

Tercer Sector y fundaciones en el actual contexto concursal*

Third Sector and foundations in bankruptcy

por

FÁTIMA YÁÑEZ VIVERO
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Nacional de Educación a Distancia

RESUMEN: El mundo del denominado Tercer Sector Social también sucumbe ante la crisis económica de los últimos tiempos. En este contexto son varias las fundaciones que hallándose en una situación de severa insolvencia han sido declaradas en concurso de acreedores. La insolvencia de las entidades integrantes de la llamada «economía social» presenta unas vicisitudes y peculiaridades que serán examinadas a lo largo de este trabajo. De estas particularidades, seguramente destacan las consecuencias que una declaración de concurso culpable puede desplegar en el ámbito personal y patrimonial de los que forman parte del órgano de gobierno de uno de estos entes.

ABSTRACT: *The so-called «third sector» also succumbs to the economic crisis. In this context there are several foundations that being in a situation of severe insolvency have been declared insolvent. The insolvency of the entities*

* Este trabajo se integra en el Proyecto de Investigación I+D+i DER 2013-48825-R, titulado «Perspectivas y retos europeos en la regulación jurídica de las fundaciones y del mecenazgo: gobierno, control público, responsabilidad y fiscalidad», cuyo Investigador Principal es Juan-Cruz ALLI TURRILLAS.

of the «social economy» presents vicissitudes and peculiarities that will be examined throughout this work. This article focus on the consequences of an insolvency in the personal and patrimonial field of the board of trustees in a foundation.

PALABRAS CLAVE: Tercer Sector. Fundaciones. Fundaciones empresariales. Acreedores. Insolvencia. Concurso.

KEY WORDS: *Third Sector. Foundations. Commercial foundations. Creditors. Insolvency. Bankruptcy.*

SUMARIO: I. LA ACTUACIÓN DE LAS FUNDACIONES EN EL TRÁFICO JURÍDICO Y LA REPERCUSIÓN DE LA CRISIS ECONÓMICA EN LA INSOLVENCIA DE LAS FUNDACIONES: UN MAPA DE ALGUNAS FUNDACIONES EN CONCURSO DE ACREEDORES.—II. LA OBLIGACIÓN LEGAL DE SOLICITAR EL CONCURSO DE ACREEDORES.—III. LA CAPACIDAD CONCURSAL DE LOS ENTES DEL TERCER SECTOR.—IV. LA LEGITIMACIÓN PARA SOLICITAR EL CONCURSO.—V. LA POSIBLE CONTINUIDAD DE LA ACTIVIDAD DE UNA FUNDACIÓN EN CONCURSO.—VI. LA RECLAMACIÓN DE LAS APORTACIONES DIFERIDAS TRAS LA DECLARACIÓN DE CONCURSO DE LA FUNDACIÓN.—VII. LA REINTEGRACIÓN DE LA MASA: LA RESCINDIBILIDAD DE LAS PRESTACIONES REALIZADAS A LOS BENEFICIARIOS.—VIII. CONSIDERACIONES SOBRE ALGUNOS CRÉDITOS CONTRA UNA FUNDACIÓN EN CONCURSO.—IX. FUNDACIONES EN CONCURSO DE ACREEDORES Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: CONTRATACIONES Y SUBVENCIONES.—X. RESPONSABILIDAD DE LOS PATRONOS DE UNA FUNDACIÓN EN CONCURSO.—XI. LAS FUNDACIONES ASISTENCIALES Y EL CONCURSO DE ACREEDORES.—XII. LIQUIDACIÓN CONCURSAL Y *FRESH START* DE FUNDACIONES.—XIII. CONCLUSIONES.—ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—BIBLIOGRAFÍA.

I. LA ACTUACIÓN DE LAS FUNDACIONES EN EL TRÁFICO JURÍDICO Y LA REPERCUSIÓN DE LA CRISIS ECONÓMICA EN LA INSOLVENCIA DE LAS FUNDACIONES: UN MAPA DE ALGUNAS FUNDACIONES EN CONCURSO DE ACREEDORES

Si bien el concurso de fundaciones no es un fenómeno altamente frecuente en la realidad socioeconómica contemporánea, sí resulta preocupante encontrar-

nos con noticias, en los diversos medios de comunicación, en las que alguna fundación ha sido declarada en concurso. Las noticias de las que se hacen eco los medios de comunicación tienen reflejo en las estadísticas de los concursos de acreedores elaboradas por nuestro Instituto Nacional de Estadística, en las que, por ejemplo, de los 5500 concursos declarados a lo largo del año 2015, 131 fueron de personas jurídicas con actividad empresarial denominadas «Otras», por no ser ni sociedades anónimas ni sociedades de responsabilidad limitadas. Es cierto que 131 no es un número ciertamente elevado, pero si tenemos en cuenta que el número de concursos descendió, en el año 2015, en 1534, respecto a 2014, no es nada desdeñable el dato de que en este ámbito de «Otras» el descenso fue mucho menos cuantioso, pasando de 169 entes concursados en 2014 a 131 en 2015¹.

Y es aquí, en esta suerte de «cajón de sastre» donde hemos de ubicar a los entes que configuran el Tercer Sector y que despliegan su actuación en el ámbito de la denominada «economía social». El artículo 5 de la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social establece, en su apartado primero, que forman parte de la economía social las cooperativas, las mutualidades, las fundaciones y las asociaciones que lleven a cabo actividad económica, las sociedades laborales, las empresas de inserción, los centros especiales de empleo, las cofradías de pescadores, las sociedades agrarias de transformación y las entidades singulares que se rijan por los principios del artículo precedente de esta ley. Tales principios son la independencia respecto a los poderes públicos; la primacía de las personas y del fin social sobre el capital; la promoción de la solidaridad interna y con la sociedad que favorezca la inclusión de los colectivos más vulnerables, la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres; y, por último —aunque no sea este el orden de enumeración de ley—, la aplicación de los resultados obtenidos de la actividad económica principalmente en función del trabajo aportado y actividad realizados por los socios o por sus miembros y, en su caso —como sucedería en el supuesto de una fundación—, al fin social objeto de la entidad.

Pues bien, este Tercer Sector Social, en su conjunto, también sucumbe a la crisis económica en la que nos encontramos y las consecuencias de los problemas de supervivencia de muchos de estos entes afectan a la sociedad en su conjunto porque a nadie se le escapa que este tipo de entidades prestan importantes servicios sociales donde el Estado u otras administraciones no alcanzan. Se ha dicho que este tipo de entidades no lucrativas que persiguen fines sociales ha visto reducidos notablemente sus ingresos del sector público y se enfrentan, además, a tensiones de tesorería por el impago de deudas vencidas derivadas de créditos que ostentan frente a las Administraciones Públicas². Y lo peor es que la perspectiva, para los próximos años, no es buena. Según un estudio realizado por el Instituto de Innovación Social de Esade, la Fundación La Caixa y la Fundación PwC, la disminución de los ingresos económicos de

ONGs y otros entes del Tercer Sector, puede alcanzar hasta un 33 por ciento en 2016 respecto al ejercicio de 2011³. Es obvio que, ante este panorama, se impone la búsqueda de nuevas vías de financiación, además de las correspondientes operaciones de fusión entre algunas entidades.

Los medios de comunicación se hacen eco, en los últimos tiempos, de los concursos de algunas fundaciones u otros entes del Tercer Sector. A continuación, recogemos los datos que nos brindan diversos medios de comunicación digitales:

La Fundación de la Real Fábrica de Tapices de Madrid ha solicitado en julio de 2015 un concurso de acreedores tras agotar todos los plazos legales para reducir la deuda que arrastra y por la que, al parecer, lleva meses sin pagar a sus trabajadores. Ante esta situación, las tres administraciones públicas que conforman el patronato de la fábrica —el Ayuntamiento de Madrid, la Comunidad y el Ministerio de Cultura— se han comprometido a realizar aportaciones económicas adicionales para revertir la situación. La institución, que acumula pérdidas muy importantes, debe algunas nóminas a sus trabajadores, las correspondientes cuotas de la Seguridad Social, el pago a proveedores y hasta algún recibo de luz⁴.

El patronato de la Fundación del Centro Niemeyer presentó, en 2012, un concurso de acreedores para tratar de solventar la delicada situación económica a la que se ha visto abocada la entidad tras el conflicto del último año por la gestión del equipamiento cultural. Además, se decidió despedir a los empleados que permanecían afectados por un Expediente de Regulación de Empleo. El concurso de acreedores responde a la delicada situación económica a la que se enfrenta la Fundación, que debe algo más de 1 millón de euros a sus proveedores. La difícil situación económica de la Fundación ha llevado, de hecho, a que no se pudieran aprobar las cuentas correspondientes al pasado ejercicio, y que en teoría deberían estar vistas y refrendadas por el patronato, pero resultó imposible hacerlo en el plazo previsto porque no se había concluido la auditoría externa e independiente que debe validarlas. El concurso de acreedores se plantea como una «garantía para los proveedores de la Fundación, con los que la entidad va a cumplir con las obligaciones adquiridas»⁵.

La Fundación de la Lengua Española ha solicitado concurso voluntario de acreedores en el año 2013. La resolución procede del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Valladolid, donde la entidad tiene su sede, que informa de la designación de un administrador concursal y el llamamiento a los acreedores para que comuniquen sus créditos. El concurso de acreedores llega siete años después de la creación, en 2006, de esta fundación, de carácter privado, cuyo objetivo es la promoción de la lengua y cultura españolas en países cuya lengua no sea el español, así como la difusión de la imagen de España y de Castilla y León por todo el mundo. En la relación de patronos fundadores y vitalicios de la entidad figuran instituciones como las fundaciones Ortega y

Gasset, Universia y Cristóbal Gabarrón, y las empresas Google, Iberdrola y General Electric⁶.

La Fundación para el Instituto del Bienestar Ciudadano (FIBIC), encargada de la construcción del edificio llamado a ser la gran infraestructura del Parque Tecnológico de Andalucía (PTA), ha presentado concurso de acreedores en el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Málaga en el año 2012. Parece que el hecho definitivo para que la Fundación entrara en una situación desesperada ha sido que el correspondiente ente público autonómico no liberase la cuantía comprometida. Fuentes judiciales afirmaron que ya hay un administrador concursal nombrado por el Juzgado, que será quien tenga que bregar con las deudas de una fundación que una vez se encargó de gestionar un instituto donde hubo personal muy cualificado, y con objetivos tan ambiciosos y loables como mejorar «el bienestar mundial»⁷.

La Fundación Alcalá Innova ha quedado sometida a un concurso de acreedores en el año 2006. Se trata de un concurso forzoso, instado, pues, por los acreedores, siendo este un matiz de gran trascendencia en la medida en que puede acarrear a sus responsables serios problemas en el caso de ser declarados culpables por el Juez de lo concursal.

La Fundación Forja XXI fue objeto de concurso en 2015. El informe del administrador concursal nombrado por el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Sevilla arroja el dato de una deuda de algunos millones de euros que llevó a un concurso de acreedores y esta falta de solvencia conduce a la liquidación y a la venta de los bienes que quedan. En ese informe se subrayan irregularidades graves, errores e inexactitudes contables que han llegado a impedir, incluso, que los acreedores pudieran conocer la situación real de la Fundación. Esta circunstancia, legalmente, podría conducir a los responsables de la entidad no solo a ser inhabilitados, sino a responder con su propio patrimonio para cubrir la deuda que quede tras liquidar la entidad y vender los activos que hayan quedado. La Fundación Forja XXI cuenta con más de 2.000 acreedores. El informe del administrador concursal acusa a los directivos de no haber colaborado con la justicia, no facilitando, por ejemplo, las claves de acceso a los servidores informáticos donde se guardaba la contabilidad. Es más, parece que el Juzgado comprobó que muchos documentos han desaparecido y ello ha obligado a reconstruir la contabilidad de la entidad⁸.

El concurso de la Fundación CEOE-CEPYME, de Ciudad Real, se concluyó en el año 2014 por «insuficiencia de masa activa». El Juzgado de lo Mercantil de Ciudad Real ha declarado la conclusión del concurso de acreedores de la Fundación CEOE-CEPYME de Ciudad Real por «insuficiencia de masa activa para la satisfacción de los previsibles créditos contra la misma». Según publica el Boletín Oficial del Estado, se declara el concurso voluntario de acreedores al mismo tiempo —el mismo día— que se da por concluido. En la resolución judicial se indica que, en todo caso, «queda el deudor responsable de sus cré-

ditos, pudiendo los acreedores iniciar sus ejecuciones singulares, en cuanto no se acuerde la reapertura del concurso». Según se añade, como consecuencia del cierre del concurso por falta de masa activa, «se ha acordado igualmente el cierre de la hoja de inscripción de la persona jurídica en el registro de Fundaciones»⁹.

La Fundación para el Empleo y la Formación del sindicato CCOO ha sido objeto de concurso voluntario de acreedores en julio de 2015. El patronato de esta Fundación ha aprobado iniciar, como medida urgente, un procedimiento de ajuste de la plantilla. La organización deberá poner el acuerdo adoptado en conocimiento del Juzgado de lo Mercantil y del administrador concursal, tras lo cual se abrirá un plazo de 15 días para convocar a los representantes de los trabajadores a un proceso de negociación, cuyo punto de partida será un Expediente de Regulación de Empleo de extinción colectivo. Los profesores que durante años han estado impartiendo cursos de formación para FOREM solicitaron a la fundación que les reconociera como personal laboral discontinuo, ya que su vinculación con la empresa es continua y prolongada en el tiempo.

Al encontrarse esta fundación en concurso de acreedores, la ley de subvenciones les inhabilita para participar en el concurso público convocado por el Gobierno de Cantabria para impartir los nuevos cursos de empleo de 2016. Se ha reconocido que la situación de la fundación es «muy comprometida», ya que hay un descubierto de medio millón de euros que no se puede pagar. El primer acreedor por volumen que tiene FOREM es el Gobierno de Cantabria y el segundo, el propio sindicato. El administrador concursal tendrá que presentar en los próximos días su informe, que servirá para dirimir si la fundación entra finalmente en liquidación o no¹⁰.

El Instituto Valenciano de Finanzas (IVF), organismo que ostenta el 55,15% de las acciones del Elche C.F., ha instado al juez, en este año 2016, a declarar el concurso necesario de acreedores de su Fundación, ante la situación que atraviesa este equipo deportivo¹¹.

La Fundación O'Belen fue declarada en concurso de acreedores (diciembre de 2013). Esta Fundación se encarga de la tutela de los niños que se encuentran en familias de acogida (en la Comunidad Valenciana hay más de 2500 niños viviendo en familias de acogida) así como de la gestión de centros de acogimiento de menores. Los directivos de O'Belen aseguran que el concurso se debe a un problema de tesorería derivado de los impagos de distintas administraciones, y que esta situación no afecta a la calidad de los servicios que presta¹².

Emaús, Organización no gubernamental, solicita, en 2015, el concurso de acreedores mientras negocia con otra entidad el traspaso de la atención a menores. Los trabajadores de la Asociación Emaús, que gestiona la atención de 86 menores tutelados por la Consellería de Bienestar Social y a ocho mujeres y sus hijos en protección por violencia doméstica, ha entrado en una espiral que complica su viabilidad. Ha presentado concurso voluntario de acreedores ya que el problema, según fuentes sindicales, es que a pesar de los diferentes servicios por separado

que presta la Asociación Emaús, la deuda de todo el conglomerado de fundaciones y entidades con la Seguridad Social puede alcanzar algunos millones de euros, lo que convierte en inasumible la subrogación del servicio para cualquier otra entidad que quiera prestar esta labor social que, desde hace más de 30 años, realiza Emaús. Un «trago difícil» aunque «necesario». Así definen en Emaús —la ONG que atiende a unos 80 menores tutelados y a mujeres protegidas en varios centros de Altea— la decisión de acogerse a un «concurso de acreedores de continuidad», una medida que, aseguran desde la asociación, les permitirá «seguir prestando servicio a los usuarios en las condiciones y tiempos marcados en los contratos», así como «pagar sin retrasos las nóminas» a su centenar de trabajadores. La entidad recibió el auto este miércoles de manos del administrador concursal, quien se encargará ahora de monitorizar el gasto diario, entregar las nóminas y asegurar el cumplimiento de las deudas, para las que se diseñará un plan de pago asequible.

Emaús ha llevado a cabo, durante tres décadas y de forma ininterrumpida, una importante labor social. Sin embargo, en los últimos cuatro años, las deudas se dispararon hasta tal punto que su continuidad se veía en serio peligro. De hecho, desde hace meses, los centros de acogida funcionan literalmente gracias a donaciones de particulares que residen en la zona. El motivo de esta situación —apuntan desde la ONG—, son los retrasos en el pago de subvenciones por parte de las administraciones y la negativa de los bancos a concederles crédito. La plantilla también culpa a la Generalitat pero subraya que la junta directiva contribuyó al caos, con una «gestión deficiente»¹³.

Una buena parte de las entidades en concurso de acreedores reflejadas en esta panorámica son de naturaleza cultural o asistencial y ello desencadena una especial preocupación social ya que desempeñan funciones sociales en ámbitos donde los poderes públicos no siempre pueden llegar. El mundo de las fundaciones culturales y asistenciales experimenta una importante evolución en tanto que el grifo institucional les está cortando el suministro alimentario y han de buscar, necesariamente, otras fuentes de financiación para sobrevivir y para hacer frente a las deudas contraídas con una pluralidad y diversidad de acreedores, como hemos podido constatar anteriormente.

Todo ello nos lleva a plantear la necesidad de estudiar las principales vertientes que presenta el fenómeno de la insolvencia del Tercer Sector, en la medida en que muchas de sus entidades —y no solo aquellas que desempeñan actividades empresariales— son potenciales sujetos concursables.

II. LA OBLIGACIÓN LEGAL DE SOLICITAR EL CONCURSO DE ACREEDORES

La situación económica que experimenta el denominado «Tercer Sector» no es fácil, por su alta dependencia del sector público. Ante una situación eco-

nómica delicada, cercana o incurso ya en la insolvencia, la Fundación no solo puede presentar solicitud de concurso sino que estará obligada a ello cuando concurran las circunstancias del artículo 5 y 5 bis de la Ley Concursal. El deudor *deberá* —establece el artículo 5 de la Ley Concursal— *solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia*.

Y, *salvo prueba en contrario* —como continúa estableciendo el apartado segundo de ese mismo precepto concursal—, *se presumirá que el deudor ha conocido su estado de insolvencia cuando haya acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de concurso necesario conforme al apartado 4 del artículo 2 y, si se trata de alguno de los previstos en su párrafo 4.º, haya transcurrido el plazo correspondiente*.

Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, puntualiza el artículo 2.2 de la Ley Concursal.

Si la solicitud de declaración de concurso la presenta el deudor, deberá justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, que podrá ser actual o inminente, tal como prescribe el apartado tercero del precitado artículo 2. *Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones*.

*Si la solicitud de declaración de concurso la presenta un acreedor, deberá fundarla en título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago, o en la existencia de alguno de los hechos establecidos en el apartado cuarto de ese mismo artículo segundo de la Ley Concursal*¹⁴.

Así pues, parece desprenderse la existencia de una obligación de solicitar el concurso cuando concurran una serie de hechos, y no de una simple o mera facultad. En el ámbito de las asociaciones, ya de modo expreso y sin ninguna ambigüedad al respecto, el artículo 18.4 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, establece tal deber: «(...) *En caso de insolvencia de la asociación, el órgano de representación o, si es el caso, los liquidadores han de promover inmediatamente el oportuno procedimiento concursal ante el juez competente*». Este número 4 del artículo 18 resulta de directa aplicación en todo el Estado, de modo que no es susceptible de aplicación divergente en una Comunidad Autónoma que tenga Derecho Civil propio, porque se considera que esta materia integra el contenido de una competencia exclusiva del Estado, *ex* artículo 149.1.1.º de nuestra Constitución, al tratarse de una cuestión relativa a un derecho constitucional, como es el derecho de asociación.

Aparte de la obligación de la fundación insolvente de solicitar su propia declaración de concurso cuando se halle en un estado actual o inminente de insolvencia —lo cual dará origen al denominado concurso voluntario—, son varios

los concursos de fundaciones que no se inician de este modo, sino a instancia de algún acreedor cuando se dé alguno de los hechos arriba enunciados. Y uno de estos hechos que, de modo reiterado, hemos visto reflejado en la panorámica anterior de algunas fundaciones españolas en concurso de acreedores, es el del incumplimiento de pago de salarios y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las últimas tres mensualidades. Los acreedores (trabajadores) que se encuentren en esta situación podrán presentar una solicitud de declaración de concurso que desencadenará en el denominado concurso necesario, cuyas consecuencias pueden ser más invasivas y agresivas para el deudor fundación y para los órganos de gobierno de esta o de cualquier otro ente del Tercer Sector.

En efecto, cuando el concurso se haya calificado como necesario, el ejercicio de las facultades del deudor para administrar y disponer sobre su patrimonio quedará suspendido y tales facultades serán llevadas a cabo por el administrador concursal, según dispone el artículo 40.2 de la Ley Concursal. De otro lado, el hecho de que el propio deudor haya omitido su obligación legal de solicitar el concurso de acreedores ante su situación de insolvencia implica una presunción de culpabilidad, de modo tal que siendo persona jurídica el deudor, si sus bienes no son suficientes para satisfacer las deudas —situación que se da en la gran mayoría de los casos—, pueden ser condenados a pagar las deudas de la sociedad sus administradores, liquidadores, apoderados, y quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso (art. 172 bis, primer apartado, de la Ley Concursal). En esta situación se han encontrado varios de los patronos de algunas de las fundaciones concursadas, como veremos más adelante. Y, de ello se colige que las fundaciones —y sus órganos de gobierno— habrán de tomarse muy en serio su obligación de solicitar concurso, no solamente en los casos de insolvencia actual sino también cuando esta sea inminente, es decir, previsiblemente próxima.

Con carácter previo al concurso, una fundación insolvente podría intentar otras vías, al amparo del artículo 5 bis, apartado primero, de la Ley Concursal, como la de poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso que se han iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, o para conseguir un acuerdo extrajudicial de pagos, en los términos previstos por la legislación concursal.

Y, cuando ya hayan transcurrido tres meses desde la comunicación al juzgado de alguna de las intenciones señaladas, el deudor, haya o no alcanzado un acuerdo de refinanciación, o un acuerdo extrajudicial de pagos o las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, a menos que ya lo hubiera solicitado el mediador concursal o no se encontrara

en estado de insolvencia. Así lo dispone el apartado quinto del artículo 5 de la Ley Concursal, que desemboca en un inexorable concurso cuando el estado de insolvencia persiste.

III. LA CAPACIDAD CONCURSAL DE LOS ENTES DEL TERCER SECTOR

La capacidad concursal de los entes del Tercer Sector —y singularmente la de las fundaciones— no suscita ningún género de dudas a la luz del artículo 1.1 de la Ley Concursal, por tratarse de una persona jurídica, al igual que tampoco lo debería generar la de las fundaciones en formación en la medida en que constituyen centros de imputación de relaciones jurídicas¹⁵. Sin embargo, y si aplicamos literalmente la norma concursal, una fundación no inscrita en el Registro de Fundaciones no ha adquirido personalidad jurídica y, por tanto, hasta el momento en que adquiriera personalidad jurídica no debería ser susceptible de concurso de acreedores¹⁶.

La capacidad concursal de las fundaciones está fuera de toda duda en la normativa catalana que, en coherencia con la legislación concursal, regula la posibilidad de declarar en concurso a las fundaciones catalanas, de que estas se disuelvan por la apertura de la fase de liquidación en el concurso (art. 335.4 d) de la Ley 4/2008, de 24 de abril del Libro Tercero del Código Civil de Cataluña relativo a las personas jurídicas); y se reconoce la legitimación de los administradores concursales para ejercitar la acción de responsabilidad contra los patronos (art. 332.11 2 e) del precitado texto legal), tal como veremos más adelante. El órgano legitimado para instar el concurso voluntario de una fundación catalana es el patronato, como órgano encargado de la administración y liquidación (art. 332.1 del Código Civil de Cataluña), al igual que sucede para el resto de fundaciones constituidas en cualquier lugar del territorio español, como tendremos ocasión de ver en el siguiente epígrafe.

Es importante destacar que la declaración de concurso, en Cataluña y también en el resto de España, no supondrá la disolución automática de la Fundación, sin perjuicio de que la apertura de la liquidación concursal desencadene *ex lege* la disolución de la persona jurídica (art. 145.3 de la Ley Concursal)¹⁷. Sin embargo, no es esto último lo que establece la referida legislación catalana, ya que en el artículo 335-5 2. se establece que *«la disolución por la causa a que se refiere el artículo 335-4 b o por las demás causas establecidas por los estatutos requiere el acuerdo motivado del patronato de la fundación, que debe ser aprobado por el protectorado»*, es decir, la disolución de una fundación catalana en concurso a causa de la apertura de la fase de liquidación concursal no es automática, sino que depende del acuerdo del patronato aprobado por el protectorado, si bien *«el protectorado, a instancias de quien tenga un interés legítimo o de oficio, puede requerir al patronato que adopte el acuerdo co-*

rrespondiente. Si el requerimiento no es atendido, el protectorado puede instar a la disolución ante la autoridad judicial». Observemos, pues, la divergencia de tratamiento de los efectos de la apertura de liquidación concursal en una fundación catalana en concurso y en una fundación concursada en otro lugar diferente de la geografía nacional.

Especial problemática plantean las fundaciones que tienen carácter público, ya que quedarán excluidas, *ab initio*, del concurso al amparo del tercer apartado del primer artículo de la Ley Concursal, según el cual «no podrán ser declaradas en concurso las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público». Los problemas de insolvencia de las Fundaciones Públicas tendrían que ser resueltos por otras vías que no constituyen el objeto de este estudio.

Sin embargo, no es pacífica esta afirmación y algunos especialistas en Derecho Concursal han considerado que, al igual que ocurre con las sociedades mercantiles estatales, aun siendo integrantes del sector público, su actuación en el mercado en régimen de igualdad respecto al resto de operadores privados desencadena que también las fundaciones públicas queden excluidas del ámbito de aplicación del «privilegio» de la falta de capacidad concursal, de modo tal que, en caso de insolvencia, puedan ser declaradas en concurso¹⁸. De hecho, esta doctrina puede verse reflejada en alguna jurisprudencia menor, en la que se consideran susceptibles de concurso determinadas sociedades mercantiles con capital 100% público que actúan en el mercado, ya que pese a ser públicas son operadores económicos que actúan en igualdad de condiciones que los privados y, en consecuencia, objeto de concurso. Así, en el Auto del Juzgado de lo Mercantil 1 de Málaga, de 13 de abril de 2009, se considera que sustraer del derecho privado —y, en concreto, de ser susceptibles de ser declaradas en concurso— a una sociedad mercantil pública o a una fundación del sector público estatal que concurren en el mercado, supondría otorgarles un privilegio contrario a los más elementales principios y normas sobre la competencia¹⁹.

IV. LA LEGITIMACIÓN PARA SOLICITAR EL CONCURSO

La legitimación para decidir la solicitud de declaración de concurso la tiene, en el caso de las personas jurídicas, el órgano de administración o de liquidación de esa persona jurídica, según establece el segundo apartado del artículo 3.1 de la Ley Concursal. Si se tiene legitimación para decidir la solicitud hemos de entender que también se tiene para efectuar tal solicitud. En el caso de la persona jurídica «fundación» el órgano de administración y liquidación es el Patronato y se ha considerado que no es un acto delegable la presentación de concurso de acreedores²⁰.

El apartado tercero de ese artículo 3 establece que también estarán legitimados, en los casos de persona jurídica susceptible de concurso, «*los socios, miembros o integrantes que sean personalmente responsables, conforme a la legislación vigente, de las deudas de aquella*» y, de nuevo por esta vía, se llega al Patronato como único órgano con legitimación activa para solicitar el concurso de una fundación. En definitiva, habrá que entender que las referencias realizadas por la Ley Concursal a la figura de los «administradores» deberán entenderse aplicables al patronato cuando se analice un supuesto de hecho en el que esté involucrada una fundación²¹.

Claro que puede suceder que, por cualquier motivo, falten todas las personas llamadas a integrar el Patronato de una fundación, correspondiendo, en este caso, al Protectorado el ejercicio provisional de las funciones del órgano de gobierno de la fundación, *ex* artículo 35.1.g) de la vigente Ley de Fundaciones; y, entre ellas, parece natural conferirle las funciones que, según la normativa concursal precitada, corresponden al órgano de administración o de liquidación en cuanto a la solicitud de concurso.

Además de la solicitud del concurso de acreedores realizada por la propia fundación deudora (concurso voluntario), es también posible, como ya hemos anticipado, que sean los propios acreedores quienes, ante uno de los supuestos de insolvencia recogidos en el artículo 2.4 de la Ley Concursal, soliciten la declaración de concurso de su deudor (concurso necesario). Ahora bien, dado el elevado riesgo —en términos de costes y eventuales perjuicios— que supone para el acreedor la solicitud de concurso necesario y los escasos incentivos legalmente establecidos (el 50 por 100 de su crédito concursal privilegiado de último orden) no está muy extendida, con carácter general, la declaración de concurso necesario de acreedores²².

Con todo, si pensamos no tanto en los pocos beneficios para el acreedor de un concurso necesario cuanto en los perjuicios para el deudor fundación por no haber solicitado el concurso cuando debía (concurso voluntario) hemos de aconsejar seriamente a las fundaciones que opten por esta última modalidad de concurso. De lo contrario, no solo verán suspendidas las facultades de administración y disposición sino que los órganos de gobierno de la fundación pueden verse afectados por no haber materializado, en su momento, la correspondiente obligación de instar el concurso, cuestión a la que nos referiremos en la parte final del presente estudio. No obstante, podrán librarse de responsabilidad por los daños originados derivados de no instar el concurso (art. 48 ter de la Ley Concursal) aquellos patronos que votaran a favor de solicitar el concurso, sin que el correspondiente acuerdo llegara a adoptarse, o aquellos otros que no habiendo intervenido en la adopción de este acuerdo, pudieran probar que desconocían su existencia o que se opusieron expresamente a aquel (art. 17.1 y 2 de la Ley de Fundaciones).

V. LA POSIBLE CONTINUIDAD DE LA ACTIVIDAD DE UNA FUNDACIÓN EN CONCURSO

La actividad económica de la fundación no se interrumpe a consecuencia de la declaración del concurso (art. 44 de la Ley Concursal) si bien quedan cercenadas las facultades patrimoniales del concursado, sujetas a intervención o suspensión según los casos y circunstancias (art. 40 de la Ley Concursal). Las consecuencias de todo ello pueden llegar a dificultar el cumplimiento del fin fundacional porque el interés de los acreedores llegue a exigir la conservación y, por tanto, la «congelación» de la masa activa, impidiendo que salga de ella ningún bien o derecho. De otro lado, la simple consecución de los fines fundacionales, prescindiendo de las actividades económicas que lleve a cabo la fundación, se traduce en continuos desplazamientos patrimoniales de la fundación a los beneficiarios que no constituyen atribuciones patrimoniales en sentido estricto, sino aprovechamientos o beneficios, pero que pueden resultar alterados o paralizados a consecuencia de una declaración de concurso.

La conservación de la masa activa concursal impide, según el artículo 43 de nuestra Ley Concursal, la enajenación o gravamen, sin autorización judicial, de los bienes y derechos que integran la masa activa del concurso, con excepciones de gran calado también en el ámbito de las fundaciones, como es la establecida en el apartado tercero del número 3 del precitado artículo 43. «*Los actos de disposición inherentes a la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor*» se podrán seguir realizando. Esta proposición normativa se ve reforzada por el siguiente artículo del texto concursal, el 44, que en el primer apartado reitera que «*la declaración de concurso no interrumpirá la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor*». E insiste en esta idea el apartado tercero del mismo precepto, al establecer que *hasta la aceptación de los administradores concursales, el deudor podrá realizar los actos propios de su giro o tráfico que sean imprescindibles para la continuación de su actividad, siempre que se ajusten a las condiciones normales del mercado*.

La continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor no es óbice para que el juez acuerde su cese o el cierre de los establecimientos, explotaciones y oficinas, tal como señala el artículo 44 de la Ley Concursal. Y también subsistirá a lo largo del concurso el deber de la fundación, cuya actividad continúe, de formular las cuentas anuales y el deber de someterlas a auditoría en los casos legalmente establecidos (art. 46 de la Ley Concursal).

Es obvio que todas estas normas son aplicables a aquellas fundaciones que lleven a cabo una actividad empresarial, pero la duda se suscita respecto a aquellas otras que no operan en el mercado. Cuando el artículo 43 se refiere a la actividad profesional o empresarial ¿abarca, también, la simple actividad

fundacional y la normal actividad de un ente del tercer sector que no tenga ánimo de lucro? La respuesta a este interrogante puede ser de suma trascendencia en el ámbito del tercer sector en la medida en que si, por extensión, hemos de entender que la actividad fundacional, aunque no sea estrictamente *profesional o empresarial*, queda incluida, es claro que la declaración de concurso no tiene por qué obstaculizar el normal funcionamiento de una fundación. Si, por el contrario, la actividad de una fundación no puede entenderse comprendida en tales expresiones normativas reiteradamente empleadas, las consecuencias de la declaración de concurso de una fundación pueden ser las de paralización de su actividad, con la consiguiente extinción de esa persona jurídica. No creo que sea esta la intención del legislador y tal vez hayamos de sustituir los términos «*actividad profesional o empresarial*» por la más genérica de «*actividad ordinaria o habitual del deudor*».

El tema no es baladí porque, como veremos cuando abordemos lo relativo a la rescisión concursal en los casos de fundaciones en concurso, de la inclusión de la actividad fundacional en el giro de «*actividad profesional o empresarial*» dependerá que sean o no objeto de rescisión las prestaciones que salen del patrimonio de una fundación en concurso.

VI. LA RECLAMACIÓN DE LAS APORTACIONES DIFERIDAS TRAS LA DECLARACIÓN DE CONCURSO DE LA FUNDACIÓN

La cuestión que se plantea, bajo este epígrafe, es la de si resulta aplicable a las fundaciones en concurso la regla establecida en el artículo 48 bis 2.^a de la Ley Concursal, según la cual corresponderá exclusivamente a la administración concursal la reclamación en el momento y cuantía que estime conveniente, del desembolso de las aportaciones sociales que hubieren quedado diferidas y también de aquellas prestaciones accesorias pendientes de cumplimiento (antiguo art. 48.4 LC). Para algunos autores, la respuesta a tal interrogante ha de ser positiva en la medida en que 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 ente²³.

Por el contrario, para otros autores la administración concursal solamente podrá reclamar el pago de las aportaciones pendientes cuando resulte preciso para el desarrollo de la actividad económica o —incluso— para el pago de los gastos del propio concurso²⁴. Ello parece lo coherente cuando el deudor concursado lleve a cabo una actividad profesional o empresarial, aunque el precitado artículo 48 bis no haga distinciones, pero más dudas plantea, en mi opinión, cuando el concursado no desarrolle ninguna actividad empresarial, sino que se trate de una fundación, por ejemplo, que para cumplir los fines de

la fundación requiera de tales aportaciones diferidas. En estos casos, la regla de la exigibilidad anticipada de las aportaciones diferidas o de las prestaciones pendientes de cumplimiento podría interpretarse como un beneficio que supone el concurso de una fundación o de otro ente del Tercer Sector y que podría actuar como un estímulo para las solicitudes de concurso de aquellas entidades que se encuentran en delicada situación económica.

En todo caso, y con independencia o no de que la exigencia de las aportaciones diferidas sea necesaria para la continuación de la actividad fundacional, lo que parece claro es que el tenor del artículo 48 bis Ley Concursal no establece distinciones y, en consecuencia, la exigibilidad anticipada de tales prestaciones es una facultad de la administración concursal que podrá o no solicitar con independencia de tal circunstancia. Ahora bien, será altamente recomendable que así se solicite cuando con ello se alivie, siquiera mínimamente, la continuación de la actividad ordinaria de la fundación.

VII. LA REINTEGRACIÓN DE LA MASA: LA RESCISIÓN DE LAS PRESTACIONES REALIZADAS A LOS BENEFICIARIOS

Una de las más delicadas cuestiones que se plantean tras la declaración de concurso de una Fundación es si resultan rescindibles las prestaciones realizadas a los beneficiarios. El propio desarrollo de la actividad fundacional implica una serie de prestaciones a favor de los beneficiarios con el consecuente empobrecimiento de la fundación. ¿Podrían reintegrarse a la masa activa concursal esas cantidades y recuperar, así, el escenario previo, existente antes de que esos bienes hubiesen salido del patrimonio fundacional?

El punto de partida, desde la perspectiva normativa, lo constituye el artículo 71 de nuestra Ley Concursal, cuyo tenor es el siguiente: «*Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta*». Por su parte, el apartado segundo del mismo precepto establece que «*el perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso (...)*». Y lo habitual, en el caso de una fundación —por ser inherente a ella la ausencia de ánimo de lucro— será que las prestaciones realizadas a favor de los beneficiarios de este tipo de personas jurídicas, sean prestaciones a título gratuito. Si la fundación lleva a cabo, además, actividades empresariales, existirán desplazamientos patrimoniales de carácter oneroso que también podrán ser objeto de rescisión pero respecto a las cuales habrá que acreditar el perjuicio patrimonial.

Y en este panorama trazado a grandes rasgos no podemos descuidar la norma del apartado quinto del artículo 71 de la Ley Concursal, según la cual

no podrán ser objeto de rescisión: «1.º Los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales (...)».

La regla quinta se refiere, expresamente, a la actividad profesional o empresarial, al igual que lo hacen los precedentes artículos 43 y 44 del mismo texto concursal. Si la simple y mera actividad fundacional no puede entenderse comprendida entre la actividad profesional o empresarial, las prestaciones que la fundación haya realizado a sus beneficiarios en los dos años precedentes a la declaración de concurso podrían ser objeto de rescisión y terminarían regresando al patrimonio de la fundación del que salieron. Ahora bien, si entendemos que cuando la Ley Concursal, en sucesivas ocasiones, dice «*actividad profesional o empresarial*», en realidad quiere decir «*actividad propia, habitual u ordinaria*» del deudor, el panorama cambia notablemente. Porque, entonces, las prestaciones que una fundación ha realizado a sus beneficiarios, integrando la actividad propia de la misma, quedarían excluidas de las «garras» de la acción rescisoria concursal. Ello parece, a mi juicio, lo más coherente con la filosofía inspiradora del instituto fundacional, del mismo modo que no hallándose la fundación en concurso sería impensable que un acreedor de la fundación pudiera impugnar, vía acción revocatoria o pauliana (art. 1297 de nuestro Código Civil), las prestaciones procedentes de esta que reciben aquellos sujetos que han resultado beneficiarios, de acuerdo con el artículo 3 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.

VIII. CONSIDERACIONES SOBRE ALGUNOS CRÉDITOS CONTRA UNA FUNDACIÓN EN CONCURSO

Los beneficiarios de una fundación no son acreedores en sentido estricto en la medida en que la indeterminación de los beneficiarios constituye uno de los rasgos configuradores de aquella (arts. 3.2 y 3.3 de la vigente Ley de Fundaciones). La fundación debe beneficiar a *colectividades genéricas de personas*, tal como establece el apartado segundo del precitado artículo 3 y, por tanto, no tienen un derecho a exigir la entrega de una prestación en caso de incumplimiento de la misma, como sí lo tendría un acreedor. Ahora bien, es obvio que sí tienen un interés legítimo a efectos, por ejemplo, de oponerse a la actuación de una fundación que, con infracción de la ley o de los estatutos, pueda perturbar o haya perturbado ya su posición de beneficiarios²⁵.

Pero tal posición de interés legítimo no le permite, desde mi perspectiva, insinuarse como acreedor en un eventual concurso de acreedores de la fundación de la que es beneficiario, a no ser que consideremos que la fundación concursada ha adquirido una obligación *ex lege* a favor del beneficiario de ese fin de interés general que ha de perseguir toda fundación. Tal consideración colocaría a este beneficiario, no en la posición de un acreedor concursal cualquiera (ordinario, privilegiado especial o general, o subordinado), sino como titular de un crédito

contra la masa, al amparo del número 10 del artículo 84 de la Ley Concursal y, en consecuencia, podría llegar a cobrar con cargo a la masa todas aquellas prestaciones que la fundación le deba entre la declaración de concurso y la conclusión del mismo. Si partimos de esta premisa, no debemos olvidar que *antes de proceder al pago de los créditos concursales, la administración concursal deducirá de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra esta*, de modo que los beneficiarios así considerados gozarían de un crédito de cobro preferente, según establece el artículo 154 de la Ley Concursal.

Particular atención merece, en este punto, la de aquellos acreedores que tengan la condición —actual o pasada reciente— de gestores de la fundación (art. 92.5 Ley Concursal). Se subordinan, es decir, se postergan en el cobro los créditos concedidos por personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica (administradores de derecho o de hecho, liquidadores del concursado persona jurídica y apoderados generales), así como quienes lo hubieran sido en los dos años anteriores a la declaración de concurso (art. 93.2.2.º Ley Concursal). Por administradores y liquidadores hemos de entender, como ya hemos señalado anteriormente, miembros del patronato de la fundación y, en consecuencia, los créditos otorgados por cualquiera de estos sujetos a una fundación quedarán *ipso iure* postergados en el cobro. La subordinación, como se nos ha recordado, no admite excepción alguna (arts. 93.2 y 3 de la Ley Concursal), por lo que aun en el caso de que el patrono haya contado con la autorización previa del Protectorado para poder «prestar» o conceder un crédito a la fundación, no impedirá tal permiso que este crédito se califique como subordinado en el concurso de la fundación deudora²⁶.

El hecho de que un crédito contra la fundación sea calificado como subordinado tiene importantes consecuencias, no solo porque su cobro se posponga, lo cual en la práctica equivaldrá a una alta dificultad de cobro, sino también porque en caso de que se abra la denominada *segunda oportunidad* de la persona jurídica concursada —o *fresh start* tras un concurso fallido— el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho afecta, muy especialmente, a este tipo de créditos, de modo tal que aunque en el futuro la persona jurídica pudiera adquirir patrimonio para pagar las deudas, de esta responsabilidad patrimonial universal (futura) quedarían excluidos los créditos subordinados (arts. 178 bis de la Ley Concursal). Mucho cuidado, pues, con los patronos que deciden prestar dinero a una fundación en apuros. No solo tendrán difícil el cobro en el *iter* del concurso sino que, en caso de *segunda oportunidad*, deberán renunciar al cobro futuro.

IX. FUNDACIONES EN CONCURSO DE ACREEDORES Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: CONTRATACIONES Y SUBVENCIONES²⁷

Especial trascendencia reviste el análisis de las consecuencias del concurso de acreedores de una entidad del Tercer Sector respecto a las relaciones con las

diversas administraciones públicas, debido a la estrecha dependencia existente entre estas entidades y las administraciones. Cuando el ente del Tercer Sector contrata con un particular los contratos, en caso de concurso de acreedores del primero, quedarían sometidos a la normativa concursal establecida con carácter general en los artículos 61 y 62 de la Ley Concursal, cuyo principio inspirador es el de la continuación de la dinámica contractual a menos que el interés del concurso (de los acreedores) recomiende lo contrario. Además, determinados contratos podrían ser rehabilitados a consecuencia de la declaración de concurso. Los artículos 68 a 70 de la Ley Concursal establecen, efectivamente, tanto la rehabilitación de créditos como la de contratos de adquisición de bienes con precio aplazado y la enervación del desahucio en los contratos de arrendamientos urbanos.

Por el contrario, cuando el contrato se ha celebrado con una administración pública la situación varía sensiblemente, tal como establece el artículo 65 de la Ley Concursal, al remitir tal relación contractual a la legislación especial. Y la legislación especial es básicamente el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público que estigmatiza en gran medida al deudor concursado. De un lado, la declaración de concurso genera —según el artículo 60.1 b) de la precitada Ley— la prohibición de contratar con el servicio público, *«salvo que en esta haya adquirido la eficacia un convenio»*, si bien es cierto que, más adelante, la propia Ley permite llevar a cabo contratos de suministro con empresas concursadas a través, exclusivamente, de la administración concursal (art. 173 de la Ley de Contratos del Sector Público).

Y, de otro lado, la declaración de concurso es causa de resolución del contrato (art. 223-b de la precitada norma de Contratos del Sector Público), aunque es verdad que se permite que la Administración Pública continúe con el contrato *«mientras no se haya producido la apertura de la fase de liquidación y siempre que el contratista prestare las garantías suficientes para su ejecución»*, garantías que no siempre será posible prestar en atención a la delicada situación económica que atraviesa. También se permite la cesión del contrato al concursado mientras no se haya abierto la fase de liquidación, exonerándole incluso del requisito de un mínimo de ejecución o explotación, tal como fija el artículo 226 de la Ley de Contratos.

Igualmente, en el ámbito de las subvenciones que las entidades del Tercer Sector puedan recibir de las Administraciones Públicas se pueden producir relevantes consecuencias como efecto de la declaración de concurso de alguna de las primeras. Aunque la legislación concursal no regula específicamente esta materia, deberán entenderse aplicables las normas concursales vigentes para los créditos y contratos en el concurso, con las particularidades establecidas en la normativa especial en materia de subvenciones²⁸. Antes de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la

recuperación económica y el empleo, las entidades incursoas en un procedimiento concursal no podían solicitar subvenciones, es decir, no eran, como decía el artículo 13 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, entidades que tuvieran la consideración de beneficiarias.

Esta regla era excesivamente drástica en un contexto de crisis y con el objeto de favorecer la conservación de la empresa y el mantenimiento de los puestos de trabajo, se instauraron una serie de medidas entre las que se encontraba la posibilidad de que los concursados pudieran percibir subvenciones siempre que se cumpliesen determinadas condiciones, esto es, que dentro del procedimiento concursal hubiera alcanzado eficacia la consecución de un convenio porque se consideraba que ello suponía que los acreedores pactaban con el deudor una reducción o aplazamiento en el cobro de sus créditos garantizando, de este modo, al menos en un plazo razonable, la continuidad de la empresa²⁹.

Así pues, la aprobación judicial de un convenio en el procedimiento concursal se convierte en el elemento indispensable para que una fundación o cualquier otro ente del Tercer Sector declarados en concurso de acreedores puedan contratar con una administración pública o recibir una subvención que tan importante puede llegar a ser en un escenario de dificultades económicas. La viabilidad de obtener un convenio en el concurso depende de múltiples factores pero, muy especialmente, de que la masa patrimonial de la fundación o de cualquier otro ente del Tercer Sector pueda tener la consistencia necesaria para hacer frente a las obligaciones derivadas de las relaciones laborales y de aquellas que tengan carácter privilegiado. Y no siempre es fácil contar con este «colchón» patrimonial si tenemos en cuenta que las fuentes de financiación de estos entes dependen en gran medida de un sector público que también ha sufrido los estragos de la crisis.

A esta dificultad de conseguir un convenio en el seno del concurso de una fundación habrá que añadir otra nada desdeñable, al menos, *a priori*. Si la finalidad del convenio es la de permitir la continuidad de la actividad económica del concursado para conseguir una mayor y mejor satisfacción de los acreedores, es verdad que para los acreedores de una fundación concursada no son tan claros los beneficios de que continúe la actividad de la concursada, debido al consustancial carácter filantrópico de la fundación y la ausencia total de ánimo de lucro. De ello se deduce que en el supuesto de concurso de fundaciones, la liquidación —y no el convenio— se presentará como la solución más adecuada desde la perspectiva del interés de los acreedores³⁰. En consecuencia, no habiendo sido posible conseguir un convenio, las relaciones de la concursada con las administraciones públicas quedarán notablemente debilitadas.

Ahora bien, aparte del interés de los acreedores, hay que tener presente el interés de la sociedad en su conjunto, ese interés general que persiguen los entes integrantes del Tercer Sector, interés que seguramente es difícilmente conciliable con la liquidación concursal o con la extinción de la persona jurídica. Si a ello

unimos que estos entes desempeñan actividades económicas —algunas de gran envergadura— hay que concienciar a los acreedores de que la continuidad de la persona jurídica —a través de un convenio— es lo más conveniente para la mejor satisfacción —a medio y largo plazo— de sus intereses.

X. RESPONSABILIDAD DE LOS PATRONOS DE UNA FUNDACIÓN EN CONCURSO

Una primera norma relevante, en este ámbito, es la de la posible responsabilidad que pueda corresponder a la persona jurídica contra sus administradores, liquidadores y auditores por los daños causados a la misma en la falta de observación de sus deberes de diligencia y lealtad, para cuyo ejercicio queda legitimada exclusivamente la administración concursal (art. 48 ter Ley Concursal, introducido por la Ley 38/2011, de reforma de la Ley Concursal). Y ya hemos señalado que las referencias de la Ley Concursal a los administradores o liquidadores de una persona jurídica hemos de entenderla referida, en el caso concreto de las fundaciones, a su patronato³¹.

Pero, además, el juez del concurso puede ordenar el embargo de bienes y derechos de los administradores (miembros del órgano de gobierno) y de los apoderados generales como medida cautelar especial respecto de la condena que, en caso de formación de la sección de calificación como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, podrá recaer sobre los causantes de la calificación del concurso como culpable, consistente en la cobertura del déficit que resulte de la liquidación (art. 48 ter.2 Ley Concursal). Se trata de una medida, tal vez excesivamente drástica, tomada contra los órganos de gobierno, como pueden ser los patronos de las fundaciones, que no contribuye, desde mi punto de vista, a estimular el instrumento del concurso como solución a la crisis.

En efecto, la responsabilidad de los gestores de una entidad puede resultar acentuada a consecuencia de la calificación del concurso, es decir, de aquel proceso en el que se enjuicia la conducta del deudor concursado o de los administradores, de hecho y derecho, y de los apoderados generales, en los casos de persona jurídica, respecto a su participación en la generación o agravación del estado de insolvencia. El resultado de la calificación de concurso puede ser de «fortuito» (casual y sin culpa) o «culpable» cuando, con dolo o culpa grave que, en determinados casos se presume, se hubiere generado o agravado el estado de insolvencia del concursado (arts. 164 y 165 de la Ley Concursal).

La Ley Concursal distingue dos grupos de supuestos: de un lado, aquellos en los que se presume la existencia de dolo o culpa grave, salvo prueba en contrario, cuando los patronos hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración de concurso; cuando hubieran incumplido el deber de colaboración con el juez del concurso y la administración concursal, facilitándoles la información necesaria

para el interés del concurso o no hubieren asistido a la Junta de acreedores; o cuando el obligado legalmente a la llevanza de la contabilidad no hubiere formulado las cuentas anuales, no las hubiera sometido a auditoría o no las hubiera depositado en el Registro Mercantil cuando hubiere correspondido (art. 165 Ley Concursal). Y, de otro lado, el concurso se calificará como culpable, sin prueba en contrario, cuando concurren supuestos de especial gravedad como, a título de ejemplo, simular situaciones patrimoniales ficticias, detraer bienes o derechos fraudulentamente del patrimonio del deudor, alzamiento de bienes, o llevanza de doble contabilidad (art. 164 Ley Concursal).

Una de las conductas —frecuentes en el ámbito de las fundaciones— que pudieran desembocar en la calificación de concurso «culpable» es la no solicitud de concurso cuando hubiera correspondido, razón por la que los patronos de una fundación podrían llegar a ser inhabilitados por un periodo entre dos y quince años, con una condena al resarcimiento de los daños ocasionados, según establece el artículo 172 de la Ley Concursal. E, incluso, si el concurso finalizase en liquidación, se podría llegar a condenar al Patronato de una fundación a satisfacer la totalidad de las deudas que no hubieran podido satisfacerse con la liquidación (art. 172 bis Ley Concursal)³².

La norma concursal introduce una importante novedad respecto al *statu quo* reinante en materia de responsabilidad de patronos por deudas de la fundación. La vigente Ley de Fundaciones no contempla ninguna acción al respecto, a diferencia de lo que sucede en el ámbito de las sociedades de capital, donde el artículo 367 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, atribuye a los administradores de estas sociedades una responsabilidad por deudas que se ha llegado a calificar de objetiva o cuasiobjetiva por la doctrina y jurisprudencia (*«Responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando esta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución»*).

En este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de Cataluña, de 17 de septiembre de 2009 (Sala de lo Civil y Penal recurso de casación número 97/2008), ha excluido la aplicación del régimen de responsabilidad por deudas de los administradores de sociedades de capital a los patronos de las fundaciones, porque no se pueden aplicar analógicamente las normas de las sociedades anónimas ya que, según este Tribunal, ni concurre el requisito de la identidad, ni tampoco existe, en puridad, una laguna legal que deba ser suplida por analogía. Y no contemplándose la obligación de disolución de una Fundación

excesivamente endeudada o con pérdidas significativas en los fondos propios, tampoco puede contemplarse una responsabilidad de los patronos por no haber instado la disolución, sin perjuicio de la acción en interés fundacional cuando tal situación haya producido un daño o perjuicio a la fundación.

Pues bien, no cabrá la responsabilidad de los patronos por las deudas de la fundación por no haber instado la disolución, así como acontece en el caso de las sociedades mercantiles, pero sí resultará de aplicación el artículo 172.3 de la Ley Concursal, tal como hemos señalado anteriormente, cuando en un concurso declarado «culpable» los patronos hubieran generado o agravado el estado de insolvencia de la fundación. En consecuencia, los patronos de una fundación pueden llegar a ser declarados responsables de una fundación en concurso de acreedores y tal responsabilidad de los patronos, por agravación de la situación de insolvencia, puede considerarse de naturaleza indemnizatoria (esto es, por daños) o sancionadora punitiva (es decir, por deudas)³³.

El debate sobre tal naturaleza no es pacífico y las consecuencias de considerar una u otra son muy divergentes. Si la responsabilidad es indemnizatoria, el juez podrá condenar a los patronos a indemnizar en todo o en parte el importe impagado de los créditos; si fuera sancionadora, el juez tendría la posibilidad de sancionar al Patronato a asumir total o parcialmente el déficit cuando la conducta de estos es dolosa, sin que sea necesaria prueba de la relación de causalidad entre esa conducta y la generación o agravación de la responsabilidad. Así pues, la determinación de la naturaleza aplicable a la responsabilidad concursal es clave para valorar las implicaciones que la declaración de concurso culpable de una fundación tiene para el patronato, en la medida en que será relevante en la fijación de la extensión de su responsabilidad³⁴.

Si se considera que la responsabilidad tiene naturaleza indemnizatoria, el término «podrá», empleado por el artículo 172.3 de la Ley Concursal, significa que se reconoce al Juez la potestad discrecional para adoptar la decisión de condenar o no, y de fijar el contenido cuantitativo de la condena que puede alcanzar todo o parte de la cuantía impagada de los créditos. Dicha responsabilidad no tendría por qué atribuirse respecto a todos los patronos sino solamente respecto a aquellos a los que quepa imputar individual o personalmente la generación o agravación del estado de insolvencia y el déficit en la satisfacción de los acreedores. Para poder valorar la diligencia seguida por cada patrono e individualizar, así, su responsabilidad, el Juez debería tener en cuenta, al menos, los siguientes criterios: a) tipo de fundación; b) percepción o no de retribución por el patrono; y c) la estructura del órgano de gobierno de la fundación y función que desempeña el patrono³⁵. Estos criterios podrían permitir valorar la diligencia de cada patrono y poder individualizar su responsabilidad, así como, igualmente, para exonerarlos. Examinémoslos, siquiera sucintamente, por las posibles repercusiones en el tema objeto de este estudio.

En cuanto al tipo de fundación, parece obvio que no puede exigirse la misma diligencia a los patronos de una fundación dotacional que a los de una fundación que desarrolla importantes actividades empresariales. Habida cuenta del importante sesgo empresarial de las fundaciones en el momento actual, en las que impera la profesionalidad de la gestión, es obvio que puede —y debe— exigirse una mayor diligencia de los patronos en el ejercicio de sus cometidos.

Estrechamente vinculado con lo anterior, se encuentra el dato de la percepción de una retribución por el patrono «profesional» de una fundación que llevará a exigir una mayor responsabilidad derivada de la profesionalización remunerada del cargo. En este sentido, no hemos de perder de vista que el artículo 1726 de nuestro Código Civil hace depender el rigor en la valoración judicial de la diligencia o negligencia del carácter oneroso o gratuito del cargo de mandatario.

Y, por último, la estructura del órgano de gobierno y la función que desempeña el patrono puede modular el grado de responsabilidad concursal que le corresponda. En este sentido, la delegación de facultades en comisiones ejecutivas o la atribución de funciones a directores generales o asesores no es causa de exoneración de responsabilidad pues existe la denominada culpa *in eligendo*, *in vigilando* o *in instruendo* que también generará la correspondiente responsabilidad³⁶.

Para quienes consideran que la responsabilidad concursal tiene naturaleza sancionadora, el término «podrá» debe entenderse en el sentido de que el juez tiene la facultad de sancionar a los administradores a la asunción total o parcial del déficit cuando, en función de la gravedad de la conducta, se obtiene la conclusión de que su actuación dolosa o culposa es merecedora de ella, sin que sea necesaria prueba del nexo causal. Dentro de esta corriente, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 24 de marzo de 2009, en relación con los administradores de una sociedad establece que la sanción se impone en todo caso, por todo el déficit y a todos los administradores afectados por la calificación, cuando se cumplen los requisitos de concurso culpable y liquidación concursal, y todo ello con independencia de la gravedad de la actuación de cada administrador. Por el contrario, en la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Granada, de 17 de octubre de 2006, se consideró que aunque debían declararse culpables a los dos administradores por no llevar ningún tipo de contabilidad de la sociedad concursada, el déficit del que debían responder cada uno no se podía atribuir en la misma proporción ya que uno de los miembros era el verdadero gestor mientras que el otro ocupaba el cargo de forma pasiva, confiando en el otro administrador que, además, era su esposo.

Parece que es la primera postura —responsabilidad concursal por culpa y daños y no por deudas— la más razonable y equitativa con los intereses en juego y, desde luego, la que mejor canaliza el mandato del artículo 172 bis de la Ley Concursal, al establecer que «*en caso de pluralidad de condenados, la sentencia deberá individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos, de acuerdo con la participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso*». En primer lugar, puede haber —o no— pluralidad de condenados y,

en ese caso, habrá que deslindar la responsabilidad de cada uno de acuerdo con determinados patrones de conducta y en función de deberes previamente asumidos.

La responsabilidad concursal —de naturaleza indemnizatoria y no punitiva— de los patronos de una fundación concursada cristaliza, en fechas recientes, en la realidad socioeconómica en la que vivimos y de ella se hacen eco los medios de comunicación, al reflejar, por ejemplo, el concurso de la fundación organizadora de la Bienal de Arte Contemporáneo de Sevilla.

«La aventura excitante de organizar una bienal de arte contemporáneo en Sevilla ha terminado por convertirse en una pesadilla para, al menos, los nueve patronos de la comisión ejecutiva de la fundación organizadora de la Bienal de Arte Contemporáneo de Sevilla, inhabilitados para desempeñar cargos de representación o administración en cualquier empresa durante dos años según un fallo en su contra del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Sevilla. La sentencia declara “culpable” el concurso de acreedores de la fundación que organizó el certamen plástico sevillano al no haberse solicitado la declaración en los dos meses siguientes a haber incurrido en causa de insolvencia. La BIACS presentó en marzo de 2012 concurso voluntario con una deuda de elevado importe. El fallo inhabilita para ejercer cargos mercantiles a destacadas personalidades de la vida cultural, económica y política sevillana (...).

La sentencia absuelve, sin embargo, a los otros patronos de la fundación que no formaban parte de la comisión ejecutiva (...) Según el Juez de lo Mercantil, los patronos condenados tenían la responsabilidad de llevar la contabilidad de la fundación, que estaba delegada en la comisión ejecutiva. Aun así, el magistrado reconoce su gestión, “pues, pese a que son loables sus esfuerzos por resolver la insolvencia de la fundación, debieron remediar o intentar remediar los defectos que han dado lugar” a la insolvencia con la que incurrieron en causa de disolución. La administración concursal que ejercía la acción judicial contra el patronato de la BIACS basó su acusación en la dificultad que había encontrado para obtener la contabilidad de la concursada, con apuntes contables que se le denegaban hasta que la insistencia hizo que se le presentara una segunda contabilidad sin constar en los inexistentes libros oficiales de la fundación. Tampoco se había depositado la contabilidad anual en el Registro de Fundaciones de Andalucía, donde solo constaban los planes de actuación correspondientes a los años 2005 y 2006. El fallo judicial lleva aparejado que los patronos inhabilitados también pierden todos los derechos que tuvieran como acreedores concursales aunque absuelve de la pretensión de abonar el 5% del déficit concursal»³⁷.

XI. LAS FUNDACIONES ASISTENCIALES Y EL CONCURSO DE ACREEDORES

Hemos anunciado, al comienzo de este estudio, que no solo las fundaciones o entes del Tercer Sector Social que llevan a cabo actividades empresariales son

caldo de cultivo de la insolvencia concursal. También los entes de naturaleza asistencial —y en concreto aquellos que desempeñan funciones tutelares de menores o personas con discapacidad— son objeto de concursos de acreedores, lo cual genera una alta preocupación social porque prestan servicios sociales de gran envergadura allí donde no siempre los poderes públicos alcanzan³⁸.

El fenómeno de la tutela de menores o personas con discapacidad encomendada a personas jurídicas —y singularmente a las fundaciones— es creciente en la sociedad contemporánea. La frecuencia con la que actualmente se nombra como tutor a personas jurídicas (especialmente fundaciones) incluso cuando hay parientes o familiares que puedan ser tutores, ha hecho que estas se vean absolutamente desbordadas. Numerosos son los casos en los que un juez prefiere designar a una fundación como tutor antes que a un familiar de la persona con capacidad modificada³⁹.

De las diecisiete comunidades autónomas de nuestro país, seis de ellas han creado un organismo público para llevar a cabo la gestión de la tutela de personas que se encuentran bajo su protección⁴⁰. Las otras once comunidades autónomas llevan a cabo esta gestión a través de fundaciones, bien de carácter público, bien privado⁴¹.

Uno de los principales problemas a los que se enfrentan estas fundaciones en el ejercicio de su tutela es el financiero. Ya sabemos que, por definición, las fundaciones son entidades patrimoniales en las que el patrimonio debería ser un elemento esencial y, en especial, los fondos propios de estos entes, frente a las subvenciones, donaciones o aportaciones externas, deberían representar una parte importante del patrimonio. Son estos fondos propios los que realmente garantizan la continuidad de la entidad y constituyen el presupuesto esencial para realizar sus actividades.

Ahora bien, es obvio que las fundaciones requieren otras fuentes de ingresos alternativas (subvenciones y donaciones, realización de actividades económicas que generen ingresos, etc.) que, especialmente, en las fundaciones pequeñas pueden tener consecuencias negativas porque asumir un alto nivel de endeudamiento es siempre arriesgado. Cuanto más grandes son las fundaciones, el nivel de endeudamiento es menor porque los fondos propios son más cuantiosos⁴². En efecto, parece que a medida que aumenta el tamaño de las fundaciones disminuye la excesiva dependencia de fuentes de ingresos externas, es decir, subvenciones y donaciones, aunque no dejan de suponer una tercera parte de los ingresos totales, lo cual es un grave problema dada la situación económica que atravesamos⁴³.

Partiendo de estas premisas que constituyen el común denominador de muchas de las fundaciones asistenciales en nuestro país, es relevante la cuestión de si pueden o no excusarse en el ejercicio de estas funciones asistenciales o tutelares, y en caso de que puedan, cuándo y en qué casos. El artículo 251 del Código Civil dispone que *«las personas jurídicas podrán excusarse cuando*

carezcan de medios suficientes para el desempeño adecuado de la tutela». La doctrina ha matizado que, de un lado, estas excusas solo pueden oponerse por personas jurídico-privadas; y, de otro, serán ineficaces las excusas de las mismas cuando las entidades jurídico privadas se nutren con fondos públicos, aunque sean del todo insuficientes ya que los entes públicos integrantes de un Estado Social de Derecho deben asumir los servicios sociales en relación con los más desprotegidos⁴⁴. Sin embargo, tras la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, de 2 de julio de 2015, el nuevo artículo 50.1 establece que *«si el motivo de la excusa le sobreviene durante su ejercicio, podrá alegarlo en cualquier momento, salvo las personas jurídicas»*.

Esta afirmación parece chocar con lo que dispone el artículo 251 del Código Civil, según el cual las personas jurídicas, cuando carezcan de medios, pueden excusarse. Los interrogantes que esta especie de antinomia plantean son los siguientes: ¿podrán o no excusarse las personas jurídicas cuando carezcan de medios? ¿Podrán excusarse, ante la falta de medios, todas las personas jurídicas o solamente las privadas?

A la luz del nuevo precepto de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, parece que sí podrán excusarse todas las personas jurídicas (incluidas las públicas) ante la falta de medios. Ya la Fiscalía General del Estado, en una Consulta que se le formuló en 1998, vino a admitir la posibilidad de excusa en caso de que la entidad jurídico-pública de que se trate carezca de los medios que le permitan ejercer de manera adecuada la tutela⁴⁵. Dichos medios pueden ser, tanto de carácter económico (falta de presupuesto o infraestructura adecuados) como personales (falta de personas o funcionarios adecuados). En estos casos, y de modo excepcional, sí cabría formular la excusa, pues, de lo contrario, podríamos desembocar en un enorme perjuicio para el propio tutelado.

En consecuencia, excusarse pueden hacerlo todas las personas jurídicas, y también las públicas. La cuestión que queda por resolver es la de la posibilidad de las personas jurídicas de presentar excusas con carácter sobrevenido, posibilidad que la nueva Ley de la Jurisdicción Voluntaria no permite. Sin embargo, parece demasiado drástica esta medida ya que si la excusa era posible formularla en el momento de la delación de la tutela, carece de sentido que no pueda invocarse posteriormente. Mantener una interpretación gramatical de la nueva norma conduce a un absurdo e, incluso, al menoscabo de los principios que deben primar en el ejercicio de la función tutelar, que son los de buscar el beneficio de la persona incapaz.

Admitida, pues, la posibilidad de que una fundación que se encuentre en situación económica delicada pueda excusarse del nombramiento y ejercicio de la tutela, habrá que plantearse, además y con el objeto de paliar los problemas económicos de estos entes, la búsqueda de otras fuentes de financiación. Entre ellas, hay que fomentar, en mi opinión, la posibilidad de que las fundaciones asistenciales puedan percibir una retribución por el ejercicio de la tutela y con

cargo al patrimonio del tutelado; y, en segundo término, se impone la necesidad de que puedan recibir donaciones del tutelado o causahabientes, pese a lo que establece el artículo 221 del Código Civil. Veamos, siquiera sucintamente, una y otra vía.

Respecto a la remuneración del cargo de tutor, es de justicia que cuando esta función se realiza de un modo profesionalizado por una persona jurídica especializada en la atención o asistencia de determinado tipo de discapacidad o necesidad, le corresponda la percepción de un pago por este servicio. Así, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 2.^a), de 23 de diciembre de 2008, considera adecuada la concesión de una retribución a la *Fundación Tutelar Feclen*, tutora de una persona con capacidad modificada judicialmente, en virtud de los artículos 274 del Código Civil y 26 de la Ley de Fundaciones de 2002, que permiten que las fundaciones perciban ingresos por sus actividades siempre que el patrimonio del tutelado lo permita y siempre que ello no implique una limitación injustificada del ámbito de los posibles beneficiarios.

El artículo 221 de nuestro Código Civil impide al tutor recibir donaciones del tutelado y causahabientes de cualquier clase mientras no se haya aprobado definitivamente la gestión del tutor. Es obvio que esta clase de normas están pensadas para las personas físicas tutoras, como modo de evitar influencias indebidas del tutor en su pupilo. Se requiere, pues, una flexibilización de normas como las descritas en casos de tutelas asumidas por personas jurídicas, pues parece obvio que un buen desarrollo de las funciones tutelares requiere una dotación patrimonial suficiente y tratándose, además, de entidades que actúan sin ánimo de lucro no hay por qué obstaculizar fuentes de ingresos que permitan combatir el estado de insolvencia en el que algunas se pueden encontrar.

XII. LIQUIDACIÓN CONCURSAL Y *FRESH START* DE FUNDACIONES.

Es claro que la declaración de concurso de una fundación no constituye una causa de disolución *ipso iure* de esta persona jurídica. Sí podría resultar admisible que, entre las causas de disolución previstas en los Estatutos, se contemple la disolución de una fundación que entre en concurso, pero entonces la extinción de esta persona jurídica sería una consecuencia de la autonomía de la voluntad y no una causa legal de extinción.

Sin embargo, y en línea de principio, la apertura de la fase de liquidación de la persona jurídica la aboca de manera inexorable a su extinción (art. 145 Ley Concursal), a diferencia de lo que sucede en la disolución extraconcursal, donde resulta posible la llamada reactivación de la persona jurídica disuelta⁴⁶.

Se ha dicho —seguramente con razón— que no se ve la utilidad que para los acreedores de una fundación concursada pueda tener la continuidad de la

actividad de esta, dado su consustancial carácter altruista y que en el caso de concurso de fundaciones, la liquidación se presentará como la solución más adecuada desde la perspectiva de los intereses de los acreedores⁴⁷. Sin embargo, no hemos de perder de vista dos datos importantes que caracterizan a los entes de la Economía Social a los que nos referimos: de un lado, se encuentra el interés y fin social que persiguen estas entidades; y, de otro, el desarrollo de actividades empresariales —de mayor o menor envergadura— que casi todos ellos realizan.

La consecución del fin de interés general debe permitir que el ente subsista si, pese a la liquidación en la que se paga a los acreedores, queda un remanente que con futuras aportaciones haga posible la reactivación de la entidad para poder satisfacer el concreto fin de interés general que le dio origen. De otro lado, la mayor parte de estos entes realizan actividades empresariales que no solo favorecen a sus beneficiarios sino también a los acreedores, ya que la continuidad de las mismas puede garantizar una mejor y más completa satisfacción de los créditos que ostenten contra la entidad. Ello nos lleva a pensar que el concurso no puede ser —o no debería ser— el final para estas entidades.

La liquidación concursal en la que, a veces, tenga que abocar inexorablemente el concurso de esas entidades, por no haber sido posible aprobar un convenio con los acreedores, no tendría por qué desencadenar la extinción y desaparición de la persona jurídica concursada, según pretende el artículo 178.3 de la Ley Concursal. De hecho —como se ha visto— en la legislación civil catalana aplicable, la liquidación concursal no es causa automática de disolución de la fundación y ello depende de la voluntad del Patronato aprobada por el Protectorado.

Y es que la extinción de la persona jurídica concursada —y en concreto, una fundación— puede resultar una consecuencia desproporcionada, innecesaria y nada conveniente —incluso— en los casos en que la liquidación concursal no requiera el reparto de toda la masa activa entre los acreedores y los recursos restantes permitan la consecución del fin de interés general que constituye su razón de ser⁴⁸. En estos casos parece evidente que carece de sentido la extinción de la persona jurídica, máxime cuando, en determinadas circunstancias, cabe el denominado «*beneficio de excusión del pasivo insatisfecho*» una vez finalizado el concurso de acreedores.

En efecto, aun tras la liquidación concursal la persona jurídica puede tener un «después». Ese «después» que supone un nuevo comienzo, un *fresh start*, está regulado en el artículo 178 bis de la Ley Concursal y a este precepto hemos de prestar una especial atención para examinar la posibilidad de que la fundación concursada se reactive, se reanime y pueda comenzar de nuevo a cumplir el fin de interés general para el que nació en su día. Si la fundación concursada ha actuado de buena fe, según establece el precitado artículo 178 bis, y el concurso no ha sido declarado culpable, podrá disfrutar de un beneficio de la exoneración

del pasivo insatisfecho que se extenderá a la parte insatisfecha de los siguientes créditos: «1.º Los créditos ordinarios y subordinados pendientes a la fecha de conclusión del concurso, aunque no hubieran sido comunicados, y exceptuando los créditos de derecho público y por alimentos. 2.º Respecto a los créditos enumerados en el artículo 90.1 (hipotecas), la parte de los mismos que no haya podido satisfacerse con la ejecución de la garantía quedará exonerada salvo que quedara incluida, según su naturaleza, en alguna categoría distinta a la de crédito ordinario o subordinado».

Esta descarga en el pago de créditos —incluso de hipotecas— supone una indudable ventaja para la fundación que pese al concurso y a la liquidación derivada del mismo tenga un mínimo remanente que le permita sobrevivir sin tener que hacer frente, en el futuro, a deudas contraídas en el pasado. Se trata de una segunda oportunidad que le puede facilitar el «comenzar de nuevo», con nuevas fuentes de ingresos, como hemos anunciado en el epígrafe anterior, que le posibiliten ir dando satisfacción a ese fin de interés general que constituye su razón de ser.

XIII. CONCLUSIONES

I. El hecho de que una fundación deudora haya omitido su obligación legal de solicitar el concurso de acreedores ante una situación de insolvencia implica una presunción de culpabilidad, por lo que, siendo persona jurídica el deudor, si sus bienes no son suficientes para satisfacer las deudas, pueden ser condenados a pagar el déficit sus administradores, liquidadores, apoderados, y quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso (art. 172 bis, primer apartado, de la Ley Concursal). De ello se colige que las fundaciones —y sus órganos de gobierno o patronato— habrán de tomarse muy en serio su obligación de solicitar el concurso, no solamente en los casos de insolvencia actual sino también cuando esta sea inminente, es decir, previsiblemente próxima.

II. Las fundaciones que tienen carácter público quedarán excluidas, *ab initio*, del concurso, al amparo del tercer apartado del primer artículo de la Ley Concursal, y sus problemas de insolvencia tendrían que ser resueltos por otras vías. Sin embargo, estos entes —al igual que ocurre con las sociedades mercantiles estatales— aun siendo integrantes del sector público, su actuación en el mercado en régimen de igualdad respecto al resto de operadores privados desencadena que también las fundaciones públicas queden excluidas del ámbito de aplicación del «privilegio» de la falta de capacidad concursal, de modo tal que en caso de insolvencia, puedan ser declaradas en concurso. Sustraer del derecho privado —y, en concreto, de ser susceptibles de ser declarados en concurso— a una sociedad mercantil pública o a una fundación del sector público estatal que

concurran en el mercado, supondría otorgarles un privilegio contrario a los más elementales principios y normas sobre la competencia.

III. Cuando el artículo 43 Ley Concursal se refiere a la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor a pesar a la declaración de concurso, hemos de entender que la actividad fundacional, aunque no sea estrictamente *profesional o empresarial*, queda incluida en estas y tal vez debamos sustituir los términos «*actividad profesional o empresarial*» por los más genéricos de «*actividad ordinaria o habitual del deudor*». Partiendo de estas ideas, las prestaciones que una fundación ha realizado a sus beneficiarios, integrando la actividad propia de la misma, quedarían excluidas de las «garras» de la acción rescisoria concursal. Ello parece, a mi juicio, lo más coherente con la filosofía inspiradora del instituto fundacional, del mismo modo que no hallándose la fundación en concurso sería impensable que un acreedor de la fundación pudiera impugnar, vía acción revocatoria o pauliana (art. 1297 de nuestro Código Civil), las prestaciones procedentes de una fundación que reciben aquellos sujetos que han resultado beneficiarios, de acuerdo con el artículo 3 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones.

IV. Los beneficiarios de una fundación no son acreedores en sentido estricto en la medida en que la indeterminación de los beneficiarios constituye uno de los rasgos configuradores de una fundación (arts. 3.2 y 3.3 de la vigente Ley de Fundaciones). La fundación debe beneficiar a *colectividades genéricas de personas*, tal como establece el apartado segundo del precitado artículo 3 y, por tanto, los beneficiarios no tienen un derecho a exigir la entrega de una prestación en caso de incumplimiento de la misma, como sí lo tendría un acreedor. Ahora bien, es obvio que sí tienen un interés legítimo a efectos, por ejemplo, de oponerse a la actuación de una fundación que, con infracción de la ley o de los estatutos, pueda perturbar o haya perturbado ya su posición de beneficiarios.

Pero tal posición de interés legítimo no le permite, desde mi perspectiva, insinuarse como acreedor en un eventual concurso de acreedores de la fundación de la que es beneficiario, a no ser que consideremos que la fundación concursada ha adquirido una obligación *ex lege* a favor del beneficiario de ese fin de interés general. Tal consideración colocaría a este beneficiario, no en la posición de un acreedor concursal cualquiera (ordinario, privilegiado especial o general, o subordinado), sino como titular de un crédito contra la masa, al amparo del número 10 del artículo 84 de la Ley Concursal y, en consecuencia, podría llegar a cobrar con cargo a la masa todas aquellas prestaciones que la fundación le deba entre la declaración de concurso y la conclusión del mismo. Y si partimos de esta premisa, no debemos olvidar que *antes de proceder al pago de los créditos concursales, la administración concursal deducirá de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra esta*, de modo que los beneficiarios así considerados gozarían de un crédito de cobro preferente, según establece el artículo 154 de la Ley Concursal.

V. El hecho de que un crédito contra la fundación sea calificado como subordinado tiene importantes consecuencias, no solo porque su cobro se posponga, lo cual en la práctica equivaldrá a una alta dificultad de cobro, sino también porque en caso de que se abra la denominada *segunda oportunidad* de la persona jurídica concursada —o *fresh start* tras un concurso fallido— el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho afecta, muy especialmente, a este tipo de créditos, de modo que si en el futuro la persona jurídica pudiera adquirir patrimonio para pagar las deudas, de esta responsabilidad patrimonial universal (futura) quedarían excluidos los créditos subordinados (art. 178 bis de la Ley Concursal). Mucho cuidado, pues, con los patronos que deciden prestar dinero a una fundación en apuros. No solo tendrán difícil el cobro en el *iter* del concurso sino que en caso de *segunda oportunidad*, deberán renunciar al cobro futuro.

VI. La aprobación judicial de un convenio en el procedimiento concursal se convierte en el elemento indispensable para que una fundación o cualquier otro ente del Tercer Sector declarados en concurso de acreedores puedan contratar con una administración pública o recibir una subvención que tan importante puede llegar a ser en un escenario de dificultades económicas. La viabilidad de obtener un convenio en el concurso depende de múltiples factores pero, muy especialmente, de que la masa patrimonial de la fundación o de cualquier otro ente del Tercer Sector pueda tener la consistencia necesaria para hacer frente a las obligaciones derivadas de las relaciones laborales y de aquellas que tengan carácter privilegiado. Y no siempre es fácil contar con este «colchón» patrimonial si tenemos en cuenta que las fuentes de financiación de estos entes dependen en gran medida de un sector público que también ha sufrido los estragos de la crisis.

VII. La responsabilidad concursal de los patronos —cuando el concurso sea declarado culpable y para cubrir la parte de la deuda insatisfecha tras la liquidación— se aproxima más a una responsabilidad por culpa y daños que a una responsabilidad por deudas. Es esta naturaleza la más razonable y equitativa con los intereses en juego y, desde luego, la que mejor canaliza el mandato del artículo 172 bis de la Ley Concursal, al establecer que *en caso de pluralidad de condenados, la sentencia deberá individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos, de acuerdo con la participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso*. En primer lugar, puede haber —o no— pluralidad de condenados y, en ese caso, habrá que deslindar la responsabilidad de cada uno de acuerdo con determinados patrones de conducta y en función de deberes previamente asumidos.

VIII. Admitiendo la eventualidad de que una fundación asistencial o tutelar, que se halle en situación económica delicada, pueda excusarse del nombramiento y ejercicio de la tutela, habrá que plantearse, además de la excusa y con el objeto de paliar los problemas económicos de estos entes, la búsqueda de

otras fuentes de financiación. Y, entre ellas, hay que fomentar la posibilidad de que las fundaciones asistenciales puedan percibir una retribución por el ejercicio de la tutela y con cargo al patrimonio del tutelado; y, en segundo término, se impone la necesidad de que puedan recibir donaciones del tutelado o causahabientes, pese a la prohibición establecida en el artículo 221 del Código Civil.

IX. El concurso no puede ser —o no debería ser— el final para las entidades del Tercer Sector y, en concreto, para las fundaciones. La liquidación concursal en la que, a veces, tenga que abocar inexorablemente el concurso de esas entidades por no haber sido posible aprobar un convenio con los acreedores, no tendría por qué provocar la extinción y desaparición de la persona jurídica concursada, según pretende el artículo 178.3 de la Ley Concursal.

Y es que la extinción de la persona jurídica concursada —y en concreto, una fundación— puede resultar una consecuencia desproporcionada, innecesaria y nada conveniente —incluso— en los casos en que la liquidación concursal no requiera el reparto de toda la masa activa entre los acreedores y los recursos restantes permitan la consecución del fin de interés general que constituye su razón de ser. En estos casos parece evidente que carece de sentido la extinción de la persona jurídica, máxime cuando, en determinadas circunstancias, cabe el denominado «*beneficio de excusión del pasivo insatisfecho*» una vez finalizado el concurso de acreedores que puede insuflar un soplo de aire fresco a la fundación.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Auto del Juzgado de lo Mercantil de Palma de Mallorca, de 20 de febrero de 2012
- Sentencia del Tribunal de Justicia de Cataluña, de 17 de septiembre de 2009
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 5 de mayo de 2009
- Auto del Juzgado de lo Mercantil de Málaga, de 13 de abril de 2009
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 24 de marzo de 2009
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, de 23 de diciembre de 2008
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 27 de diciembre de 2007
- Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 2 de mayo de 2007
- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Granada, de 17 de octubre de 2006

BIBLIOGRAFÍA

- ALLI TURRILLAS, J. C. (2012). *La fundación, ¿una casa sin dueño?* Madrid: Iustel.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (2012). Las entidades del Tercer Sector y el concurso de acreedores. *Revista Española del Tercer Sector*, núm. 21, 93-116.
- (2004). Efectos sobre el deudor persona jurídica (art. 48). En: A. Rojo y E. Beltrán, *Comentario a la Ley Concursal*, I. Madrid: Civitas.
- CABRA DE LUNA, M. A. (dir.) (1998). *El Tercer Sector y las fundaciones de España. Hacia el nuevo milenio*. Madrid: Escuela Libre Editorial.
- EMBED IRUJO, J. M. (2003). Notas sobre el régimen jurídico de las entidades sin ánimo de lucro, su estructura interna y la responsabilidad de los órganos gestores (especial referencia a las fundaciones). *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, núm. 7, 79-100.
- GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J. (2005). Objeto y alcance de la Ley de Fundaciones. Concepto de fundación. Fines y beneficiarios. Aplicación de la Ley y figuras especiales. En: S. Muñoz-Machado, M. Cruz-Amorós y R. de Lorenzo, *Comentario de la Ley de Fundaciones y Mecenazgo*. Madrid: Iustel.
- GUZMÁN RAJA, I. MARTÍNEZ FRANCO, C., RÚA ALONSO DE CORRALES, E. (2012). Las fundaciones asistenciales: un análisis empírico de su patrimonio e ingresos en la obtención de fines de interés general. En http://www.fundaciones.org/EPORTAL_DOCS/GENERAL/AEF/DOC-cw50bf394f42dd1/Comunicacion_XV_Congreso_ASEPUC_Cadiz_2012.pdf.pdf
- HERAS HERNÁNDEZ, M. M. (2011). Entre la tutela de familia y la tutela institucional. En <https://eciencia.urjc.es/handle/10115/5773>.
- HERNANDO CEBRIÁ, L. (2010). Reflexiones en torno a la fundación-empresa mercantil. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 13, 201-234.
- LA CASA GARCÍA, R. (2006). Apuntes sobre el concurso de las fundaciones. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 5, 149-172.
- (2005). Algunas cuestiones sobre el concurso de las asociaciones. *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 6, 129-170.
- DE LORENZO GARCÍA, R. PIÑAR MAÑAS, J. L., SANJURJO GONZÁLEZ, T. (dirs) (2014). *Tratado de Fundaciones*. Pamplona: Aranzadi.
- MORAGAS MONTESERÍN (2013). Las fundaciones en el contexto concursal. Solución e imperativo legal. *El Derecho. Grupo Francis Lefebvre*, en http://www.elderecho.com/tribuna/www-elderecho-com/fundaciones-contexto-concursal-Solucion-imperativo_11_584305001.html
- MORENO SERRÉS, J. (2014). Las personas adultas bajo la tutela pública. Estudio comparado por comunidades autónomas. *Trabajo Social Hoy*, núm. 73, 103-118.
- MORETÓN SANZ, M. F. y LEONSEGUI GUILLOT, R. A. (2012). Legados, revocación tácita y entrega del objeto: enajenación forzosa mediante ampliación de capital y renuncia preventiva al derecho de suscripción preferente. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 732, 2340-2362.
- MORILLAS JARILLO, M. J. (2004). El concurso de las sociedades. Madrid: Iustel.
- POUS DE LA FLOR, M. P., LEONSEGUI GUILLOT, R. A., DEL RÍO COBIÁN, E. (dirs.) (2012). *Gestión y administración de fundaciones*. Madrid: Colex.

- RUIZ JIMÉNEZ, J. (2009). No es posible equiparar la responsabilidad de los patronos de fundaciones con la de los administradores de sociedades mercantiles. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 712, 952-958.
- SALELLES CLIMENT, J.R. y VERDERA SERVER, R. (1997). *El patronato de la fundación*. Pamplona: Aranzadi.
- SANCHO GARGALLO, I. (2012). El Derecho civil de Cataluña y el tratamiento legal de la insolvencia de un deudor común comerciante. En: J. Valle Zayas, J.R. Salelles Climent, J.A. Pérez Rivarés, *Estudios sobre Derecho de la Empresa en el Código Civil de Cataluña*. Barcelona: Bosch.
- SORIA SORJÚS, J. (2011). La responsabilidad de los patronos de las fundaciones. Especial consideración a la responsabilidad de los patronos de fundaciones en situación de insolvencia. *Diario La Ley*, núm. 7640, 1-24.

NOTAS

¹ Véase la web del Instituto Nacional de Estadística, a lo largo del año 2015, ya que los datos de cierre de 2016 no están publicados en la fecha de finalización de este estudio, referida a aquellas personas jurídicas, denominadas «OTRAS», declaradas en concurso. <http://www.ine.es/daco/daco42/epc/epc0216.pdf> (Fecha Consulta: octubre 2016). Este amplio y heterogéneo bloque bien podría reflejar la situación económica que atraviesa una parte importante de las entidades del Tercer Sector. La mayor parte de los concursos de acreedores de estos otros entes se produjeron en las Comunidades Autónomas de Madrid, Cataluña, Andalucía y Valencia.

² Vid. MORAGAS MONTERERÍN (2013). Las fundaciones en el contexto concursal. Solución e imperativo legal. *El Derecho. Grupo Francis Lefebvre*. En http://www.elderecho.com/tribuna/www-elderecho-com/fundaciones-contexto-concursal-Solucion-imperativo_11_584305001.html Fecha de consulta: octubre de 2016.

³ Puede verse este informe en, <http://www.pwc.es/es/fundacion/assets/presente-futuro-3sector.pdf> Fecha de consulta: octubre 2016.

⁴ Fuente: http://ccaa.elpais.com/ccaa/2015/07/14/madrid/1436861066_470142.html. Fecha de consulta: abril de 2016.

⁵ Fuente: <http://www.elcomercio.es/v/20120623/aviles/fundacion-centro-niemeyer-presenta-20120623.html>. Fecha de consulta: abril de 2016.

⁶ Fuente: http://noticias.lainformacion.com/economia-negocios-y-finanzas/cambios-y-designaciones/la-fundacion-de-la-lengua-espanola-entra-en-concurso-de-acreedores_Hycu1zLukO9N6IYApRbUm5/. Fecha de consulta: abril de 2016.

⁷ Fuente: http://www.elmundo.es/elmundo/2012/11/07/andalucia_malaga/1352317302.html. Fecha de consulta: abril de 2016.

⁸ Fuente: <http://www.libertaddigital.com/espana/2015-09-01/cae-una-fundacion-ligada-al-fraude-de-la-formacion-con-un-agujero-de-8-millones-1276556060/>. Fecha de consulta: abril 2016. <http://www.elmundo.es/andalucia/2015/09/01/55e4a428ca4741e6358b45ae.html/>. Fecha de consulta: abril de 2016.

⁹ Fuente: <http://www.europapress.es/castilla-lamancha/noticia-juzgado-concluye-concurso-acreedores-fundacion-ceoe-ciudad-real-insuficiencia-masa-activa-20140210191332.html>. Fecha de consulta: abril de 2016.

¹⁰ Fuente: http://www.eldiario.es/norte/cantabria/cantabria/FORUM-Cantabria-camina-desaparicion_0_438856989.html. Fecha de consulta: abril de 2016.

¹¹ Fuente: <http://www.eleconomista.es/valenciana/noticias/7369645/02/16/La-Generalitat-insta-el-concurso-de-acreedores-de-la-Fundacion-del-Elche-CF.html>. Fecha de consulta: abril de 2016.

¹² Fuente: <http://www.concursal.es/es/concurso-de-acreedores/1000455/fundacion-internacional-o-belen.aspx/>. Fecha consulta: octubre de 2016.

¹³ Fuente: <http://www.elmundo.es/comunidad-valenciana/2015/05/29/55682c84268e3e85518b457d.html/>. Fecha de consulta: abril de 2016.

¹⁴ Tales hechos son los siguientes: 1.º *El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor.*

2.º *La existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor.*

3.º *El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor.*

4.º *El incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes: las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; las de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo periodo; las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades.*

¹⁵ Vid. LA CASA GARCÍA, R. (2006). Apuntes sobre el concurso de las fundaciones. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 5, p. 152.

¹⁶ Así, BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (2012). Las entidades del Tercer Sector y el concurso de acreedores. *Revista Española del Tercer Sector*, núm. 21, 93-116.

¹⁷ Vid. SANCHO GARGALLO, I. (2012). El Derecho civil de Cataluña y el tratamiento legal de la insolvencia de un deudor común comerciante. En: J. Valle Zayas, J.R. Salelles Climent, J.A. Pérez Rivarés, *Estudios sobre Derecho de la Empresa en el Código Civil de Cataluña*. Barcelona: Bosch, pp. 411-430.

¹⁸ En este sentido, debe verse BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (2012). Las entidades del Tercer Sector y el concurso de acreedores. *Revista Española del Tercer Sector*, núm. 21, 93-116.

¹⁹ Igualmente, el Auto del Juzgado de lo Mercantil, número 1, de Palma de Mallorca, de 20 de febrero de 2012.

²⁰ Así lo entiende LA CASA GARCÍA, R. (2006). Apuntes sobre el concurso de las fundaciones. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 5, 149-172.

²¹ Vid., en este sentido, SORIA SORJÚS, J. (2011). La responsabilidad de los patronos de las fundaciones. Especial consideración a la responsabilidad de los patronos de fundaciones en situación de insolvencia. *Diario La Ley*, núm. 7640, 1-24.

²² Vid. BELTRÁN SÁNCHEZ, E. *op. cit.* p. 104.

²³ Así lo entiende LA CASA GARCÍA, R. *op. cit.*, p. 165.

²⁴ En este sentido, BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (2004). Efectos sobre el deudor persona jurídica (art. 48). En: A. Rojo y E. Beltrán, *Comentario a la Ley Concursal*, I. Madrid: Civitas (pp. 982 y ss); y MORILLAS JARILLO, M. J. (2004). El concurso de las sociedades. Madrid: Iustel, pp. 365 y sigs.

²⁵ Vid. GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J. (2005). Objeto y alcance de la Ley de Fundaciones. Concepto de fundación. Fines y beneficiarios. Aplicación de la Ley y figuras especiales. En: S. Muñoz-Machado, M. Cruz-Amorós y R. de Lorenzo, *Comentario de la Ley de Fundaciones y Mecenazgo*. Madrid: Iustel, pp. 56-57.

²⁶ Vid. LA CASA GARCÍA, R. *op. cit.*, p. 169.

²⁷ Muy interesante es, al respecto, el estudio, que seguimos, realizado por BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (2012). *op. cit.*, pp. 107 y sigs.

²⁸ Así lo refleja BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (2012). *Ibidem*.

²⁹ En efecto, a raíz del Real Decreto-ley 6/2010, de impulso de la recuperación económica, se modifica la letra b) del número 2 del artículo 13 de la Ley General de Subvenciones, pasando a establecer lo siguiente: «(...) 2. No podrán obtener la condición de beneficiario o entidad colaboradora de las subvenciones reguladas en esta ley las personas o entidades en quienes concurra alguna de las circunstancias siguientes, salvo que por la naturaleza de la subvención se exceptúe por su normativa reguladora: (...) b) Haber solicitado la declaración de concurso voluntario, haber sido declarados insolventes en cualquier procedimiento,

hallarse declarados en concurso, salvo que en este haya adquirido la eficacia un convenio, estar sujetos a intervención judicial o haber sido inhabilitados conforme a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, sin que haya concluido el periodo de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso (...).

³⁰ Vid. LA CASA GARCÍA, R. (2006), *op. cit.*, p. 170.

³¹ Además del embargo como medida cautelar, el artículo 48 de la Ley Concursal, en su apartado cuarto, permite —en los casos en que el cargo de patrono sea retribuido— que el juez del concurso determine que deje de serlo o que quede reducido el importe de la retribución, a la vista del contenido y la complejidad de las funciones que desempeñe.

³² El número primero del artículo 172 bis de la Ley Concursal (*Responsabilidad concursal*) establece lo siguiente: «1. Cuando la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, el juez podrá condenar a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales, de la persona jurídica concursada, así como los socios que se hayan negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos previstos en el número 4.º del artículo 165, que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación a la cobertura, total o parcial, del déficit, en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia.

Si el concurso hubiera sido ya calificado como culpable, en caso de reapertura de la sección sexta por incumplimiento del convenio, el juez atenderá para fijar la condena al déficit del concurso tanto a los hechos declarados probados en la sentencia de calificación como a los determinantes de la reapertura.

En caso de pluralidad de condenados, la sentencia deberá individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos, de acuerdo con la participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso (...).

³³ Resulta muy interesante el examen doctrinal y jurisprudencial que sobre esta materia realiza SORIA SORJÚS, J., *op. cit.*, pp. 9 y sigs.

³⁴ Así, SORIA SORJÚS, J. *op. cit.*, p. 11.

³⁵ Seguimos los criterios enunciados por SORIA SORJÚS, J., *op. cit.*, pp. 13 y sigs.

³⁶ Vid., en este sentido, SALELLES CLIMENT, J. R. y VERDERA SERVER, R. (1997). *El patronato de la fundación*. Pamplona: Aranzadi, pp. 123-124.

³⁷ Puede verse la noticia en los siguientes enlaces: http://www.abc.es/cultura/arte/abci-inhabilitados-nueve-patronos-bienal-arte-contemporaneo-sevilla-201601212048_noticia.html. Fecha consulta: octubre de 2016. http://cultura.elpais.com/cultura/2016/01/21/actualidad/1453376835_102090.html. Fecha consulta: octubre de 2016.

³⁸ Recordemos los casos de la Fundación O'Belen o la ONG Emaús referidos en las páginas iniciales de este trabajo. En Italia, han sido varias las fundaciones que llevando a cabo funciones asistenciales han sido declaradas en quiebra. Es el caso, por ejemplo, de la *Fondazione Ospizio Marino di Grado Onlus*, cuyo fin era el de promover la recuperación de personas con enfermedades físicas funcionales y neumomotoras, así como a niños o adultos con necesidades de rehabilitación. Esta fundación llevaba a cabo actividades empresariales para conseguir los fondos necesarios para llevar a cabo sus propios fines. Y, como empresario, la Sentencia del Tribunal de Gorizia, de 18 de noviembre de 2011, la declara objeto de quiebra.

³⁹ Buen ejemplo de ello es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, núm. 804/2007, de 27 de diciembre de 2007, que se dicta con motivo de un recurso de apelación interpuesto por el hermano del incapacitado, sometido a la tutela de la «Fundación Manantial», alegándose las buenas relaciones con el incapacitado, solicitando la revocación de la sentencia de primera instancia a favor del nombramiento como tutora de la fundación mencionada. En el caso, resulta suficientemente acreditada la falta de relación entre los hermanos «por lo que es posible adivinar en el futuro la posible existencia de desencuentros personales entre el incapaz y recurrente...». Pero lo que resulta definitivo para dar prioridad a la tutela a favor de la fundación son los traspasos de dinero de una cuenta de titularidad del incapacitado a la

cuenta de quien pretende la revisión de la tutela, lo que determina la desestimación del recurso de apelación declarándose que los intereses del incapacitado se encuentran suficientemente protegidos bajo la tutela de la institución que ha sido designada como tutora.

También ejemplifica la preferencia del juez por la tutela institucional la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, núm. 127/2007, de 2 de mayo de 2007, en la que se somete al incapacitado a la tutela de la Fundación Tutelar de La Rioja, que acepta formalmente el cargo, en detrimento de la madre del incapacitado. Contra la sentencia de primera instancia se interpone recurso de apelación en base a que el cargo de tutor debe recaer en la madre de conformidad con lo dispuesto en el artículo 171 del Código Civil al declarar que: «La patria potestad de los hijos que hubiesen sido incapacitados quedará prorrogada, por ministerio de la ley, al llegar aquellos a la mayoría de edad». Así las cosas, valorado el informe del médico forense se llega a la conclusión de que el incapaz requiere de tratamientos y cuidados especiales, presentando graves problemas de comportamiento, carece de relaciones sociales y las relaciones familiares pueden resultar muy conflictivas. A modo de conclusión, se declara que a pesar de que debe promoverse la integración familiar del incapacitado, «...y en su momento pueda instarse la remoción del tutor, considerando el actual una designación coyuntural, en atención a las dificultades que presenta la asistencia del incapaz, lo cierto es que en las presentes circunstancias, cualquier cambio en esta situación jurídica no resulta deseable en interés del propio incapaz». Se trata, pues, de un supuesto en el que se hace prevalecer el interés del incapacitado que requiere una especialización en los cuidados y asistencia y que exige una profesionalización del tutor.

⁴⁰ Se trata de Aragón, Asturias, Canarias, Extremadura, Madrid y Valencia.

⁴¹ Pueden verse estos datos en MORENO SERRÉS, J. (2014). Las personas adultas bajo la tutela pública. Estudio comparado por comunidades autónomas. *Trabajo Social Hoy*, núm. 73, 103-118.

⁴² *Vid.*, en este sentido, GUZMÁN RAJA, I. MARTÍNEZ FRANCO, C., RÚA ALONSO DE CORRALES, E. (2012). Las fundaciones asistenciales: un análisis empírico de su patrimonio e ingresos en la obtención de fines de interés general. En http://www.fundaciones.org/EPORTAL_DOCS/GENERAL/AEF/DOC-cw50bf394f42dd1/Comunicacion_XV_Congreso_ASEPUC_Cadiz_2012.pdf.pdf, p. 18.

⁴³ GUZMÁN RAJA, I., MARTÍNEZ FRANCO, C., RÚA ALONSO DE CORRALES, E., *ibidem*.

⁴⁴ También la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, 116/2009, de 5 de mayo, sostiene estas ideas. En la doctrina, puede verse HERAS HERNÁNDEZ, M. M. (2011). Entre la tutela de familia y la tutela institucional. En <https://eciencia.urjc.es/handle/10115/5773>, p. 17.

⁴⁵ Circular 2/1998, de 3 de abril, sobre «Asunción de las tutelas por las personas jurídico-públicas», apartado VIII.

⁴⁶ *Vid.* LA CASA GARCÍA, R. (2005). Algunas cuestiones sobre el concurso de las asociaciones. *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 6, 168 y sigs.

⁴⁷ Así, LA CASA GARCIA, R. (2006), *op. cit.*, p. 170.

⁴⁸ Nos recuerda la existencia de esta eventualidad LA CASA GARCÍA, R. (2006), *op. cit.*, p. 171.

*(Trabajo recibido el 21-10-20116 y aceptado
para su publicación el 14-11-2016)*