

INFORME SOBRE RESPONSABILIDAD
DE LOS PATRONOS DE LAS FUNDACIONES

Marzo 2014

1. Planteamiento del informe.-

Procederemos a estudiar las posibles responsabilidades exigibles a los miembros del patronato de una fundación.

Para ello deberemos examinar el artículo 17 de la Ley 50/2002 y el artículo 332.11 del Libro Tercero del Codi Civil de Catalunya, que regulan la responsabilidad civil de los patronos..

Pero analizaremos también las posibles responsabilidades derivadas de la aplicación del Derecho Penal; las derivadas de relaciones laborales, dentro del Derecho Laboral; y las exigibles por la Administración, por aplicación del Derecho Tributario.

2. Responsabilidad civil.-

Siendo notoria la influencia del Derecho Mercantil de Sociedades en la regulación de la responsabilidad civil de los miembros de los órganos de gobierno de asociaciones y fundaciones, comenzaremos exponiendo la regulación contenida en la Ley de Sociedades Anónimas al respecto a fin de que nos sirva de introducción.

El Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital contempla la responsabilidad de los administradores por los daños causados por actos contrarios a la Ley o a los Estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo; y distingue entre la responsabilidad frente a la propia sociedad y la responsabilidad a favor de los socios o de terceros por los daños causados directamente a éstos.

Establece la referida Ley de Sociedades de Capital que responden solidariamente todos los miembros del órgano de administración que adoptó el acuerdo productor del daño, menos aquellos que prueben que no intervinieron en su adopción o ejecución, desconocían su existencia o hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente al acuerdo.

Para ejercitar la acción social de responsabilidad, que estará encaminada a reintegrar el patrimonio social, se requiere un previo acuerdo de Junta General; pero también estarán legitimados para ejercitarla cualquier accionista en defecto de acuerdo de la Junta General, así como los acreedores de la Sociedad, cuando no haya sido ejercitada por la Sociedad o por sus accionistas y el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos.

Con independencia de la acción social de responsabilidad, ejercitable en defensa de los intereses sociales y para reintegrar el patrimonio social, los socios y los terceros podrán ejercitar las acciones de indemnización correspondientes por actos de los administradores que lesionen directamente los intereses de aquellos.

Inspirándose en el Derecho Mercantil de Sociedades, la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, regula la responsabilidad de los patronos en su artículo 17 de la siguiente forma:

“1. Los patronos deberán desempeñar el cargo con la diligencia de un representante leal.

2. Los patronos responderán solidariamente frente a la fundación de los daños y perjuicios que causen por actos contrarios a la Ley o a los Estatutos, o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo. Quedarán exentos de responsabilidad quienes hayan votado en contra del acuerdo, y quienes prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos se opusieron expresamente a aquél.

3. La acción de responsabilidad se entablará, ante la autoridad judicial y en nombre de la fundación:

- a) Por el propio órgano de gobierno de la fundación, previo acuerdo motivado del mismo, en cuya adopción no participará el patrono afectado.*
- b) Por el Protectorado, en los términos establecidos en el artículo 35.2.*
- c) Por los patronos disidentes o ausentes, en los términos del apartado 2 de este artículo, así como por el fundador cuando no fuere patrono.”*

El Libro Tercero del Codi Civil de Catalunya, aprobado por la Ley 4/2008 de la Generalitat, regula la responsabilidad civil de los patronos en su artículo 332.11 de la siguiente manera:

“1. Los patronos responden de los daños que causen a la fundación por incumplimiento de la ley o de los estatutos o por actos u omisiones negligentes en el ejercicio de sus funciones.

2. La acción de responsabilidad contra los patronos puede ser ejercida por:

a) La fundación, por medio de un acuerdo del patronato en la adopción del cual no ha de participar la persona afectada.

b) El protectorado.

c) Cualquiera de los patronos disidentes o que no han intervenido en la adopción o ejecución del acuerdo o acto determinante de responsabilidad, de acuerdo con lo que establecen los apartados 5 y 6.

d) Los fundadores.

e) Los administradores concursales, de acuerdo con la ley.

3. La verificación por el protectorado de la adecuación formal de las cuentas a la normativa no impide el ejercicio de la acción de responsabilidad, si procede de acuerdo con la ley.

4. La acción de responsabilidad en interés de la fundación prescribe al cabo de tres años de la fecha en que los responsables cesan en el cargo.

5. La acción de responsabilidad por daños a la fundación es independiente de la que corresponda a cualquier persona por actos u omisiones de los patronos que hayan lesionado sus derechos e intereses. Esta acción prescribe a los tres años, contados de acuerdo con lo que establece el artículo 121-23.

6. Si la responsabilidad a que hacen referencia los apartados 1 a 5 no se puede imputar a una o más personas determinadas, responden todos los miembros del órgano, excepto los siguientes:

a) Los que se han opuesto al acuerdo y no han intervenido en su ejecución.

b) Los que no han intervenido en la adopción ni en la ejecución del acuerdo, siempre que hayan hecho todo lo que fuere posible para evitar los daños o al menos se hayan opuesto formalmente al saberlo.

7. La responsabilidad, si es imputable a varias personas, tiene carácter solidario.

8. En el ejercicio de la acción de responsabilidad, se puede solicitar a la autoridad judicial que acuerde la suspensión cautelar de los patronos demandados, de acuerdo con la legislación procesal.”

Expondremos por separado los principios que se desprenden de los citados preceptos, puestos en relación con las demás normas del ordenamiento jurídico:

a) Tanto la Ley estatal como la catalana regulan la responsabilidad de los patronos frente a la fundación, encaminada a resarcir el patrimonio fundacional de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de las acciones u omisiones de los patronos, siendo equivalente a la acción social de responsabilidad regulada por la Ley de Sociedades Anónimas.

Los miembros del órgano de gobierno responderán por los daños causados a la Fundación tanto por acción como por omisión, siempre que intervenga dolo o falte la diligencia exigible de un representante leal.

b) El Codi Civil catalán dispone expresamente que la responsabilidad será solidaria siempre que sea imputable a varias personas, sin perjuicio de que puedan quedar exonerados y libres de responsabilidad los patronos que se hayan opuesto al acto o acuerdo causante del daño y no hayan intervenido en su ejecución; y los que, no habiendo intervenido en la adopción ni en la ejecución, hayan hecho todo lo que fuera posible para evitar el daño o al menos se hayan opuesto al saberlo. De forma algo similar, la legislación vasca no exime de responsabilidad a los patronos que no hubieren intervenido en la adopción del acuerdo en caso de que se pruebe que tenían conocimiento del mismo y no expresaron su disconformidad.

c) Al equivaler a la acción social de responsabilidad, la reclamación deberá ejercitarse ante la jurisdicción ordinaria en nombre e interés de la fundación; y están legitimados para interponerla el Protectorado, en ejercicio de las funciones encomendadas por la Ley, así como el propio órgano de gobierno de la fundación, previo acuerdo motivado, los patronos disidentes o ausentes, los fundadores que no fueren patronos y, en caso de concurso de acreedores, los administradores concursales.

Evidentemente, en este punto el legislador se separa de la regulación del Derecho Mercantil de Sociedades de forma obligada, al no existir en las fundaciones socios, atribuyéndose la legitimación activa al propio patronato y al Protectorado, como organismo encargado de velar por el funcionamiento de las fundaciones, así como a los patronos disidentes o ausentes y al fundador que no fuere patrono, lo que constituye una novedad en la Ley 50/2002 respecto a la legislación anterior.

d) Conviene tener presente que, según la legislación catalana, la acción de responsabilidad en interés de la fundación prescribe una vez transcurridos tres años desde la fecha en que los responsables hayan cesado en el cargo.

e) La estimación de la acción de responsabilidad por sentencia judicial firme comporta el cese en el cargo de los patronos responsables (artículo 332.12 del Libro Tercero del Codi Civil de Cataluña. Además, se puede solicitar la suspensión cautelar de los patronos demandados en el momento del ejercicio de la acción de responsabilidad (artículo 332.11.8 del Libro Tercero del Codi Civil de Cataluña y artículo 16.3 de la Ley 12/1994 de Fundaciones del País Vasco).

f) Los patronos responderán asimismo por los posibles daños causados a terceros por actos dolosos, omisiones o por negligencia. A estos efectos, los terceros perjudicados podrán exigir la declaración de responsabilidad de los patronos por vía judicial.

A esta responsabilidad, reconocida en el párrafo 5 del citado artículo 332.11 del Codi Civil catalán, le es de aplicación y se inspira en el precepto general contenido en el artículo 1.902 del Código Civil:

“El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.”

Este precepto establece la responsabilidad general por culpa, negligencia o imprudencia (es evidente que con mayor razón existirá obligación de reparar el daño cuando la acción u omisión es voluntaria o intencionada), siendo requisitos para el nacimiento de dicha responsabilidad el concurso de negligencia en la conducta del autor, la producción de un daño y la relación de causa–efecto entre la acción u omisión negligente y la producción del daño.

En estos casos de acción individual, la responsabilidad por los actos u omisiones dañosos es también y en principio solidaria, con las excepciones de la posibilidad de imputación a algún miembro en particular o a la acreditación de no haber participado en la aprobación o ejecución del acto dañoso o haberse opuesto al mismo.

Así lo tiene reconocido reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, que, a pesar de lo dispuesto en el artículo 1.337 del Código Civil respecto a que sólo serán solidarias las obligaciones cuando así expresamente se determine, establece una “*solidaridad impropia, que, a diferencia de la propia, no tiene su origen en la Ley o en el pacto expreso, si bien responde a un fundamento de salvaguarda del interés social*”, entendiéndose que sólo desaparecerá la responsabilidad solidaria cuando sea posible la determinación individual y personal de las responsabilidades atribuibles a los agentes intervinientes, apreciando la proporción o grado en que cada uno de los agentes ha participado en la causación del daño.

Esta acción de responsabilidad prescribe en Cataluña al cabo de tres años, contados de acuerdo con lo que establece el artículo 121.23 del Libro Primero del Codi Civil catalán. El plazo de prescripción se inicia cuando, una vez que ha nacido y se puede ejercitar la pretensión, la persona titular de la misma conoce o puede conocer razonablemente las circunstancias que la fundamentan y la persona contra la cual puede ejercerse. En el Derecho común español el plazo de prescripción, en caso de responsabilidad extracontractual, es de un año.

Todo ello sin perjuicio de la responsabilidad de la propia fundación frente a terceras personas, de conformidad al artículo 312-14 del Libro Tercero del Codi Civil catalán.

g) Resta por hacer una mención de un supuesto especial de responsabilidad en caso de declaración de la fundación en concurso de acreedores. La Ley Concursal prevé que el Juez puede adoptar la medida cautelar consistente en el embargo de los bienes de los administradores de hecho o de derecho actuales y anteriores (en los dos últimos años), cuando resulte fundada la posibilidad de que el concurso se declare como culpable. Y en caso de ser calificado el concurso como culpable, las personas afectadas por la calificación vendrán obligadas a devolver los bienes y derechos que hubieren obtenido indebidamente o hubiesen recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados; y en el supuesto de apertura de la fase de liquidación, los administradores de hecho o de derecho podrán ser condenados a pagar a los acreedores concursales, total o

parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa.

El concurso se califica como culpable cuando ha intervenido, en la generación o agravación del estado de insolvencia, dolo o culpa grave del deudor o de sus representantes legales; y también en caso de contabilidad doble o irregular, por inexactitud grave en los documentos acompañados con la solicitud de declaración de concurso o por haberse alzado con la totalidad o parte de sus bienes, en perjuicio de los acreedores; y se presume la existencia de dolo o culpa grave cuando se hubiera incumplido el deber de solicitar la declaración de concurso.

3. Responsabilidad penal.-

A través de una persona jurídica se puede incurrir en la comisión de diversos delitos tipificados dentro del Código Penal:

Serán responsables criminalmente los directivos, representantes legales o representantes voluntarios de la persona jurídica por los delitos cometidos en su seno o a su amparo, siempre que hayan participado en la comisión del delito y hayan llevado a cabo personalmente las conductas incriminadas. La acusación deberá probar la participación personal de cada directivo y su respectiva culpabilidad.

No obsta a lo anterior el contenido del artículo 31 del Código Penal, que prescribe que quien actúa como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica responderá personalmente, aunque no concurren en él las cualidades, condiciones o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona, en cuyo nombre o representación obre.

El citado precepto no puede entenderse como una responsabilidad penal objetiva, habiendo declarado el Tribunal Constitucional que lo que se persigue con el mismo es obviar la impunidad en que quedarían las actuaciones delictivas perpetradas bajo el manto de una persona jurídica por los miembros de la misma, cuando, por tratarse de un delito especial propio, es decir, de un delito cuya autoría exige necesariamente la presencia de ciertas características, éstas únicamente concurren en la persona jurídica. La jurisprudencia, en suma, establece claramente que, para condenar a un legal representante u órgano de una persona jurídica, es necesario que esta persona física haya actuado o participado en la comisión del delito con sus actos.

En méritos de la reforma introducida en el Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, en su artículo 31 bis establece que en los supuestos previstos por este Código las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por los representantes legales o por los administradores de derecho o de hecho; o bien, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas antes mencionadas, hayan

podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control, atendidas las circunstancias concretas del hecho.

Los supuestos de responsabilidad de las personas jurídicas previstos por el Código Penal son los siguientes:

- Delito de trata de seres humanos del artículo 177 bis del Código Penal.
- Delito de descubrimiento y revelación de secretos del artículo 197.
- Delito de estafa del artículo 248 y siguientes.
- Delito de insolvencias punibles del artículo 257 y siguientes.
- Delito de daños informáticos del artículo 264.
- Delito de corrupción entre particulares artículo 286 bis.
- Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores, del artículo 270 y siguientes.
- Delitos de receptación y de blanqueo de capitales del artículo 298 y siguientes.
- Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social del artículo 305 y siguientes (modificados por Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre).
- Delito contra los derechos de los trabajadores del artículo 311 y siguientes.
- Delito sobre la ordenación del territorio y el urbanismo del artículo 319.
- Delito contra los recursos naturales y el medio ambiente, de los artículos 325 y 326.
- Delito de riesgo catastrófico por vertido o emisión de materiales o radiaciones ionizantes, poniendo en peligro la vida, integridad, salud o bienes de las personas, del artículo 343.
- Delito de cultivo, elaboración o tráfico de drogas del artículo 368.
- Delito de cohecho del artículo 419 y siguientes.
- Delito de favorecimiento del terrorismo mediante la recolección de fondos, del artículo 576 bis.

Las penas aplicables a las personas jurídicas son multa por cuotas o proporcional, cuyo pago podrá fraccionarse durante un período de cinco años para no poner en peligro su supervivencia o el mantenimiento de los puestos de trabajo o cuando lo aconseje el interés general; disolución de la persona jurídica; suspensión de sus actividades o clausura de sus locales y establecimientos por un plazo máximo de cinco años; prohibición temporal o definitiva de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito; la inhabilitación para obtener ayudas y subvenciones públicas y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social; la prohibición para contratar con las Administraciones Públicas; y la intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores.

Al margen de los delitos cometidos en el seno de la persona jurídica e imputables a los representantes legales que haya intervenido en su comisión o a la propia persona jurídica, procede hacer mención de los delitos societarios

del artículo 290 y siguientes del Código Penal, que son directamente cometidos por los administradores de hecho o de derecho de una sociedad, entendiéndose a estos efectos como sociedad toda cooperativa, mutua, fundación o cualquier otra entidad de análoga naturaleza, que, para el cumplimiento de sus fines, participe de modo permanente en el mercado.

Entre las distintas actuaciones que pueden constituir delito societario podemos citar:

- Falsar las cuentas anuales u otros documentos que deben reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio a la misma, a alguno de sus socios o a un tercero.
- Negar o impedir a un socio el ejercicio de los derechos de información, participación en la gestión o control de la actividad social.
- Negar o impedir la actuación de las personas, órganos o entidades inspectoras o supervisoras.
- Disponer fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraer obligaciones a cargo de ésta, causando directamente un perjuicio económico evaluable a los titulares de los bienes que administren, en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo.

4. Responsabilidad por relaciones laborales.-

Es sabido que la Jurisdicción Social tiende con relativa frecuencia a hacer responsable a los administradores de sociedades mercantiles de las deudas contraídas con los propios trabajadores, fundándose en la doctrina del levantamiento del velo de las personas jurídicas o por apreciar que existe confusión de patrimonios entre administrador y sociedad.

Este planteamiento no es aplicable en el caso de una fundación. Es impensable que pueda existir confusión de patrimonios entre los miembros del Patronato y la fundación ni es aplicable la doctrina del levantamiento del velo de las personas jurídicas para llegar a la conclusión de que la fundación es una ficción y de que, detrás de la misma, se esconden unos intereses particulares.

Tampoco serían responsables en principio los miembros del Patronato, ni solidaria ni subsidiariamente, del pago de las cuotas de la Seguridad Social de los empleados, dado que la Ley no contempla dicha responsabilidad.

Otra cosa sería que la fundación, por acción o por omisión, defraudare cuotas de la Seguridad Social por un importe superior a los 50.000 euros anuales, en cuyo caso se podría incurrir en el delito del artículo 307 del Código Penal, ya citado en el apartado anterior, pudiendo tener entonces que responder de las cuotas defraudadas los miembros del Patronato responsables de la defraudación.

5. Responsabilidad ante la Administración Tributaria.-

Ante la Administración Tributaria responderá en principio, exclusivamente, la fundación del cumplimiento de sus obligaciones fiscales.

Ahora bien, la Administración Tributaria podrá extender a otras personas, de forma solidaria o subsidiaria, la responsabilidad de la deuda tributaria al amparo de lo previsto en los artículos 42 y 43 de la Ley General Tributaria:

Serán responsables solidarios de la deuda tributaria aquellas personas *“que sean causantes o colaboren activamente en la realización de una infracción tributaria. Su responsabilidad se extenderá también a la sanción”*. (LGT, artículo 42, 1 a).

Serán responsables subsidiarios de la deuda tributaria, *“sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo a) del apartado 1 del artículo 42 de esta Ley, los administradores de hecho o de derecho de las personas jurídicas, que, habiendo éstas cometido infracciones tributarias, no hubiesen realizado los actos necesarios que sean de su incumbencia para el cumplimiento de las obligaciones y deberes tributarios, hubiesen consentido el incumplimiento por quienes de ellos dependan o hubiesen adoptado acuerdos que posibiliten las infracciones. Su responsabilidad se extenderá también a las sanciones.”* LGT, artículo 43, 1 a).

Conforme dispone el artículo 176 de la Ley General Tributaria, para poder exigir la responsabilidad subsidiaria, se deberá declarar en primer lugar fallidos al deudor principal y, en su caso, los responsables solidarios, y dictar luego un acto de declaración de responsabilidad, que se notificará al responsable o responsables subsidiarios.

La responsabilidad podría ser directa en caso de delito fiscal, por defraudación superior a los 120.000 euros por un solo concepto y año.

6. CONCLUSIONES.-

I Por daños causados a la propia fundación por actos o acuerdos del órgano de gobierno, en los que intervenga dolo o falta de diligencia exigible a un representante leal, los patronos asumirán responsabilidad, que será solidaria entre todos los que intervinieron en las acciones causantes del daño.

La responsabilidad se exigirá judicialmente en beneficio e interés de la fundación por acuerdo del patronato, por el Protectorado o bien por los patronos disidentes o ausentes o por el fundador que no fuere patrono

Con independencia de la responsabilidad frente a la fundación por daños causados a la misma, los terceros también podrán exigir la declaración de responsabilidad de los miembros del patronato por vía judicial por los daños a

ellos causados, sin perjuicio de la responsabilidad de la propia fundación frente a terceros.

II En el seno de la Fundación se pueden cometer variados delitos, pero sólo serán responsables las personas que hayan participado en la realización del acto delictivo.

Se recomienda establecer un riguroso control del cumplimiento de las obligaciones contables, fiscales y laborales.

La introducción en el sistema penal español de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, superando el principio general de que *las personas jurídicas no pueden delinquir*, comporta la posibilidad de la imputación formal de las personas jurídicas, y por ende las fundaciones, por lo que es importante que para evitar o al menos limitar, una eventual imputación delictiva se ejercite el debido control sobre sus representantes o empleados mediante la adopción de determinadas medidas, con la implantación efectiva de protocolos internos de actuación para prevenir actuaciones ilícitas incorporados o no dentro de los códigos éticos o de buen gobierno, que aseguren además los controles para evaluar y asegurar el nivel de cumplimiento.

III Aunque en teoría existe la posibilidad de responsabilidad solidaria o subsidiaria por deudas tributarias y de responsabilidad civil respecto al pago de cuotas de la Seguridad Social en caso de delito del artículo 307 del Código Penal, se puede reducir el riesgo a la mínima expresión estableciendo un control serio sobre el pago de las retenciones por IRPF y de las cuotas de la Seguridad Social.

IV Es recomendable suscribir una póliza de Seguro de responsabilidad Civil de los Administradores (Patronos) y Directivos, que suelen recoger, entre otras las coberturas de:

- a) Indemnización de daños y perjuicios causados a terceros, derivada de un acto culposo, real o presunto cometido en el ejercicio de sus funciones como Patrono y/o Directivo.
- b) Gastos de defensa y costas judiciales, con libre elección de los abogados que asesoren jurídicamente al Asegurado.
- c) Gastos de rehabilitación de imagen.

Barcelona, marzo de 2014

Raimon Bergos Civit

Advocat

