertas precisiones a la atribución examinada.

De un lado, ha de tenerse en cuenta la posibilidad de que los estatutos de las fundaciones prevean la existencia de otros órganos -cuya creación deberá inscribirse en el Registro de Fundaciones- para el desempeño de las funciones que expresamente se les encomienden, entre las cuales no podrán contarse la aprobación de las cuentas y del plan de actuación, la modificación de los estatutos, la fusión y la liquidación de la fundación, ni aquellos actos que requieran la autorización del Protectorado (arts. 16.1, 2 y 4 LF, de aplicación a las fundaciones de competencia estatal ex disposición final 1.ª.4 LF) (12) . Frente al Patronato, configurado como órgano necesario, estos otros órganos poseen un mero carácter contingente, pues su creación es consecuencia directa del ejercicio de la libertad negocial. Así las cosas, surge de inmediato la cuestión de la licitud de una hipotética atribución estatutaria de la competencia para solicitar el concurso a un órgano distinto del Patronato. La respuesta al interrogante planteado ha de tener como punto de partida el hecho de que el Patronato se encuentra caracterizado como órgano no sólo necesario, sino también superior de la fundación. Esta posición preeminente permite considerar que tiene conferida una competencia genérica en materia de gestión y representación, de manera que las funciones eventualmente asignadas a otros órganos en el mencionado ámbito nunca podrán llegar a ser exclusivas, ya que en última instancia quedarán expuestas a la intervención del Patronato (13) . De ahí que la referencia de la legislación concursal al órgano de administración -o de liquidación- haya de considerarse referida en el caso de las fundaciones al Patronato. Por lo demás, ha de estimarse que se trata de una competencia conferida al órgano en cuanto tal -por tanto, no susceptible de delegación (véase art. 16 LF), máxime si se repara en su trascendencia- de manera exclusiva (art. 3.1, párr. 2.º, LC) (14) . En consecuencia, deberá de reputarse inadmisibles cualquier hipotético condicionamiento o limitación contenido en los estatutos, toda vez que se trataría de una disposición *contra legem* que habría de tenerse por no puesta (art. 11.2 LF).

De otro, ha de dejarse constancia de que el Patronato es un órgano colegiado cuya actuación se traduce en la adopción de acuerdos por mayoría, de conformidad con lo estatutariamente establecido al respecto (art. 14.1 LF). Pues bien, el régimen de las fundaciones no contiene previsión alguna para el supuesto de imposibilidad de alcanzar acuerdos por no lograrse la mayoría requerida: ni en términos generales, ni en relación con el caso concreto de la solicitud de la declaración de concurso. En relación con este último extremo tal circunstancia podrá ser tenida en cuenta a la hora de precisar una eventual responsabilidad de los patronos, dada «la conveniencia de adelantar en el tiempo la declaración de concurso, a fin de evitar que el deterioro del estado patrimonial impida o dificulte las soluciones más adecuadas para satisfacer a los acreedores» (Exposición de motivos de la LC, II). Sentado que los patronos deberán desempeñar el cargo con la diligencia de un representante leal, así como la responsabilidad solidaria de aquéllos frente a la fundación por los daños que causen por actos contrarios a la Ley o a los Estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deban desempeñar el cargo, se previene que quedarán exentos de responsabilidad quienes hayan votado en contra del acuerdo, y quienes prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél [art. 17.1 y 2 LF, de aplicación general ex disposición final 1.ª.2.b) LF]. En este sentido el patrono que votó a favor de solicitar el concurso de la fundación, sin que el correspondiente acuerdo llegara a adoptarse, podrá llegar a quedar exento de responsabilidad por los daños eventualmente originados a la fundación por tal circunstancia (sobre el ejercicio de la acción de responsabilidad, véase el art. 48.2 LC) (15) .

Finalmente, ha de reseñarse la existencia de supuestos verdaderamente excepcionales en que la facultad de solicitar el concurso se encuentra conferida al Protectorado. En el Ordenamiento español el Protectorado viene configurado como una acción administrativa consistente en el desarrollo de un

control sobre las fundaciones encuadrable en el ámbito de las potestades administrativas de intervención de actividades privadas (16) . En este sentido el régimen vigente establece que «el Protectorado velará por el correcto ejercicio del derecho de fundación y por la legalidad de la constitución y funcionamiento de las fundaciones» (art. 34.1 LF, de aplicación general ex disposición final primera.1 LF). Pero las funciones del Protectorado no se circunscriben al ámbito de la supervisión y el fomento, ya que puede llegar a corresponderle el gobierno de las fundaciones en determinadas circunstancias (véase art. 35 LF, de aplicación a las fundaciones de competencia estatal ex disposición final 1.ª.4 LF).

En primer término, ha de tenerse presente que, si por cualquier motivo faltasen todas las personas llamadas a integrar el Patronato, corresponderá al Protectorado el ejercicio provisional de las funciones del órgano de gobierno de la fundación [art. 35.1.g) LF]. Aun cuando se trata de una atribución de carácter transitorio, es lo cierto que no se encuentra sujeta a restricción alguna, por lo que entre los cometidos confiados al Protectorado debe considerarse también incluido el conferido por la legislación concursal al órgano de administración o de liquidación en relación con la solicitud de concurso (art. 3.1, párr. 2.º LC).

En segundo lugar, debe traerse a colación la posibilidad de que el Protectorado llegue a solicitar de la autoridad judicial que acuerde, previa audiencia del Patronato, la intervención temporal de la fundación cuando no resulte atendido el previo requerimiento dirigido al Patronato a fin de que adopte las medidas pertinentes en orden a la corrección de una grave irregularidad en la gestión económica que ponga en peligro la subsistencia de la fundación o de una desviación grave entre los fines fundacionales y la actividad realizada. Autorizada judicialmente la intervención de la fundación de que se trate, el Protectorado asumirá todas las atribuciones legales y estatutarias del Patronato durante el tiempo que determine el juez (art. 42 LF, de aplicación general [ex disposición final 1.ª.2.b) LF]. Este último supuesto reviste especial interés en relación con el concurso de la fundación, toda vez que la grave irregularidad económica detectada por el Protectorado puede resultar reveladora del estado de insolvencia que precisamente constituye el presupuesto objetivo del concurso (art. 2 LC).

3. La posibilidad de tramitar el concurso por el cauce del procedimiento abreviado

Sabido es que uno de los proclamados principios en que se asienta la LC es el de unidad de procedimiento, que se denomina concurso, en el que vienen a concentrarse los diversos procedimientos de insolvencia propios de nuestra tradición jurídica. En aras de evitar los inconvenientes que pudieran derivarse de la rigidez de la unidad procedimental, el concurso se caracteriza por su flexibilidad, que permite su adecuación a diversas situaciones y soluciones y, a mayor abundamiento, existen asimismo reglas especialmente ágiles para los concursos de menor entidad (Exposición de Motivos LC, II). En relación con este último extremo ha de reseñarse la instauración de un procedimiento abreviado, cuya nota esencial reside en la reducción de los plazos a la mitad y de los integrantes de la administración concursal a un único miembro (art. 191 LC). La aplicación de este procedimiento abreviado requiere la concurrencia de dos requisitos, a saber: de un lado, que el deudor se encuentre autorizado, conforme a la legislación mercantil, a presentar balance abreviado; de otro, que la estimación inicial de su pasivo no supere el millón de euros (art. 190.1 LC). Dado que esta exigencia cuantitativa no suscita particular dificultad, ha de dilucidarse si el primero de los requisitos enunciados es susceptible de ser cumplido por las fundaciones.

La cuestión planteada merece una respuesta afirmativa, toda vez que las fundaciones están autorizadas a formular sus cuentas anuales en los modelos abreviados cuando cumplan los requisitos establecidos al respecto para las sociedades mercantiles, con la particularidad de que la referencia al importe neto de la cifra anual de negocios establecida en la legislación mercantil debe entenderse realizada al importe del volumen anual de ingresos por la actividad propia más, si procede, la cifra de

negocios de su actividad mercantil (art. 25.3 LF, de aplicación a las fundaciones de competencia estatal ex disposición final 1.ª.4 LF). En lo que en este momento interesa habrá de estarse a lo previsto en el régimen de las sociedades anónimas respecto de las condiciones exigidas para la formulación de balance abreviado (art. 181 del RDLeg. 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aplicable igualmente a las sociedades de responsabilidad limitada, ex art. 85 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada y comanditarias por acciones, ex art. 152 del Código de Comercio (en adelante, CCom.).

4. La publicidad registral de la declaración de concurso

La incuestionable trascendencia de la declaración de concurso, especialmente para quienes se encuentran relacionados de alguna manera con el deudor, sirve de fundamento al dictado de una serie de disposiciones ordenadas a propiciar el efectivo conocimiento de la referida situación por los terceros eventualmente interesados (arts. 23 y 24 LC). Entre los mecanismos previstos a tal efecto se cuenta la constancia en diversos registros de carácter público del concurso del deudor inscrito en ellos. Como autorizadamente se ha señalado, la aparición de los órganos registrales como medio de difusión para conseguir la publicidad en sentido jurídico del deudor afectado por un procedimiento concursal supone la última fase de una evolución que arranca de instrumentos mucho más rudimentarios (17) .

En el concreto caso de las fundaciones habrá de estarse a la regla prevista para las personas jurídicas no inscribibles en el Registro Mercantil y que consten en otro registro público (18) , respecto de las cuales el juez mandará inscribir en éste la declaración de concurso, la intervención o, en su caso, la suspensión de sus facultades de administración y disposición, así como el nombramiento de los administradores concursales (art. 24.3 LC). En este punto el carácter plural de la regulación de las fundaciones en nuestro Ordenamiento jurídico se traduce en la existencia de una multiplicidad de instrumentos registrales. De un lado, el Registro de Fundaciones de competencia estatal, dependiente del Ministerio de Justicia, en el que se inscriben los actos relativos a las fundaciones que desarrollen su actividad en todo el territorio del Estado o principalmente en el territorio de más de una Comunidad Autónoma (art. 36.1 LF, de aplicación a las fundaciones de competencia estatal ex disposición final 1.ª.4 LF). De otro, los distintos Registros autonómicos, en los que se inscriben las fundaciones que desarrollen principalmente sus actividades en el ámbito de la Comunidad Autónoma de que se trate (19) .

Ha de hacerse notar que la disciplina específica de las fundaciones -esencialmente recogida respecto de las de competencia estatal en el RD 384/1996, de 1 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Fundaciones de competencia estatal, aún vigente en lo que no resulte contrario a la posterior ordenación legal de las fundaciones- no contempla la inscripción de los actos relativos a una eventual declaración de concurso. Pero debe considerarse que el mencionado régimen se encuentra integrado en este punto por las previsiones contenidas en la legislación concursal (art. 24.1 LC, al que se remite el art. 24.3 LC), pues de otro modo se privaría de un relevante medio de publicidad a la declaración judicial de concurso de las fundaciones (20) .

5. El caso particular del concurso de la fundación que desarrolla actividades económicas

En la línea abierta por la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General, la vigente ordenación legal permite explícitamente el desarrollo de actividades económicas por las fundaciones, con arreglo a ciertos límites y condiciones, en lo que constituye una radical mudanza en relación con la configuración tradicional de esta clase de entidades. En este sentido se establece el principio general de 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 (...)» (art. 24.1 LF). La norma transcrita contempla tanto el ejercicio directo como el desarrollo indirecto o mediato de actividades económicas por parte de las fundaciones. En el primer caso se anudan a la fundación, como derechos y obligaciones, las consecuencias jurídicas, de orden predominantemente patrimonial, derivadas del ejercicio de la actividad empresarial. La fundación aparece, pues, como el titular jurídico de la actividad de la empresa y del patrimonio destinado a ella, al menos en la medida necesaria para disponer de él dentro del marco y de las exigencias de dicha actividad (21) . El segundo consiste en la participación de la fundación en sociedades civiles o mercantiles, asumiendo en ellas la condición de socio con arreglo a determinados condicionantes (art. 24.2 y 3 LF). En efecto, el dato de que en este último supuesto la fundación no constituirá realmente el centro de imputación de las relaciones jurídicas derivadas del desenvolvimiento de una actividad empresarial sirve para establecer una nítida diferencia con el supuesto anterior.

Es opinión generalizada que cuando las referidas actividades económicas poseen carácter mercantil y son desarrolladas de modo directo con habitualidad, la fundación en cuestión merecerá la consideración de comerciante y, en consecuencia, quedará sometida al estatuto jurídico propio de éste, en la actualidad reducido al deber de contabilidad y a la obligación -o simple facultad, en su caso- de utilizar un instrumento oficial de publicidad jurídica, el Registro Mercantil. Téngase en cuenta, al respecto, la irrelevancia de que la actividad empresarial de índole mercantil se desarrolle de modo marginal, principal o exclusivo por parte de la fundación. Lo realmente decisivo es el ejercicio habitual de una actividad mercantil (*una mercantia non facit mercatorem, sed professio et exercitum*), con independencia de su significación en el ámbito genérico de las actividades desplegadas por la entidad de que se trate (22) . Tal calificación se estima inexcusable, ya que el ejercicio del comercio sin sujeción al estatuto jurídico del empresario constituye un privilegio injustificado (23) . En esa sujeción reside la trascendencia de la condición de comerciante predicable de la fundación: en lo relativo a su estructura y funcionamiento será aplicable lo previsto en su régimen específico, en cuanto que la dedicación habitual al comercio no justifica la derogación de esas reglas (24) .

Sentadas tales premisas es necesario indagar si el concurso de las fundaciones de la naturaleza descrita presenta alguna particularidad, en orden a lo cual ha de traerse a colación el dato de que la unidad del presupuesto subjetivo del concurso no empece el reconocimiento legal de determinadas especialidades relativas a los empresarios, por razón de su sometimiento a un estatuto propio (llevanza obligatoria de contabilidad, inscripción en el Registro Mercantil) y de la existencia en la masa activa de unidades productivas de bienes o de servicios (véase Exposición de Motivos de la LC, II). Así las cosas, seguidamente ha de precisarse el modo en que las mencionadas disposiciones son aplicables, en su caso, a las fundaciones que ejercen con habitualidad actividades económicas en nombre propio.

En primer término, ha de señalarse que el deudor legalmente obligado a llevar contabilidad -como es el caso de los empresarios mercantiles- acompañará al escrito de solicitud de declaración de concurso, entre otros extremos, las cuentas anuales y, en su caso, informes de gestión o informes de auditoría correspondientes a los tres últimos ejercicios (art. 6.3.1.º LC). En el supuesto de concurso necesario el auto judicial contendrá el requerimiento al deudor para que presente, en el plazo de diez días a contar desde la notificación de la referida resolución, los mencionados documentos (art. 21.1.3.º LC). Pero ha de tenerse en cuenta que el referido deber de contabilidad recae también sobre determinados sujetos no comerciantes en virtud de disposiciones especiales (véase el art. 25 LF, aplicable a las fundaciones de competencia estatal ex disposición final primera.4 LF). Así acontece, por ejemplo, en relación con las fundaciones en general, ya que sobre ellas pesa la obligación de

llevar una contabilidad ordenada y adecuada a su actividad, que permita un seguimiento cronológico de las operaciones realizadas (artículo 25.1 LF), así como la de formular las cuentas anuales del ejercicio (artículo 25.2 LF). La diferencia radicará en el modo de dar cumplimiento a tales obligaciones: mientras que como regla general las fundaciones habrán de observarlas de conformidad con las normas específicas que les resulten de aplicación (25) , aquellas que posean la condición de empresario ajustarán su contabilidad a lo dispuesto en el Código de Comercio, debiendo formular cuentas anuales consolidadas cuando la fundación se encuentre en cualquiera de los supuestos allí previstos para la sociedad dominante (art. 25.9 LF) (26) . Por consiguiente, en caso de resultar procedente la calificación del concurso, la presunción *iuris et de iure* de concurso culpable cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad, o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la que llevara (art. 164.2.1.º LC), es aplicable a toda clase de fundaciones. También lo es la presunción *iuris tantum* de dolo o culpa grave si el deudor obligado legalmente a la llevanza de contabilidad, no hubiera formulado las cuentas anuales o no las hubiera sometido a auditoría (respecto de este último extremo, véase art. 25.5 y 6 LF), debiendo hacerlo (art. 165.3º LC). De igual modo, la obligación de puesta a disposición de la administración concursal de los libros de llevanza obligatoria y cualesquiera otros libros, documentos y registros relativos a los aspectos patrimoniales de su actividad pesa sobre toda clase de fundaciones (art. 45 LC), así como la obligación de formular y, en su caso, auditar las cuentas anuales una vez declarada en concurso la fundación (art. 46 LC, en relación con lo previsto en el art. 25.5 LF).

En segundo lugar, el deudor legalmente obligado a llevar contabilidad deberá presentar asimismo en la solicitud de concurso voluntario -o será requerido a tal efecto, en caso de concurso necesario (art. 21.1.3.º LC)- una memoria de los cambios significativos operados con posterioridad a las últimas cuentas anuales formuladas y depositadas y de las operaciones que por su naturaleza, objeto o cuantía excedan del giro o tráfico ordinario del deudor (art. 6.3.2.º LC). Al respecto se señala que el ámbito objetivo de la memoria será más o menos amplio según cuáles sean las últimas cuentas que se hubieran depositado (27) . Dado que no se establece precisión alguna, el depósito ha de considerarse referido a cualquier registro público y no al Registro Mercantil de modo exclusivo (28) . En este punto es preciso señalar que las cuentas anuales, que se aprobarán por el Patronato, se presentarán al Protectorado dentro de los diez días hábiles siguientes a su aprobación, acompañadas en su caso del informe de auditoría. El Protectorado, una vez examinadas y comprobada su adecuación formal a la normativa vigente, procederá a depositarlas en el Registro de Fundaciones (art. 25.7 y Disp. Adic. 6.ª LF). Asimismo ha de tenerse presente que las cuentas anuales de las fundaciones que realicen directamente actividades mercantiles y que posean participaciones en sociedades mercantiles, las cuales deberán ser objeto de consolidación en los términos reglamentariamente establecidos (RD 1815/1991, de 20 de diciembre, por el que se aprueban las Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas), se depositarán en el Registro Mercantil conforme a lo dispuesto en la Sección 2.ª del Capítulo III del Título III del Reglamento del Registro Mercantil (Disp. Adic. 1.ª RD 776/1998, de 30 de abril) (29) . A todo ello ha de unirse la obligación de depósito en el Registro Mercantil establecida en la regulación del comercio minorista, eventualmente aplicable a ciertas fundaciones (Disp. Adic. 4.ª LOCM). En estos dos últimos casos el depósito en el Registro Mercantil debe considerarse como una obligación adicional a la regla general de presentación de las cuentas al Protectorado para su posterior depósito en el Registro de Fundaciones. Por consiguiente, la prohibición de presentar propuesta anticipada de convenio por la inobservancia en alguno de los tres últimos ejercicios de la obligación de depósito de las cuentas anuales afecta a toda clase de fundaciones (art. 105.1.2.º LC), con la particularidad de que será preciso atender al concreto régimen aplicable al depósito contable (30) . En cambio, la presunción de dolo o culpa grave en la calificación del concurso viene circunscrita al incumplimiento de la

obligación de depósito en el Registro Mercantil (art. 165.3.º *in fine* LC), de manera que sólo es aplicable -*odiosa sunt restringenda*- a las fundaciones sobre las que recae tal deber.

De otro lado, aun cuando la fundación pueda calificarse como comerciante la vigencia del principio de *numerus clausus* de sujetos inscribibles en el Registro Mercantil le cierra el acceso -con la salvedad de las Cajas de Ahorro- al instrumento de publicidad registral propio de los empresarios (art. 16.1 CCom.) (31) . En todo caso, quienes defienden la inscripción de tal clase de fundaciones, en aras de la propia seguridad del tráfico, tienen que reconocer que revestirá carácter potestativo, por analogía con lo dispuesto para el empresario individual (art. 19.1 CCom.), dada la ausencia de disposición expresa que establezca su obligatoriedad (32) . Así las cosas, la prohibición de presentar propuesta anticipada de convenio a las personas o entidades no inscritas en el Registro Mercantil, cuando tal inscripción posea carácter obligatorio (art. 105.1.3.º LC), no es aplicable ni siquiera a aquellas fundaciones calificadas como comerciantes, con excepción una vez más de lo previsto en la disciplina del comercio minorista (Disp. Adic. 4.ª LOCM).

En realidad, las especialidades más relevantes que presenta el concurso de la fundación que ejerce de modo directo actividades económicas radican en la posible aplicación al supuesto descrito de un conjunto de medidas de diverso alcance y naturaleza que, inspiradas en los principios de continuidad y conservación de la empresa, tienden a facilitar la prosecución de la actividad empresarial del deudor (por ejemplo, arts. 43.3, 44, 64, 71.5, 84.2.5º y 100.1, párr. 2.º.2, párr. 2.º y 5 LC), o, al menos, el mantenimiento de la integridad de las unidades productivas que formen parte de la masa activa del concurso cuando proceda la liquidación (art. 149.1.1.º y 3.º, párr.2.º y 2 LC).

III. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO SOBRE LA FUNDACIÓN: LA ACTIVIDAD FUNDACIONAL Y EL RÉGIMEN DE ADMINISTRACIÓN

1. La actividad fundacional

Sobradamente conocido es que pertenece a la propia esencia de la fundación la afección duradera de su patrimonio a la realización de fines de interés general (véase art. 2.1 LF, de aplicación general ex disposición final 1 LF). Como reflejo singular de este rasgo caracterizador se establece entre las obligaciones de las fundaciones la de destinar efectivamente el patrimonio y sus rentas, de acuerdo con la ley y los estatutos, a sus fines fundacionales [art. 23.a) LF, de aplicación a las fundaciones de competencia estatal, ex disposición final 1.ª.4 LF]. Descendiendo del plano abstracto de los principios de actuación de las fundaciones al de la concreta plasmación de tales reglas, se previene que habrá de destinarse a la realización de los fines fundacionales, al menos, el setenta por ciento de los resultados económicos de las explotaciones económicas que se desarrollen y de los ingresos que se obtengan por cualquier otro concepto, deducidos los gastos realizados, para la obtención de tales resultados o ingresos, debiendo destinar el resto a incrementar bien la dotación o bien las reservas según acuerdo del Patronato (art. 27.1 LF de aplicación a las fundaciones de competencia estatal, ex disposición final 1.ª 4 LF).

De lo expuesto se desprende que el cumplimiento del fin fundacional producirá necesariamente un empobrecimiento de la fundación, que puede llegar a mitigarse mediante la percepción de ingresos por las actividades desarrolladas siempre que ello no implique una limitación injustificada del ámbito de sus posibles beneficiarios (art. 26 LF, de aplicación a las fundaciones de competencia estatal ex disposición final 1.ª.4 LF) (33) . Esto es, la actividad ordenada a la consecución de los fines fundacionales, a la que se atribuye expresamente un carácter preceptivo, se traducirá en unos continuos desplazamientos patrimoniales que tendrán como lugar de partida la propia la fundación y como punto de destino -en el sentido de aprovechamiento, que no de necesaria atribución patrimonial- los beneficiarios de ésta, determinados del modo estatutariamente establecido [art. 11.1.d) LF].

Por lo demás, la propia realización de los fines fundacionales exige la verificación de actos de disposición y gravamen, superada la idea de que el capital de la fundación se encuentra imperativamente integrado por bienes amortizados o inmovilizados. Ahora bien, en el ámbito de la gestión patrimonial el Patronato se encuentra sujeto a una serie de límites, cuyo establecimiento obedece al propósito de instaurar mecanismos de control que impidan la descapitalización de la fundación mediante la liquidación de sus bienes. Tales condicionantes se sustancian esencialmente en la necesidad de contar con la previa autorización del Protectorado para la enajenación, onerosa o gratuita, así como el gravamen de los bienes y derechos que formen parte de la dotación, o estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales, en orden a lo cual la vinculación habrá de estar contenida en una declaración de voluntad expresa, ya sea del fundador, del Patronato de la fundación o de la persona física o jurídica, pública o privada, que realice una aportación voluntaria a la fundación, y siempre respecto de los bienes y derechos aportados; asimismo, esta vinculación podrá realizarse por resolución motivada del Protectorado o de la autoridad judicial. La autorización del Protectorado habrá de concederse si existe justa causa debidamente acreditada. Por su parte, los restantes actos de disposición de aquellos bienes y derechos fundacionales distintos de los que forman parte de la dotación o estén vinculados directamente al cumplimiento de los fines fundacionales, incluida la transacción o compromiso, y de gravamen de bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, bienes de interés cultural, así como aquellos cuyo importe, con independencia de su objeto, sea superior al 20% del activo de la fundación que resulte del último balance aprobado, deberán ser comunicados por el Patronato al Protectorado en el plazo máximo de treinta días hábiles siguientes a su realización (véase el art. 21 LF, de aplicación a las fundaciones de competencia estatal -excepto el segundo párrafo de su núm. 3, referido a las acciones de responsabilidad contra los patronos, que es de aplicación general- ex disposición final 1.ª LF). En fin, la contratación de los patronos con la fundación, ya sea en nombre propio o de un tercero, requiere la previa autorización del Protectorado, que se extenderá al supuesto de personas físicas que actúen como representantes de los Patronos (art. 28 LF).

2. La incidencia de la declaración de concurso en el desarrollo de la actividad fundacional

Una vez trazado a grandes rasgos el marco regulador del ejercicio de las actividades fundacionales es preciso seguidamente examinar la incidencia que sobre ellas puede tener la eventual declaración de concurso de la fundación. La cuestión fundamental que se plantea es si en la tesitura descrita el patrimonio fundacional continúa afecto a la realización del fin de interés general propio de la fundación, en el sentido de que el ejercicio de las actividades fundacionales prosiga su curso ordinario, no obstante la declaración de concurso. O si, en cambio, la referida afección debe considerarse subordinada a la satisfacción de los acreedores de la fundación, de suerte que la extinción del pasivo -bien del modo establecido en el convenio, bien mediante la liquidación del patrimonio del deudor- haya de anteponerse al desarrollo de las actividades fundacionales, las cuales quedarían en última instancia condicionadas a los resultados del concurso.

Aun cuando la regulación de los efectos de la declaración de concurso sobre el deudor no resuelve de manera explícita el interrogante planteado, es lo cierto que suministra elementos suficientes para alcanzar una respuesta adecuada. En este sentido, la clave se encuentra en el régimen de administración y disposición de la masa activa, gobernado por el designio de atender a su conservación del modo más conveniente para los intereses del concurso. A tal fin se previene que hasta la aprobación judicial del convenio o la apertura de la liquidación no se podrán enajenar o gravar los bienes y derechos que integran la masa activa sin autorización del juez, con excepción de los actos de disposición inherentes a la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor (art. 43 LC). En este último sentido se establece la regla general de que la declaración de concurso no interrumpirá la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera

ejerciendo el deudor (art. 44 LC), pues tal prosecución redundará presumiblemente en una más adecuada satisfacción de los acreedores. Todo ello se completa con el establecimiento de restricciones a las facultades patrimoniales del concursado, sujetas a intervención o suspensión según casos y circunstancias (art. 40 LC), en orden a evitar precisamente la realización de actos que menoscaben los intereses del concurso.

De lo expresado se colige que la masa activa del concurso está destinada a la satisfacción más rápida, completa y adecuada de los acreedores, para lo cual ha de ser convenientemente conservada del modo anteriormente descrito. Esta circunstancia determina la absoluta preterición del cumplimiento del fin fundacional frente al interés prevalente de la protección del crédito, que puede llegar a incidir en la propia pervivencia de la fundación [art. 31.c) LF]. Téngase en cuenta al respecto que la realización de los actos de disposición que lleva aparejado el desarrollo de las actividades fundacionales se encuentra en clara contradicción con el principio general de conservación de la masa activa, además de estar incluida en el ámbito de la prohibición de realización de actos de enajenación o gravamen sin autorización judicial, cuya eventual justificación no se alcanza a ver en el caso que nos ocupa (art. 43.2 LC). Una vez aprobado un eventual convenio es claro que la consecución del fin fundacional debe supeditarse al cumplimiento de lo acordado con los acreedores, mientras que si se llega a la apertura de la fase de liquidación tampoco ofrece duda que el patrimonio fundacional debe ser objeto de realización en interés de los acreedores, entre los que no puede contarse -como más adelante se expondrá- a los beneficiarios de la fundación.

3. La aplicación del régimen de administración y disposición del patrimonio fundacional en caso de declaración de concurso de la fundación

Sentada con anterioridad la existencia de limitaciones a los actos de disposición y gravamen sobre el patrimonio fundacional, así como a la autocontratación (véanse los arts. 21 y 28 LF y 4 a 11 y 15 del RD 316/1996, de 23 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de Competencia Estatal, que aún debe considerarse vigente en lo que no se oponga a la posterior ordenación legal), es preciso dilucidar seguidamente si tales condicionantes rigen asimismo -y, en su caso, de qué modo- en el supuesto de concurso de la fundación. Fácilmente se advierte que el referido marco normativo suscita problemas de enorme trascendencia en el desenvolvimiento del concurso, especialmente cuando durante su tramitación se procede a la apertura de la fase de liquidación, pues da lugar a postular la necesidad de observar un requisito adicional tanto en la enajenación y gravamen de determinados elementos del patrimonio de la fundación declarada en concurso como en el ámbito de la autocontratación.

En una primera aproximación a la cuestión planteada acaso pudiera sostenerse, sobre la base de que las restricciones examinadas recaen en puridad sobre las funciones gestoras de los patronos, que una vez declarado el concurso de la fundación únicamente rigen en el caso de conservación por el deudor de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, si bien sometido en el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad, supuesto que, en caso de suspensión del ejercicio por el concursado de las mencionadas facultades, la administración y disposición del patrimonio del deudor corresponderá a la administración concursal (véase art. 40 LC), que ha de reputarse ajena al ámbito de aplicación de las previsiones sobre enajenación y gravamen del patrimonio de la fundación y sobre autocontratación (véanse arts. 21 y 28 LF).

Incluso es posible estimar prevalente la interpretación teleológica sobre la literal expresada con anterioridad, en el sentido de atender especialmente a la finalidad de protección del patrimonio fundacional que constituye el designio de las previsiones examinadas. Corolario de la idea expuesta es que tal protección debe desplegarse en cualquier caso y circunstancia, con independencia de a quien corresponda el ejercicio de las facultades de administración del patrimonio fundacional. De ahí

que también en caso de concurso la enajenación y gravamen de los bienes y derechos de la fundación, así como la contratación entre ésta y sus patronos, habría de encontrarse sujeta a la regulación especial contenida en la disciplina de esta clase de personas morales (arts. 21 y 28 LF), cualquiera que fuera el régimen al que quedara sometido el ejercicio de las facultades patrimoniales del deudor en virtud de la legislación concursal (véase el art. 40 LC).

No obstante lo señalado, es preferible considerar que las previsiones comentadas no tienen aplicación en el caso de concurso por referirse propiamente a lo que cabe calificar como administración ordinaria de la fundación. De esta suerte, en el caso excepcional de concurso de la *universitas rerum* tales preceptos deben estimarse desplazados por las previsiones contenidas en la disciplina concursal, pues de otra manera el desarrollo del concurso podría verse gravemente entorpecido. A mayor abundamiento, la legislación concursal cuenta con instrumentos adecuados para la tutela del patrimonio del deudor concursado (véanse, por ejemplo, la regulación del ejercicio de las facultades patrimoniales del deudor, art. 40 LC, o de las operaciones de liquidación, arts. 148 a 153 LC). Por lo demás, si el sentido de las prescripciones sobre enajenación y gravamen de bienes y derechos y contratación con la fundación consiste precisamente en evitar su descapitalización, es lo cierto que la declaración de concurso tiene precisamente como presupuesto esa misma descapitalización ya producida (34), que lleva a procurar la solución más favorable para los acreedores.

IV. LA MASA ACTIVA: LA RECLAMACIÓN DE LAS APORTACIONES DIFERIDAS Y LA REINTEGRACIÓN

1. Una observación previa: la inexistencia de especialidades en relación con la embargabilidad del patrimonio de las fundaciones

Con anterioridad al examen de las cuestiones seleccionadas en relación con la masa activa del concurso de las fundaciones es preciso dejar sentado, por si alguna duda pudiera albergarse, que, como pone de manifiesto la doctrina más autorizada, en la actualidad deben considerarse carentes de vigencia determinadas previsiones contenidas en normas de mero rango reglamentario en las que se establecía la inembargabilidad -o, según otra interpretación, la existencia de un procedimiento especial de ejecución- de los bienes de las fundaciones, según se desprende tanto de la posterior disciplina legal de esta clase de entidades como de la ordenación general del proceso civil (35). A mayor abundamiento, en sede de concurso se establece, como salvada al principio de universalidad de la masa activa, la exclusión de los bienes y derechos que, teniendo carácter patrimonial, sean legalmente inembargables (art. 76.2 LC), de manera que, no existiendo en nuestro Ordenamiento disposición legal alguna que establezca la inembargabilidad de determinados bienes en razón de su pertenencia a una fundación, cabe concluir que en este punto el concurso de este tipo de entidades carece de especialidades.

2. La reclamación de las aportaciones diferidas

1. La dotación de la fundación

El término dotación es utilizado en la disciplina legal de las fundaciones con un doble significado [véase art. 12 LF, de aplicación general ex disposición final 1.ª.2.b) LF]: de un lado, alude al patrimonio inicial de la fundación, integrado por el conjunto de bienes y derechos de los que dispone el fundador para la constitución de la fundación (art. 12.1 LF); de otro, hace referencia genérica a los bienes que forman parte del patrimonio de la fundación, comprendiendo la dotación inicial y eventualmente además otros bienes aportados con posterioridad por el fundador o por terceras personas también en concepto de dotación, que quedan directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales por voluntad expresa de sus aportantes o por acuerdo del Patronato (art. 12.4 LF). Toda esta masa patrimonial queda sujeta al régimen especial vigente en materia de enajenación y gravamen de bienes y derechos y respecto del destino de rentas e ingresos (36).

La dotación inicial podrá consistir en bienes y derechos de cualquier clase y habrá de ser adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales (art. 12.1 LF). Con una clara inspiración en el régimen de las sociedades anónimas, se previene que, si la aportación es dineraria, podrá efectuarse en forma sucesiva. En tal caso el desembolso inicial será, al menos, del 25% y el resto se deberá hacer efectivo en un plazo no superior a cinco años, contados desde el otorgamiento de la escritura de constitución. Además, habrá de garantizarse la realidad de la aportación aplazada ante el notario autorizante (art. 12.2 LF). Asimismo se aceptará como dotación el compromiso de aportaciones de terceros, siempre que dicha obligación conste en títulos de los que llevan aparejada ejecución (art. 12.3 LF, en relación con el art. 517.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil), en el bien entendido que en ningún caso se considerará dotación el mero propósito de recaudar donativos (art. 12.5 LF).

2. La reclamación de las aportaciones diferidas en caso de concurso de la fundación

La admisión de que también en las fundaciones puedan existir aportaciones pendientes de desembolso lleva derechamente a la necesidad de precisar el modo en que la mencionada obligación se ve afectada por la declaración de concurso de la *universitas rerum*. En este sentido se suscita la aplicabilidad al supuesto examinado de la regla que establece que «corresponderá exclusivamente a la administración concursal la reclamación, en el modo y cuantía que estime conveniente, del desembolso de las aportaciones sociales que hubiesen quedado diferidas, cualquiera que fuera el plazo fijado en la escritura o en los estatutos, y de las prestaciones accesorias pendientes de cumplimiento» (art. 48.4 LC). Como se advierte, se trata de una previsión que, aun cuando se ubica en un precepto que posee como rúbrica efectos sobre el deudor persona jurídica, tiene únicamente como destinatarias a las sociedades, de manera que aparentemente su aplicación habría de quedar reservada a esta clase de personas jurídicas, dado el tenor literal de la norma examinada.

Pero semejante conclusión no puede ser compartida si se atiende a la finalidad del precepto, que debe considerarse como el elemento de juicio decisivo para dar una adecuada respuesta a la cuestión planteada. En este sentido ha de convenirse que la previsión examinada tiene como propósito la protección del crédito, determinante de que en la tesitura descrita el disfrute del beneficio del plazo haya de ceder en aras de la satisfacción de un interés que es considerado prevalente. Téngase en cuenta al respecto la propia función de la aportación que, en cuanto que integra el patrimonio del deudor, constituye la garantía de los acreedores a los que sirve el procedimiento concursal. Así las cosas, circunscribir la aplicación de la norma analizada a las sociedades, so pretexto de su literalidad, carecería de justificación, pues no existen razones que permitan fundamentar un diverso régimen de la tutela del crédito en relación con las aportaciones diferidas entre las sociedades y las restantes clases de personas jurídicas. Así pues, la regla de la exigibilidad anticipada ha de considerarse vigente para la generalidad de las personas jurídicas, pues en todas ellas el designio de protección de los acreedores reclama la debida integración del patrimonio del ente. Puede decirse que en este punto la Ley 22/2003 no ha caído en la cuenta de la eventual existencia de aportaciones aplazadas en otros tipos de personas jurídicas, tal vez por la propia marginalidad de tales supuestos. En realidad, el precepto comentado viene a contemplar el supuesto paradigmático de diferimiento del desembolso, pero sin una intención excluyente de otros igualmente existentes allende el ámbito societario (37) .

3. La reintegración de la masa: la rescindibilidad de las prestaciones realizadas a los beneficiarios

Como se señaló con anterioridad, el desarrollo de la actividad fundacional, que constituye una auténtica obligación para la *universitas rerum* [art. 23.a) LF], se traduce en una serie de prestaciones a favor de los beneficiarios con el consiguiente empobrecimiento de la fundación, en consonancia con el carácter altruista de esta clase de entidades. Semejante estado de cosas suscita derechamente la cuestión de la eventual rescindibilidad de los referidos actos, una vez declarada en concurso la fundación, en orden a la adecuada reintegración de la masa activa. A tal propósito la legislación

concurstal contempla una especial acción rescisoria (arts. 71 a 73 LC), independientemente del posible ejercicio de las acciones impugnatorias o rescisorias ordinarias con sometimiento pleno al régimen general que las regula (art. 71.6 LC).

Centrada la atención en la acción rescisoria concursal, ha de partirse del principio general por cuya virtud resultan rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso sin necesidad de que exista *animus fraudandi* (art. 71.1 LC). Tratándose de actos realizados a título gratuito, que vendrán a suponer la regla general en lo concerniente a las prestaciones realizadas por las fundaciones a favor de sus beneficiarios, el perjuicio patrimonial se presume sin admitir prueba en contrario, salvo en el caso de las liberalidades de uso (art. 71.2 LC). Por su parte, la eventual percepción por la fundación de algún tipo de contraprestación de los beneficiarios, permitida con arreglo a ciertas condiciones (art. 26 LF), provocará la exigencia de acreditar el *eventus damni* de cara a la rescisión de este tipo de actos, al no encontrar acomodo, en línea de principio, en el elenco de presunciones legales de perjuicio patrimonial para la masa activa (véase art. 71.3 y 4 LC) (38) . Al efecto se considera que el perjuicio común concurre desde el momento en que el acto en cuestión hubiera acarreado una disminución del patrimonio realizable del deudor, en orden a lo cual se estima suficiente que tal acto económicamente negativo encuentre ubicación en el llamado período sospechoso, sin que a ello obste la hipotética acreditación de que el acto tuvo lugar en un momento aún de prosperidad y anterior a la precipitación de la ruina del concursado (39) . Tratándose de fundaciones que obtengan ingresos por sus actividades de interés general, la prueba de este perjuicio no revestirá especial dificultad, toda vez que el valor de la contraprestación satisfecha por los beneficiarios será por lo común inferior al de la prestación que éstos hubieran recibido de la fundación.

Llegados a este punto ha de dilucidarse si encuentra aplicación al supuesto examinado la salvedad legal de que en ningún caso podrán ser objeto de rescisión los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales, mediante la que se establece una importante limitación a la reintegración de la masa activa (art. 71.5 LC). La interpretación literal de la norma apunta más bien a una respuesta negativa, so pretexto de que la expresa alusión a una determinada clase de actividades viene a excluir del ámbito de aplicación del precepto las de cualquier otra naturaleza, como es el caso de las actividades propiamente fundacionales. De seguirse esta lectura únicamente quedaría vedada la rescisión de los actos ordinarios realizados en condiciones normales en el marco del ejercicio directo de actividades empresariales por las fundaciones (art. 24 LF). Un planteamiento como el enunciado produciría consecuencias de enorme magnitud en relación con la actividad fundacional desarrollada con anterioridad a la declaración de concurso, toda vez que los actos realizados a título gratuito entrarían de lleno en la presunción inatacable de perjuicio patrimonial que permite la rescisión de los actos efectuados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso (art. 71.1 y 2 LC).

Empero, cabe realizar una lectura diferente de la previsión examinada (art. 71.5 LC), en el sentido de estimar que alude en puridad al supuesto paradigmático de actos dispositivos excluidos del ámbito de la acción rescisoria en aras de la seguridad del tráfico jurídico. Trátese, pues, de la categoría más relevante de actos que no pueden ser objeto de rescisión, mas no de la única clase de actos inatacables por su carácter perjudicial. En la interpretación preferible, la salvedad examinada debe reputarse referida realmente a los actos relativos a la actividad propia del deudor en cuestión, y no sólo del que merezca la condición de profesional o empresario. De otro modo, los actos realizados por quienes carecieran de alguna de tales cualidades -por ejemplo, un consumidor- serían rescindibles, incluso a pesar de su posible carácter ordinario y de su hipotética realización en condiciones normales.

Trasladadas tales consideraciones al caso particular de las fundaciones es evidente que la actividad

ordinaria de esta clase de entidades es la ordenada a la consecución del concreto fin de interés general establecido en sus estatutos, que habrá de traducirse en la realización de una serie de prestaciones a favor de los beneficiarios. Pues bien, según la interpretación defendida los actos realizados a favor de los beneficiarios en desarrollo de la mencionada actividad -esto es, la que se conoce como actividad fundacional, que es la ordinaria en el caso de las fundaciones en condiciones normales-, es decir, no sólo de conformidad con la manera usual de desarrollar tales actividades, en orden a lo cual habrá de establecerse la oportuna comparación tanto con la actividad anterior de la fundación en cuestión como con lo que es práctica habitual en el campo de esta clase entidades en general, sino también en un momento de inexistencia de una situación de desequilibrio patrimonial grave (40) , no podrán ser objeto de rescisión una vez declarada en concurso la fundación (art. 71.5 LC).

V. LA MASA PASIVA: POSICIÓN DE LOS BENEFICIARIOS Y CALIFICACIÓN DE DETERMINADOS CRÉDITOS CONTRA LA FUNDACIÓN COMO CRÉDITOS SUBORDINADOS

1. La posición de los beneficiarios de la fundación declarada en concurso

La declaración de concurso de una fundación exige precisar la situación en que quedan sus beneficiarios, en orden a lo cual han de traerse a colación una serie de principios generales sobre la posición jurídica de esta clase de sujetos en el ámbito de las fundaciones. En este sentido constituye lugar común la indicación de que los beneficiarios carecen de un derecho al otorgamiento de las prestaciones. De igual modo, si la fundación deja eventualmente de prestarlas, los beneficiarios tampoco podrán reclamarle su continuidad. Con todo, comoquiera que las fundaciones se encuentran obligadas a la aplicación de sus recursos a un fin de interés general mediante la atención de unas colectividades genéricas de personas identificadas del modo previsto en los estatutos, se concede que tales sujetos merecen al menos la consideración de interesados, a los efectos de oponerse a la actuación de la fundación que, con infracción de la ley o de los estatutos, pueda perturbar su posición de beneficiarios (41) .

Es evidente que de lo expuesto se desprende paladinamente la improcedencia de considerar a los beneficiarios como acreedores de la fundación, máxime si se tiene en cuenta que la indeterminación de aquéllos constituye unos de los rasgos configuradores de la fundación (art. 2.2 y 2.3 LF). Ahora bien, igualmente incontestable es que la situación experimenta un cambio radical una vez reconocido el derecho a percibir una determinada prestación de la fundación. En esta última tesitura, el beneficiario poseerá el derecho de reclamar la prestación en cuestión y, en consecuencia, habrá de ser considerado acreedor de la fundación, posteriormente declarada en concurso (42) . En tal caso vendrá a suscitarse el problema de la eventual rescisión del acto mediante el que se reconoció el referido derecho, que habrá de resolverse de conformidad con las pautas trazadas en el epígrafe precedente.

2. Calificación de determinados créditos contra la fundación como créditos subordinados

Es perfectamente posible que entre los acreedores de la fundación se cuenten personas -físicas o morales- poseedoras de la condición -actual o pretérita- de gestores de aquélla. Pues bien, en el hipotético caso de concurso de la *universitas rerum* es preciso determinar si el especial vínculo que liga en los supuestos comentados al acreedor con su deudor incide de algún modo en el régimen al que tiene que sujetarse el crédito de que se trate en el procedimiento concursal. Por lo demás, ha de traerse a la memoria que el nacimiento de tales créditos pudo encontrarse sometido al requisito de la previa autorización del Protectorado, cuyo eventual incumplimiento incide en la eficacia del negocio (art. 28 LF). En la perspectiva descrita se plantea fundamentalmente el tema de la eventual

calificación de los mencionados créditos como créditos subordinados (ex arts. 92.5.º y 93.2 LC).

A modo de consideración preliminar ha de señalarse que los créditos subordinados constituyen una nueva categoría introducida por la Ley 22/2003 en el ámbito de la clasificación de los créditos. En esta categoría quedan comprendidos los créditos merecedores de postergación tras los ordinarios por diversas razones, una de las cuales estriba precisamente en los particulares vínculos personales existentes entre el acreedor y el concursado (art. 92.5.º LC). De los supuestos de personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica únicamente resulta aplicable a las fundaciones el referido a «los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores del concursado persona jurídica y los apoderados con poderes generales de la empresa, así como quienes lo hubieran sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso» (art. 93.2.2.º LC), pues la norma transcrita contempla toda clase de personas jurídicas, a diferencia de los restantes supuestos, que aluden expresamente a las sociedades (véase art. 93.2.1.º y 3.º LC).

En este sentido, la referencia a los administradores y a los liquidadores habrá de entenderse referida a quienes ostenten o hubieren ostentado la condición de integrantes *-de iure o de facto-* del Patronato de la fundación (arts. 14 y 34.1 LF). Por su parte, la mención a los apoderados generales de la empresa constituye una expresión inapropiada en un precepto que tiene como destinatario la generalidad de las personas jurídicas. Es precisamente esta última circunstancia la que mueve a descartar que la referencia a los apoderados generales haya de considerarse circunscrita exclusivamente a los de las personas jurídicas que realicen actividades empresariales, lo cual en última instancia determinaría que su aplicación a las fundaciones dependiera de la índole de las actividades desarrolladas por ellas (véase art. 24 LF). Más bien ha de estimarse que en la mencionada disposición late el designio de someter a los apoderados generales (art. 16.3 LF), en razón de la amplitud de las facultades que tienen conferidas, a idéntico régimen que el previsto para administradores y liquidadores, de modo que la norma en su conjunto resulta aplicable a cualquier clase de persona jurídica.

En todo caso, ha de llamarse la atención sobre el dato de que la subordinación de esta clase de créditos no admite excepción alguna (véase art. 93.2 y 3 LC). Así las cosas, el hipotético cumplimiento por el patrono del trámite de la previa autorización del Protectorado, cuyo establecimiento obedece precisamente al propósito de evitar la descapitalización de las fundaciones, no impedirá que el crédito del que resulte titular haya de calificarse como subordinado en el concurso de la fundación deudora, incluso a pesar de no derivarse perjuicio alguno para la *universitas rerum* con la celebración del negocio del que el mencionado crédito deriva. Por su parte, la eventual inobservancia del mencionado requisito permitirá cuestionar la eficacia del negocio celebrado entre el patrono y la fundación con la consiguiente repercusión en la composición de la masa pasiva.

VI. LA DECLARACIÓN DE CONCURSO COMO CAUSA DE EXTINCIÓN DE LA FUNDACIÓN

1. Consideraciones preliminares

Es lo cierto que ni en el régimen de las fundaciones se previene explícitamente que la declaración de concurso constituya una causa de extinción de tales entidades (véase art. 31 LF, de aplicación general ex disposición final 1.ª.1 LF), ni en la legislación concursal se señala tampoco que la referida declaración constituye por sí sola un motivo de disolución de las personas jurídicas, si bien se establece una serie de disposiciones que inciden directamente en la pervivencia de las personas morales [véanse especialmente los arts. 48.1, 145.3 y 178.2 y 3 LC, que deben ponerse en relación con lo previsto en los artículos 31.f) y 32.3 LF]. Semejante estado de cosas invita a examinar en primer término este último elenco de preceptos, para posteriormente analizar, a la luz de las conclusiones obtenidas, la disciplina particular de las fundaciones en lo concerniente a sus causas de extinción.

2. La disolución de la persona jurídica concursada en la Ley 22/2003

La incidencia de un procedimiento concursal en la disolución y liquidación de la persona jurídica incura en él ha sido tradicionalmente un tema confuso, especialmente en lo concerniente al ámbito de las sociedades, mientras que la atención dispensada en este punto a las restantes clases de personas jurídicas ha sido en verdad escasa, en consonancia con la ausencia de tratamiento específico de la materia y el carácter marginal de tal clase de situaciones. La ordenación vigente ha pretendido resolver las dudas y vacilaciones suscitadas por la imprecisa regulación precedente mediante el establecimiento del principio basilar de que la declaración de concurso no constituye per se causa de disolución de la persona jurídica deudora, toda vez que tal efecto se producirá sólo como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación (art. 145.3 LC). Por lo demás, durante la tramitación del concurso se mantendrán los órganos de la persona jurídica, sin perjuicio de los efectos que sobre su funcionamiento produzca la intervención o la suspensión de sus facultades de administración y disposición y salvo en el supuesto en que, a consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, se declare el cese de los administradores o liquidadores (art. 48.1 LC).

El planteamiento adoptado se muestra plenamente congruente con la consideración del convenio como la solución normal y prioritaria del concurso, fomentada mediante una serie de medidas de diversa índole, a diferencia de la legislación precedente en relación con la quiebra, concebida tendencialmente con una finalidad liquidatoria a través del reparto del activo del quebrado entre sus acreedores (43). Además, la regulación del contenido del convenio impide que su adopción encubra una auténtica liquidación global del patrimonio del deudor (véase el art. 100 LC). Así las cosas, no resultaría coherente con el planteamiento expuesto la hipotética elevación de la declaración de concurso a causa de disolución de las personas jurídicas, toda vez que la generalización de los efectos de una previsión semejante constituiría una flagrante contradicción con los principios inspiradores del nuevo Derecho concursal.

Siendo cierto que, en términos generales, una de las ideas rectoras de la regulación del convenio estriba en que la continuidad de la actividad del concursado puede redundar en una mejor satisfacción de sus acreedores, ha de convenirse igualmente que, en línea de principio, no se ve la utilidad que para los acreedores de una fundación concursada pueda tener la continuidad de la actividad de ésta, dado su consustancial carácter altruista, salvo quizá en el caso de que la fundación sea titular de explotaciones empresariales con cuyos resultados se confíe alcanzar un más completo y adecuado pago de los créditos o de que puedan allegarse de cualquier otro modo recursos patrimoniales adicionales para tal propósito, por ejemplo mediante nuevas aportaciones del fundador o incluso de terceros. Con ello quiere decirse que en el caso del concurso de las fundaciones la liquidación se presentará por lo común como la solución más adecuada desde la perspectiva de los intereses de los acreedores.

En este sentido ha de tenerse en cuenta que la apertura de la fase de liquidación constituye una causa de disolución de carácter automático, como expresión singular de la mayor severidad de los efectos que comporta la liquidación, concebida como solución subsidiaria del concurso que opera cuando no se alcanza o se frustra el convenio (Exposición de Motivos de la LC, VII). Supuesto que la declaración de concurso presupone la insolvencia del deudor (art. 2 LC), acaso en el planteamiento de la Ley lata la idea de que la verificación del proceso liquidatorio mediante el reparto del activo entre los acreedores habrá de acarrear necesariamente la completa descapitalización de la persona jurídica concursada, por lo común agravada adicionalmente por la existencia de deudas pendientes que continuarán pesando sobre el deudor (art. 178.2 LC). Descontada la distribución de la totalidad del patrimonio de la persona jurídica concursada entre sus acreedores, e incluso la pervivencia de un pasivo aún insatisfecho, aquélla vendrá a quedar, a la postre, en la imposibilidad de lograr el fin que constituye su objeto. Este mismo fundamento puede apreciarse, de una manera patente, en la norma

que establece que «en los casos de conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos del deudor persona jurídica, la resolución judicial que la declare acordará su extinción y dispondrá el cierre de la hoja de inscripción en los registros públicos que corresponda, a cuyo efecto se expedirá mandamiento conteniendo testimonio de la resolución firme» (art. 178.3 LC). Es evidente que en el caso de las fundaciones las ideas expresadas poseen plena vigencia, dado que pertenece a la esencia de esta clase de entidades la titularidad de un patrimonio afecto a un fin de interés general, hasta el punto de resultar inconcebible una fundación no sólo carente de patrimonio, sino también con recursos simplemente inadecuados o insuficientes para el desenvolvimiento de la actividad fundacional [véase en este sentido el art. 31.c) LF, analizado en el apartado siguiente].

En otro orden de cosas ha de señalarse que, en línea de principio, la apertura de la fase de liquidación de la persona jurídica la aboca de manera inexorable a su extinción, a diferencia de lo que acontece en la disolución extraconcursal, donde resulta posible, en ciertos supuestos y bajo determinadas condiciones, la llamada reactivación de la persona jurídica disuelta. El planteamiento seguido en la nueva legislación concursal supone una evidente generalización que deja de lado algún supuesto, ciertamente marginal, en el que la extinción de la persona jurídica concursada puede revelarse como una consecuencia desproporcionada e, incluso, inconveniente. Así acontecerá cuando excepcionalmente la liquidación concursal no haya requerido la distribución de la totalidad del activo entre los acreedores y los recursos restantes permitan a su vez la consecución de la finalidad propia de la persona jurídica en cuestión. En tal caso carecerá de sentido una inevitable extinción de la persona jurídica, que necesariamente habrá de venir precedida por una liquidación extraconcursal del patrimonio remanente, máxime si se tiene en cuenta que la íntegra satisfacción de los acreedores es una causa de conclusión del concurso (art. 176.1.4.º LC), cuya razón de ser estriba precisamente en el logro de la finalidad del procedimiento concursal (Exposición de Motivos de la Ley Concursal, IX).

3. El concurso como causa de disolución en la legislación sobre fundaciones

Dentro del elenco legal de causas de extinción de las fundaciones el régimen particular de esta clase de personas morales contempla la imposibilidad de realización del fin fundacional, sin perjuicio de una eventual modificación de los estatutos o incluso de la fusión de la fundación [art. 31.c) LF]. Dícese que la imposibilidad puede localizarse en el fin mismo -por ejemplo, porque haya caducado o devenido contrario a Derecho, si bien esta última circunstancia es difícilmente imaginable- o, como sucederá más frecuentemente, en los medios necesarios para cumplirlo, bien porque éstos hayan desaparecido totalmente, bien porque sobrevenidamente se hayan reducido de tal manera que resulten insuficientes para ello. Por lo demás, se añade que debe tratarse de una imposibilidad definitiva e irremediable para que pueda ser considerada como causa de extinción de la fundación (44) . En la tesitura descrita la extinción de la fundación requerirá acuerdo del Patronato ratificado por el Protectorado. Si no hubiese acuerdo del Patronato, o éste no fuese ratificado por el Protectorado, la extinción de la fundación requerirá resolución judicial motivada, que podrá ser instada por el Protectorado o por el Patronato, según los casos (art. 32.2 LF).

Sentado lo anterior ha de dilucidarse si la declaración de concurso entraña por sí sola la imposibilidad de alcanzar el fin fundacional, de tal manera que aquella resolución judicial haya de considerarse motivo de extinción de la *universitas rerum*, en cuanto manifestación singular de una de las causas generales previstas en la legislación de fundaciones [art. 31.c) LF]. En este sentido debe tenerse en cuenta que el concurso tiene como presupuesto objetivo la insolvencia (art. 2.1 LC), legalmente concebida como el estado en que se encuentra el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles (art. 2.2 LC). Junto a la insolvencia actual se contempla igualmente la inminente, caracterizada por la previsión del deudor de que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones (art. 2.3 LC). Así que si la fundación no puede atender las deudas contraídas, a cuya satisfacción deben considerarse destinados sus bienes por encima de cualquier otra finalidad como consecuencia de la declaración de concurso (ex art. 43 LC), podría colegirse que

con mayor razón la fundación carecerá de la base patrimonial necesaria para la consecución del concreto fin de interés general estatutariamente establecido. En este sentido, la declaración de concurso vendría a ser una suerte de constatación de la imposibilidad de alcanzar el fin fundacional, que en todo caso requeriría para producir la extinción de la fundación la adopción del correspondiente acuerdo del Patronato ratificado por el Protectorado (art. 32.2 LF).

Pero esta conclusión no puede ser compartida porque viene a identificar un dato meramente formal, como es la declaración judicial de concurso, con una circunstancia puramente material, cual es la imposibilidad de alcanzar el fin fundacional como consecuencia de la ausencia de los recursos patrimoniales necesarios para ello. En relación con el régimen precedente se sostuvo acertadamente la tesis de que la quiebra de una fundación -refiriéndose al caso de una fundación-empresa- no había de producir su extinción automática, pues la *universitas rerum* había de considerarse subsistente en tanto que, como consecuencia de la quiebra, se produjera la imposibilidad de continuar realizando el fin fundacional por falta de medios. Así las cosas, no habría sido propia y directamente la quiebra la que hubiera producido la extinción de la fundación, sino la imposibilidad de perseguir el fin fundacional sobrevenida por consecuencia de ella (45) .

Las ideas expuestas son perfectamente trasladables al marco normativo vigente, máxime si se tiene en cuenta que el procedimiento instaurado por medio de la Ley 22/2003 se ordena tendencialmente al logro de un convenio entre el deudor y sus acreedores, que precisamente posee una finalidad conservativa, a lo que se une el dato de que la insolvencia, como presupuesto objetivo del concurso, viene legalmente concebida como imposibilidad de cumplir, cualquiera que sea la causa, sin que por consiguiente el pasivo del deudor deba ser necesariamente superior al activo (46) . En este sentido habrá de estarse a las resultas del concurso en orden a la apreciación de tal imposibilidad. Al cabo, semejante situación puede producirse con anterioridad a la propia declaración de concurso o como consecuencia del propio desarrollo del procedimiento concursal, sin que existan argumentos que permitan considerar producida la referida imposibilidad de alcanzar el fin fundacional en virtud de la propia declaración de concurso, como uno de los efectos inmediatos de esta resolución (47) .

- (1) El presente estudio reproduce la comunicación presentada al *V Congreso de la Asociación Sainz de Andino de Profesores de Derecho Mercantil* celebrada en Jaén, el 17 de junio de 2005.
- (2) La relación de leyes autonómicas vigentes en este momento es la siguiente: Ley 7/1983, de 22 de junio, de régimen de las Fundaciones de interés gallego; Ley 12/1994, de 17 de junio, de Fundaciones del País Vasco; Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid; Ley 2/1998, de 6 de abril, de Fundaciones canarias; Ley 8/1998, de 9 de diciembre, de Fundaciones de la Comunidad Valenciana; Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones (Cataluña); Ley 13/2002, de 15 de julio, de Fundaciones de Castilla y León; Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Para un somero apunte, *Martínez Nieto, A.*, «El nuevo Derecho de Fundaciones en el Estado de las Autonomías», *La Ley*, 2003, págs.1843-1851.
- (3) En un primer momento sólo las llamadas Comunidades Autónomas *de primer grado* asumieron competencia exclusiva en materia de fundaciones: como regla general, respecto de las que desarrollaran principalmente sus funciones en el respectivo territorio autonómico (País Vasco, Cataluña, Andalucía, Comunidad Valenciana y Canarias), con las particularidades de Galicia (cuya competencia exclusiva se circunscribió a las fundaciones de interés gallego, entendiéndose por tales las que están domiciliadas en Galicia o desarrollan allí principalmente sus funciones, art. 1.1 de la Ley 7/1983, de 22 de junio, de régimen de las fundaciones de interés gallego) y de Navarra (que asumió competencia exclusiva respecto de las fundaciones constituidas con arreglo a las normas de Derecho Foral de Navarra; véanse las Leyes 44 a 47 de su Compilación Foral). Con posterioridad, la LO 9/1992, de 23 de diciembre, transfirió a las Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del art. 143 CE la competencia exclusiva sobre «*fundaciones que desarrollen principalmente sus funciones en la Comunidad Autónoma*» [véase art. 2.f)].
- (4) Así, ha podido señalarse que todas las fundaciones son de competencia estatal en determinados aspectos de su régimen jurídico, en cuanto que se encuentran sometidas a disposiciones contenidas en leyes estatales (*Tomás y Valiente, F.*, «Estudio previo», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales, I*, Madrid, Escuela Libre Editorial y Marcial

Pons, 1995, pág. XXXVI). Esta circunstancia trae como consecuencia una suerte de sustitución de la disciplina autonómica por el posterior régimen estatal en la regulación de numerosos aspectos del régimen de las fundaciones (téngase en cuenta que con anterioridad a la promulgación de la legislación estatal resultaba sumamente difícil atribuir a la legislación autonómica una invasión competencial, véase STC núm. 173/1998, de 23 de julio). Además, ni que decir tiene que en el futuro las Comunidades Autónomas, a pesar de su competencia exclusiva, no podrán dictar normas que regulen las materias ya contempladas por preceptos de la ley estatal declarados de aplicación general (Marín López, J. J., *Legislación sobre fundaciones*, Madrid, Tecnos, 1998, págs. 47-48 y 51-53). Ahora bien, respecto de casi todos los preceptos de la Ley 50/2002 dictados al amparo de la competencia estatal exclusiva en materia de legislación civil se establece la salvedad de la aplicabilidad preferente del Derecho Civil Foral o Especial, allí donde exista [disposición final 1.ª.2.b) LF]. Para una amplia noticia del tema, De Prieto, V., «Consideraciones sobre las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de fundaciones», *Revista de Derecho Privado*, 2004 (septiembre-octubre), págs. 639-675.

- (5) Rojo, A., «Presupuesto subjetivo (art. 1)», en Rojo-Beltrán, *Comentario de la Ley Concursal*, I, Madrid, Thomson-Civitas, 2004, pág. 144.
- (6) Entre otros, Rojo, A., «Presupuesto subjetivo (art.1)», en Rojo-Beltrán, *ComLC*, I, pág. 144; González Carrasco, M.ª C., «Legitimación (art. 3)», en R. Bercovitz (Coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, I, Madrid, Tecnos, 2004, págs.51-52; García Rubio, M.ª P., «Efectos sobre el deudor persona jurídica (art. 48)», en R. Bercovitz, *ComLC*, I, págs. 427-429 y Ferrándiz, J. R., «Presupuesto subjetivo (art. 1)», en Fernández-Ballesteros (Coord.), *Derecho Concursal Práctico*, Madrid, Iurgium, 2004, pp.25-27. El planteamiento adoptado en la Ley no ha quedado exento de crítica. Así, en el *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Concursal del Consejo General del Poder Judicial* [recogido en García Villaverde, R./Alonso Ureba, A./Pulgar, J. (Dir.), *Derecho Concursal*, Madrid, Dilex, 2003, pág. 633], se indicaba que «supone la vuelta a un dualismo que, en cierto modo, no se corresponde con la realidad del tráfico y superado en leyes recientes». Coincidiendo plenamente con tales observaciones, señala García Villaverde, R., «El presupuesto subjetivo de la apertura del concurso», en García Villaverde-Alonso Ureba-Pulgar, *Derecho Concursal*, pág. 35, que, no obstante su tenor literal, la regulación del presupuesto subjetivo del concurso no plantea una cuestión insalvable desde el punto de vista interpretativo. Por ejemplo, el referido autor se pronuncia a favor de la posibilidad de declarar en concurso a las sociedades irregulares y a las sociedades civiles, si bien sobre la base de la consideración de que tales sociedades poseen personalidad jurídica [en la misma línea, Rojo, A., «Presupuesto subjetivo (art. 1)», en Rojo-Beltrán, *ComLC*, I, págs. 150 y ss.], lo cual resulta controvertido respecto de las primeras. Frente al reseñado planteamiento formalista se ha llegado a defender abiertamente que cualquier ente, aun carente de personalidad jurídica, del que pueda predicarse su condición de centro de imputación de relaciones jurídicas es susceptible de ser declarado en concurso [así, Bercovitz, R., «Presupuesto subjetivo (art. 1)», en R. Bercovitz, *ComLC*, I, págs. 30-32; Gallego, E., «Presupuesto subjetivo (art. 1)», en Gallego (Coord.), *Ley Concursal*, I, Madrid, La Ley, 2005, pág. 8, y Vila Forensa, P., «Presupuesto subjetivo (art. 1)», en Sala, Mercadal y Alonso-Cuevillas (Coord.), *Nueva Ley Concursal*, Barcelona, Bosch, 2004, págs. 69-70; un análisis pormenorizado de distintos supuestos puede verse en Morillas, M.ª J., *El concurso de las sociedades*, Madrid, Iustel, 2004, págs.133-217]. De este modo se salvan los graves problemas interpretativos que el tenor literal de la regulación de la capacidad concursal suscita en relación con la admisibilidad de la declaración de concurso de entes carentes de personalidad jurídica, en ocasiones incluso privados expresamente de ella, pero dotados de una innegable subjetivación por la disciplina específica que los regula, como es el caso, por ejemplo, de los Fondos de Inversión (art. 3 de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva) y de los Fondos de Pensiones (art. 11.1 del RDLeg. 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones). En cambio, expresamente en contra de la posible declaración de concurso de tales fondos, Rojo, A., «Presupuesto subjetivo (art. 1)», en Rojo-Beltrán, *ComLC*, I, págs. 148-149, y Morillas, M.ª J., *El concurso de las sociedades*, pág. 180.
- (7) Rojo, A., «Presupuesto subjetivo (art. 1)», en Rojo-Beltrán, *ComLC*, I, pág. 147. Con todo, ha de dejarse constancia de la existencia de una corriente doctrinal que estima más acorde con el reconocimiento constitucional del derecho de fundación que ésta se encuentre dotada de personalidad jurídica desde el momento en que concurren los elementos esenciales del negocio constitutivo: manifestación de la voluntad de fundar y dotación (sobre el tema, entre otros, Carrancho, M. T., *La constitución de las fundaciones*, Barcelona, Bosch, 1997, págs. 173-194, y Durán Rivacoba, R., *El negocio jurídico fundacional*, Pamplona, Aranzadi, 1996, págs. 152-153; en sentido contrario, entre otros, Caffarena, J., «La constitución de las fundaciones (arts. 4, 8, 9, 10, 11 y 13)», en Muñoz Machado-Cruz Amorós-De Lorenzo, *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, Madrid, Fundación Once-Iustel, 2005, págs. 74-78, y Piñar, J. L., «Personalidad jurídica (art. 3)», en AA.VV., *ComLFIF*, I, pág. 27.
- (8) Caffarena, J., «La constitución de las fundaciones (arts. 4, 8, 9, 10, 11 y 13)», en Muñoz Machado-Cruz Amorós-de Lorenzo, *ComLFyM*, págs. 137-146, y Cuscó, M. y Cunillera, M., *Comentarios a la nueva Ley de Fundaciones*, Madrid, Dijusa, 2004, págs. 83-86. Sobre la responsabilidad del patrimonio fundacional, Carrancho, M. T., *La constitución*, págs. 189-190, y para el régimen precedente, Caffarena, J., «Fundación en proceso de formación (art. 11)», en AA.VV., *ComLFIF*, págs. 95-102.

- (9) Véase sobre el tema, *Carrancho, M. T., La constitución*, págs. 189-190.
- (10) Un planteamiento similar en *Viguera, J. M.^a, «Los presupuestos del concurso»*, en *Jiménez Sánchez (Coord.), Derecho mercantil, II, 9.^a ed.*, Barcelona, Ariel, 2004, págs.748-750.
- (11) *La Casa, R., Los fondos de pensiones*, Madrid, Marcial Pons, 1997, págs. 242-253.
- (12) La posible existencia de otros órganos de la fundación, además del Patronato, constituye una novedad introducida por la Ley 50/2002 que se considera apropiada sólo para las fundaciones de mayor dimensión o que desarrollen actividades empresariales. Con todo, se estima que en lugar de la pluralidad orgánica puede resultar suficiente en la mayor parte de los casos el recurso al mecanismo de la delegación de facultades, eventualmente completado mediante el nombramiento de apoderados (art. 16 LF; *Embid, J.M., «Gobierno de la fundación (arts. 14 a 18)»*, en Muñoz Machado-Cruz Amorós-De Lorenzo, *ComLFyM*, págs. 233-235 y 243-244).
- (13) *Embid, J. M., «Gobierno de la fundación (arts. 14 a 18)»*, en Muñoz Machado-Cruz Amorós-De Lorenzo, *ComLFyM*, págs. 241-243. Por su parte, *Cuscó, M. y Cunillera, M., ComLF*, pág. 124, consideran al Patronato como órgano único de gestión y representación de la fundación.
- (14) Entre otros, *Rojo, A., «Legitimación (art. 3)»*, en Rojo-Beltrán, *ComLC, I*, pág. 202; *González Carrasco, M.^a C., «Legitimación (art. 3)»*, en R. Bercovitz, *ComLC, I*, pág. 53; *Vila Forenza, P., «Legitimación (art. 3)»*, en Sala/Mercadal/Alonso-Cuevillas, *NuevaLC*, págs. 81-82, y *González Lecuona, M.^a, «Legitimación (art. 3)»*, en *Cordón (Dir.), Comentarios a la Ley Concursal*, Navarra, Aranzadi, 2004, pág. 96. En todo caso tendrá que tenerse en cuenta la vigencia de reglas especiales respecto de determinadas clases de personas jurídicas, como especialmente sucede en relación con las sociedades capitalistas. Esta dualidad de regímenes -que no es el caso de las fundaciones- llega a suscitar algunos serios problemas interpretativos (entre otros, *Rojo, A., «Legitimación (art. 3)»*, en Rojo-Beltrán, *ComLC, I*, págs. 203-204; *Morillas, M.^a J., El concurso de las sociedades*, págs. 247-272; *Pulgar, J., «El presupuesto objetivo de la declaración de concurso de acreedores»*, en García Villaverde-Alonso Ureba-Pulgar, *Derecho Concursal*, págs. 88-90; *Alonso Ureba, A., «La responsabilidad concursal de los administradores»*, en García Villaverde-Alonso Ureba-Pulgar, *Derecho Concursal*, págs. 565-566; *Juste Mencía, «Disposición final 20.^a»* y «Disposición final 21.^a», en R. Bercovitz, *ComLC, II*, págs. 2373-2377 y 2382; *Mora Benavente, M.^a J., «Concurso necesario y concurso voluntario»*, en Fernández de la Gándara, L./ Sánchez Álvarez, M., *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid, Marcial Pons, 2004, págs. 101-102).
- (15) A pesar de que la norma analizada contempla únicamente el resarcimiento de los daños y perjuicios causados a la fundación, es perfectamente admisible que pueda reclamarse igualmente a los patronos la reparación del daño padecido en su concreta esfera patrimonial por cualquier tercero de algún modo relacionado con la fundación. *Embid, J. M., «Gobierno de la fundación (arts. 14 a 18)»*, en Muñoz Machado-Cruz Amorós-de Lorenzo, *ComLFyM*, págs. 264-265.
- (16) *Cabra de Luna, M. A. y De Lorenzo, R., «El Protectorado (arts. 34 y 35)»*, en Muñoz Machado-Cruz Amorós-de Lorenzo, *ComLFyM*, pág. 493, y *Piñar, J. L., «El Protectorado y el Registro de Fundaciones (art. 32)»*, en AA.VV., *ComLFIF*, págs. 287-290.
- (17) *Olivencia, M., Publicidad registral de suspensiones de pagos y quiebras*, Madrid, Montecorvo, 1963, pág. 14.
- (18) Es claro que las fundaciones en general no se encuentran sujetas a las previsiones sobre publicidad registral del concurso de los sujetos inscribibles en el Registro Mercantil (art. 24.2 LC). En cambio, suscita ciertas dudas el caso de las fundaciones que desarrollen con habitualidad actividades económicas, pues la calificación como comerciante de estas entidades (véase *in extenso* sobre el tema el epígrafe siguiente) da pie para sostener su acceso al instrumento de publicidad registral propio de los empresarios. Pero sucede que la vigencia del principio de *numerus clausus* de los sujetos inscribibles constituye un obstáculo insalvable para la entrada de las fundaciones en el Registro Mercantil, con las únicas salvedades de las cajas de ahorro y del concreto supuesto contemplado en la regulación del comercio minorista (art. 16 CCom. y Disp. Adic. 4.^a de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista; en lo sucesivo, LOCM; *La Casa, R., «El ejercicio de actividades económicas por asociaciones y fundaciones»*, *Derecho de los Negocios*, núm. (153/03, junio, págs.13-14).

- (19)** La deficiente ordenación legal de la materia da lugar a graves problemas en lo concerniente a las fundaciones españolas que desarrollen sus actividades en el extranjero, tanto de modo exclusivo como concurrente con las desplegadas en el propio territorio nacional, respecto de las cuales se sostiene que su Registro competente no es el estatal, sino el autonómico correspondiente a su domicilio [*Pau Pedrón, A.*, «El Registro de Fundaciones (arts. 36 y 37 y DT 4())», en Muñoz Machado-Cruz Amorós de Lorenzo, *ComLFyM*, pág. 561]. Pero las regulaciones autonómicas no consideran a esta clase de fundaciones de su competencia, con lo cual tales entidades quedan en una situación de alegalidad que sólo puede solventarse mediante su inscripción en el registro estatal. En general, sobre el tema, *Poveda, M. I.*, «Naturaleza, ámbito competencial y eficacia del Registro de Fundaciones», *Revista de Derecho privado*, 1999 (octubre), págs. 684-704.
- (20)** En este sentido se señala sin mayor problema que la situación concursal de las fundaciones se ha de hacer constar en el Registro de Fundaciones de competencia estatal o en los correspondientes de las Comunidades Autónomas [*Sánchez Rus, H. y Sánchez Rus, A.*, «Publicidad registral (art. 24)», en Rojo-Beltrán, *ComLC, I*, págs. 529-539].
- (21)** Por todos, *Valero, U.*, *La fundación como forma de empresa*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1969, pág. 120.
- (22)** *Rojo, A.*, en *Uría-Menéndez, Curso de Derecho Mercantil, I*, Madrid, Civitas, 1999, pág. 93.
- (23)** *Paz-Ares, C.*, en *Uría-Menéndez, Curso, I*, pág. 501. A favor de la consideración como comerciante, entre otros, *Valero, U.*, *La fundación*, pág. 180; *Lacruz et al.*, *Elementos de Derecho Civil, I-2(, 3.ª ed.*, Madrid, Dykinson, pág. 332; *Linares Andrés, L.*, «La actividad económica de las fundaciones», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. (642/97, pág. 1636; *Marín López, J. J.*, «Fundación, sociedad mercantil y actividad mercantil», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. (10/98, págs. 336-337; *Sánchez Calero, F.*, *Instituciones de Derecho Mercantil, 24.ª ed.*, Madrid, McGraw-Hill, 2002, págs. 60-61; *García Garnica, M. C.*, «La actividad de empresa y las fundaciones a la luz de la Ley 30/1994», *Revista de Derecho Privado*, 1999, págs. 538-541. En contra, *De Prada, J. M.*, «Actividades mercantiles de las fundaciones», en AA.VV., *Derecho de sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero, I*, Madrid, McGraw-Hill, 2002, pág. 98, y *Uría, R.*, *Derecho Mercantil, 28.ª ed.*, Madrid, Marcial Pons) 2001, pág. 44.
- (24)** *Paz-Ares, C.*, en *Uría-Menéndez, Curso, I*, pág. 501; *Girón Tena, J.*, *Derecho de Sociedades, I*, Madrid, 1976, pág. 93, y *Rojo, A.*, en *Uría-Menéndez, Curso, I*, pág. 93.
- (25)** Véase el RD 776/1998, de 30 de abril, por el que se aprueban las normas para la adaptación del Plan General de Contabilidad a las entidades sin fines lucrativos y las normas de información presupuestaria de las mismas, las cuales son de obligatoria aplicación por las fundaciones de competencia estatal (arts. 3 y 4). Por lo demás, la previsión legal de desarrollo reglamentario de un modelo de llevanza simplificado de la contabilidad para su aplicación por las fundaciones que reúnan los requisitos legalmente establecidos (art. 25.4 LF), se ha traducido en la autorización, a esta clase de entidades, del empleo del contenido en el RD 296/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el modelo simplificado de contabilidad (Disp. Adic. 1.ª de esta última norma). Téngase en cuenta que este modelo resultará igualmente aplicable a las fundaciones que desarrollen directamente actividades mercantiles, siempre que naturalmente reúnan los requisitos generales establecidos al efecto [véase el art. 25.4.b) LF]. Por lo demás, la legalización de los libros de las fundaciones de competencia estatal corresponde al Registro de Fundaciones de Competencia Estatal (Disp. Adic. 6.ª LF).
- (26)** Señala *Embid, J. M.*, «Funcionamiento y actividad de la fundación (arts. 23 a 27 LF)», en Muñoz Machado-Cruz Amorós-de Lorenzo, *ComLFyM*, pág. 393, que la idea de aplicar las reglas mercantiles sobre contabilidad a las fundaciones titulares de explotaciones empresariales, correcta en sí misma, queda un tanto desdibujada a la vista de que la ordenación legal vigente toma del Código de Comercio numerosos preceptos para aplicarlos a todas las fundaciones, con independencia de su concreta actividad. Cabe decir, no obstante, que ahora ese transvase de normas mercantiles es pleno, sin posibles fisuras que, en ciertos casos, puedan relativizarlo. En general sobre el tema, *Martínez Gallego, E. M.*, «La rendición de cuentas en las fundaciones a la luz de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre», *Actualidad Civil*, núm. 22/04, diciembre, págs. 2645-2658.
- (27)** *Rojo, A.*, «Solicitud del deudor (art. 6)», en Rojo-Beltrán, *ComLC, I*, pág. 267.
- (28)** En el Derecho español el deber legal de depósito de las cuentas anuales no tiene carácter general: ni todas las personas naturales y jurídicas, obligadas a formular cuentas anuales, están obligadas a depositarlas en un registro público, ni las personas

obligadas tienen que depositarlas en el mismo registro (Rojo, A., «Prohibiciones (art. 105)», en Rojo-Beltrán, *ComLC*, II, pág. 1955).

- (29)** En verdad se trata de una norma confusa, pues no se acierta a ver con claridad si alude a dos supuestos distintos o si contempla más bien dos requisitos de un único supuesto (en este último sentido, *De Prada*, J. M., *Actividades mercantiles de las fundaciones*, pág. 90).
- (30)** Comoquiera que en el caso del Registro de Fundaciones es el Protectorado el encargado del depósito de las cuentas, las sanciones establecidas por la falta de depósito deben considerarse referidas a la falta de presentación o a la presentación incompleta de las cuentas anuales al Protectorado por parte de Patronato [*Embid*, J. M., «Funcionamiento y actividad de la fundación (arts. 23 a 27)», en Muñoz Machado-Cruz Amorós-de Lorenzo, *ComLFyM*, págs. 392-393].
- (31)** Entre otros, *Rojo*, A., en *Uría-Menéndez*, *Curso*, I, págs. 93-94; *Paz-Ares*, C., en *Uría-Menéndez*, *Curso*, I, pág. 501, y *Marín López*, J., «Fundación, sociedad mercantil», pág. 337.
- (32)** Así por ejemplo, *Embid*, J. M., «Funcionamiento y actividad de la fundación (arts. 23 a 27)», en Muñoz Machado-Cruz Amorós-de Lorenzo, *ComLFyM*, pág. 404; *Fernández del Pozo*, L., *El nuevo Registro Mercantil: sujeto y función mercantil registral*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2.ª ed., 1990, págs. 53-58; *Cabra de Luna*, M. A., «Actividades mercantiles e industriales (art. 22)», en AA.VV., *ComLFIF*, I, pág. 202, y *Nieto Alonso*, A., *Fundaciones: su capacidad*, La Coruña, Fundación Barrié de la Maza, 1996, págs. 379-382.
- (33)** Dícese que la condición establecida pretende evitar que la fundación quede desnaturalizada y se rija por criterios estrictamente mercantiles o cumpla con fines que, aunque formalmente sean de interés general, de hecho no lo sean por estar dirigidos a un colectivo mínimo y privilegiado que se aprovecha de la situación en beneficio propio [*Cabra de Luna*, M. A., «Obtención de ingresos (artículo 24)», en AA.VV., *ComLFIF*, I, pág. 219]. En relación con este extremo incluso ha llegado a señalarse que la percepción de un precio equivalente al de mercado a cambio de las prestaciones de la fundación no puede considerarse, en principio, como una limitación injustificada del ámbito de los posibles beneficiarios [*Embid*, J. M., «Funcionamiento y actividad de la fundación (arts. 23 a 27)», en Muñoz Machado-Cruz Amorós-de Lorenzo, *ComLFyM*, pág. 373].
- (34)** En relación con los negocios celebrados con anterioridad a la declaración de concurso debe tenerse presente que a la reintegración mediante la rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa (véanse arts. 71 a 73 LC) se añade la peculiar ineficacia por la que pueden verse afectados los negocios de enajenación y gravamen de los bienes y derechos de la fundación, así como la autocontratación, sin la preceptiva autorización administrativa [en general, sobre esta ineficacia, *Santos*, *Morón*, M. J., «El patrimonio de la fundación. Régimen de gestión patrimonial (arts. 19 a 22, y 28)», en Muñoz Machado-Cruz Amorós-de Lorenzo, *ComLFyM*, págs. 340-354].
- (35)** Con amplia información sobre el estado de la cuestión, *Santos Morón*, M. J., «El patrimonio de la fundación. Régimen de gestión patrimonial (arts.19 a 22, y 28)», en Muñoz Machado-Cruz Amorós-de Lorenzo, *ComLFyM*, págs. 293-302.
- (36)** *Caffarena*, J., «La dotación (art. 12)», en Muñoz Machado-Cruz Amorós-de Lorenzo, *ComLFyM*, págs. 214-215. Sobre el concepto de dotación, *Serrano*, M. E., *Las fundaciones: dotación y patrimonio*, Madrid, Civitas, 2000, págs. 121-124.
- (37)** *García Rubio*, M.ª P., «Efectos sobre el deudor persona jurídica (art. 48)», en R. Bercovitz, *ComLC*, I, pág. 440. Por otra parte, la regulación precedente se refería exclusivamente al fenómeno de los dividendos pasivos no vencidos y, dado su carácter excepcional, no se estimaba susceptible de aplicación analógica a las prestaciones accesorias (*Olivencia*, M., «La compensación en la quiebra y el artículo 926 del Código de Comercio», *Anuario de Derecho Civil*, 1958, págs. 836-837). Respecto del régimen vigente, indica *Beltrán*, E., «Efectos sobre el deudor persona jurídica (art. 48)», en Rojo-Beltrán, *ComLC*, I, pág. 982, que aunque la Ley no subordina expresamente la reclamación de la obligación de aportar al requisito de la necesidad, debe considerarse implícitamente establecido tal condicionamiento, de modo que la administración concursal sólo podrá reclamar el pago de las aportaciones pendientes cuando resulte preciso para el desarrollo de la actividad social o -incluso- para el pago de los gastos del propio concurso. En similares términos, *Morillas*, M.ª J., *El concurso de las sociedades*, pág. 365.
- (38)** Con todo, debe dejarse constancia de la aplicabilidad de la presunción de perjuicio patrimonial, salvo prueba en contrario,

referida a los actos dispositivo a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado (art. 71.3.1.º LC), condición ésta que en el caso de concurso de las fundaciones poseen los patronos, de derecho o de hecho, y los apoderados generales, así como quienes lo hubieran sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso (art. 93.2.2.º LC). Pero en verdad es difícilmente imaginable que estos sujetos hayan llegado a ser beneficiarios que además hubieran satisfecho una contraprestación por la prestación recibida de la fundación. Realmente el campo de aplicación de la presunción de fraude analizada es el de la autocontratación de los gestores con la propia fundación, donde existen evidentes riesgos de perjuicio patrimonial para la entidad. A fin de conjurarlos el régimen vigente establece que los patronos podrán contratar con la fundación, ya sea en nombre propio o de un tercero, previa autorización del Protectorado que se extenderá al supuesto de personas físicas que actúen como representantes de los patronos (art. 28 LF). Aunque en principio la obtención de la citada autorización no cierra el paso a un eventual ejercicio de la acción rescisoria concursal, es difícilmente imaginable que hayan podido lograr el beneplácito del Protectorado actos perjudiciales para la fundación. En cambio, como se señaló con anterioridad, la autocontratación llevada a cabo sin la preceptiva autorización del Protectorado no sólo podrá ser atacada por el perjuicio patrimonial que haya supuesto, sino también por el incumplimiento del mencionado requisito, que produce una peculiar ineficacia del acto dispositivo en cuestión.

- (39)** Así, haciéndose eco de la doctrina dominante, *Gil Rodríguez, J.*, «Acciones de reintegración (art. 71)», en R. Bercovitz, *ComLC*, I, págs. 852-853. En similares términos, *León, F.*, «Acciones de reintegración (art. 71)», en Rojo-Beltrán, *ComLC*, I, pág. 1307.
- (40)** *León, F.*, «Acciones de reintegración (art. 71)», en Rojo-Beltrán, *ComLC*, I, págs. 1314-1315, y *Asencio, J. M.*, «Acciones de reintegración (art. 71)», en *Gallego, Ley Concursal*, I, págs. 832.
- (41)** *García-Andrade, J.*, «Objeto y alcance de la Ley de Fundaciones. Concepto de fundación. Fines y beneficiarios. Aplicación de la Ley y Figuras especiales (arts. 1, 2, 3, disposiciones adicionales. 2.ª y 7.ª y disposición final 1.ª)», en Muñoz Machado-Cruz Amorós-de Lorenzo, *ComLFyM*, págs. 56-57, y *Caffarena, J.*, «Escritura de constitución (art. 8)», en AA.VV., *ComLFIF*, pág. 81.
- (42)** Incluso se ha llegado a defender que ese derecho puede derivar directamente de los estatutos de la fundación cuando se requieran datos meramente objetivos para su identificación y no corresponda a los órganos de la fundación una facultad de selección concreta al efecto [art. 11.1.d) LF]; *Embid, J. M.*, «Funcionamiento y actividad de la fundación (arts. 23 a 27 LF)», en Muñoz Machado-Cruz Amorós-de Lorenzo, *ComLFyM*, págs. 370-371. Sobre la posibilidad de determinación estatutaria de los beneficiarios de la fundación, *De Priego, V.*, «Interés general e indeterminación de los beneficiarios en las fundaciones», *Revista de Derecho Privado*, 2003 (noviembre-diciembre), págs. 744-751.
- (43)** Así, se ha puesto de manifiesto que la solución conservativa del concurso -esto es, el convenio- viene a refundir la derogada suspensión de pagos mercantil y la quita y espera civil, mientras que la liquidación como solución alternativa al concurso conecta con la derogada quiebra mercantil y el concurso de acreedores civil. Con ello no se hace sino recoger el tránsito producido en las reformas concursales acontecidas en el marco norteamericano y europeo, en distintos momentos del siglo xx, de un Derecho privatista prevalentemente liquidativo a un Derecho prevalentemente conservativo que toma en consideración también intereses distintos a los de los acreedores (*Pulgar, J.*, «Las soluciones al concurso de acreedores: el convenio y la liquidación», en García Villaverde-Alonso Ureba-Pulgar, *Derecho Concursal*, págs. 436-437). De forma más matizada, *Rojo, A. y Beltrán, E.*, «De las fases de convenio o de liquidación (Título V)», en Rojo-Beltrán, *ComLC*, II, págs. 1849-1850, sostienen la existencia de una igualdad de trato entre el convenio y la liquidación, de modo que, aunque la Ley trata de fomentar la solución del convenio con algunas medidas muy concretas, el *favor convenii* no constituye un principio general que esté expresa o implícitamente recogido en el articulado de la LC.
- (44)** *Valero, U.*, *La fundación*, págs. 453-454, seguido por *Caffarena, J.*, «La extinción de la fundación (arts. 31, 32 y 33)», en Muñoz Machado-Cruz Amorós-de Lorenzo, *ComLFyM*, pág. 469.
- (45)** *Valero, U.*, *La fundación*, pág. 461.
- (46)** Así, entre otros, *Rojo, A.*, «Presupuesto objetivo (art. 2)», en Rojo-Beltrán, *ComLC*, I, págs. 170-173; *Bercovitz, R.*, «Presupuesto objetivo (art. 2)», en R. Bercovitz, *ComLC*, I, pág. 38, y *Pulgar, J.*, «El presupuesto objetivo», págs. 64-67.
- (47)** Este trabajo se enmarca en el Proyecto I+D SEJ 2004-02829, titulado *Crisis de empresa*, del Plan Nacional de Investigación

Científica, Desarrollo e Innovación Tecnológica 2004-2007.