

RESPONSABILIDAD DE PATRONOS Y DIRECTIVOS DE LAS FUNDACIONES



ÍNDICE

Responsabilidad de civil de fundaciones, patronos y directivos	3
Responsabilidad de los patronos frente a la fundación y acción de responsabilidad fundacional	4
Responsabilidad frente a terceros	6
Responsabilidad de patronos por deudas de la fundación y fundaciones en situación concursal	8
Responsabilidad subsidiaria de patronos y administradores en el ámbito tributario y de subvenciones	12
Responsabilidad penal de fundaciones y responsabilidad penal de patronos y directivos	14

Responsabilidad civil de fundaciones, patronos y directivos

La fundación, como entidad con personalidad jurídica propia, distinta a la de sus patronos, puede adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones (art. 38 del Código Civil, en adelante “CC”). La fundación, al obrar por medio de órganos, debe responder ilimitadamente con su patrimonio de los actos que en su nombre hayan realizado sus patronos o sus apoderados. Como se recoge en el art. 1.089 CC, las obligaciones pueden surgir como consecuencia de las relaciones contractuales de la propia fundación, por ejemplo, por el incumplimiento de un contrato con un proveedor (responsabilidad contractual), o pueden derivar de las actuaciones u omisiones que hayan causado un daño o perjuicio a otro (responsabilidad extracontractual), por ejemplo los que pudieran producirse a los usuarios de las instalaciones de la fundación.

Pueden existir supuestos en los que se dan de forma simultánea la responsabilidad contractual y la extracontractual. En esos casos, el resultado dañoso es susceptible de considerarse a la vez como infracción contractual, que genera responsabilidad contractual, o como un supuesto de responsabilidad extracontractual, por vulneración del principio genérico de no lesionar a un tercero.

Entre la casuística de lo expuesto en el párrafo anterior, podrían encontrarse, por ejemplo, los daños que pudieran causarse por la realización de las actividades propias del fin fundacional, tales como las asistenciales, las educativas o las sanitarias.

Sin perjuicio de la responsabilidad directa que ha de asumir la fundación bajo determinados presupuestos, algunos actos ilícitos y lesivos de los patronos van a provocar que se derive para ellos una responsabilidad autónoma, distinta de la que es imputable a la fundación como persona jurídica.

Dicha responsabilidad puede determinarse en unos casos de forma aislada y única, y, en otros casos puede resultar concurrente con la de la fundación. Según el tipo de responsabilidad, la acción para exigirla será autónoma o concurrente.

Por otra parte, cabe preguntarse qué órganos de la fundación son responsables. Es clara la responsabilidad del presidente u otros cargos y de los vocales del patronato, así como la del secretario, si éste es patrono. Si no lo fuera, dicho régimen no le será aplicable, aunque sí lo será el régimen propio de la relación jurídica que le une con la fundación y responderá por el incumplimiento de las obligaciones que le son atribuibles (ej. redacción de las actas, certificación de las mismas, etc.). Si los patronos actúan por delegación, ésta, por sí misma, no exime de responsabilidad; sólo en los casos en los que el representante del patrono ausente no haya cumplido con la delegación o se haya excedido en los términos de la misma.

Con relación a los directivos, conviene analizar si la causa de la relación con la fundación proviene de una relación laboral o de un acto de apoderamiento realizado por el patronato de la fundación. De acuerdo con la doctrina, en el ámbito mercantil la responsabilidad de los administradores no puede extenderse a los apoderados, y tampoco en el ámbito de las fundaciones. Ello es debido a que las relaciones del apoderado con la fundación y con los terceros se rigen por las reglas del mandato. Conforme a la regulación (art. 1.709 CC y siguientes), el mandatario queda obligado por su aceptación, a cumplir el mandato en los términos expresados por el mandante, y responde de los daños y perjuicios que, de no cumplirlo, se ocasionen al mandante – la fundación, en este caso -. Sin perjuicio de lo anterior, podrían ser responsables frente a terceros en virtud del art. 1.902 CC. No obstante lo anterior, la responsabilidad de los patronos (por analogía con la de los administradores) sí es extensible de forma expresa a aquellos que ejercen funciones análogas pero sin haber cumplido los requisitos legales para su nombramiento, y a los apoderados.

Cabe recordar que distinta a la extensión de la responsabilidad aquí tratada, en la Ley General Tributaria o en la normativa de subvenciones, así como en determinados casos de responsabilidad civil, puede darse responsabilidad subsidiaria de los patronos.

Responsabilidad de los patronos frente a la fundación y acción en interés fundacional

La Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones (“LF”), sólo se refiere en su art. 17 a la responsabilidad en la que pueden incurrir los patronos frente a la fundación.

Así, señala que los patronos deberán desempeñar su cargo con la diligencia de un representante leal, debiendo responder solidariamente frente a la fundación de los daños y perjuicios que causen por los actos que realicen contrarios a la Ley o a los estatutos o por aquellos realizados sin el nivel de diligencia exigido para el desempeño de su cargo.

En cualquier caso, la responsabilidad de los patronos deberá de haber causado un perjuicio a la fundación, que, necesariamente será consecuencia de alguno de los casos indicados en el párrafo anterior y sólo podrá determinarse judicialmente.

El régimen de la responsabilidad de los patronos que establece la LF se circunscribe al ámbito de la responsabilidad civil y tiene naturaleza resarcitoria, puesto que su objetivo es resarcir a la fundación de los daños causados por el incumplimiento de las obligaciones del patronato. En la medida en la que trae causa de una relación jurídica preexistente entre el patrono incumplidor y la fundación, estaríamos ante un supuesto de responsabilidad civil contractual. Téngase en cuenta que dicha relación jurídica nace con la aceptación voluntaria del cargo por parte del patrono.

La influencia del Derecho de Sociedades de Capital en el Derecho de Fundaciones se manifiesta particularmente en el ámbito de determinación de la responsabilidad de los patronos, pues el criterio para su valoración es la diligencia en el desempeño de sus funciones.

Como ya se ha mencionado, el art. 17.1 de la LF establece la obligación genérica de desempeñar el cargo con la diligencia de un representante leal, a diferencia de la exigencia a los administradores de las sociedades mercantiles que también ha de desempeñar su cargo con la diligencia de un ordenado empresario.

Si bien el cargo de patrono de una fundación no participa de la misma naturaleza que la de administrador de una sociedad, sí que tiene ciertas similitudes, en la medida en que la actuación de los patronos debe desarrollarse bajo el mandato genérico de desempeñar el cargo con la diligencia de un representante leal, lo que pone de manifiesto la trascendencia de las funciones del patrono como representante de intereses ajenos y la relevancia de su actuación.

Cabe destacar que la doctrina señala que es preciso analizar los parámetros de diligencia en función de las circunstancias objetivas de cada caso. Lo que conduce a una interpretación objetiva del deber de diligencia según el tipo y la magnitud del fin que constituya el objeto fundacional e incluso según la posición concreta de un miembro del órgano de gobierno dentro de éste.

El art. 17.3 de la LF dispone que la acción de responsabilidad se entablará ante la autoridad judicial y en nombre de la fundación, (i) por el propio órgano de gobierno de la fundación, previo acuerdo motivado del mismo y en cuya adopción no participará el patrono afectado; (ii) por el Protectorado; (iii) por el/los patrono(s) disidente(s); o (iv) por fundador (cuando no fuera patrono).

Esta acción, también denominada acción fundacional de responsabilidad o acción en interés de la fundación, se ejerce contra los patronos que hayan causado un daño al patrimonio de la fundación y su objetivo es la reparación íntegra del perjuicio causado.

La propia LF reconoce la exención de responsabilidad para:

- a) Los patronos que hayan votado en contra del acuerdo; y
- b) Los patronos que 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 aquel.

La responsabilidad es solidaria, por lo que todos los miembros del patronato, o del órgano que

adoptó el acuerdo, serán responsables salvo que prueben que no intervinieron en la adopción del mismo. La acción podrá interponerse contra todos los patronos, o contra alguno de ellos, pudiendo reclamar a los demás la parte que corresponda.

En conclusión, la responsabilidad de los patronos, es una responsabilidad por daños, que sólo es exigible si se produce un perjuicio a la fundación, ha de determinarse judicialmente, es solidaria, tiene naturaleza civil contractual y es individual, pues responde el patrono, no el órgano al que pertenece.

Responsabilidad frente a terceros

Sin embargo, la LF no se refiere a la posible responsabilidad en la que pudieran incurrir los patronos de la fundación frente a terceros. Cuando los patronos se relacionan con terceros en representación de la fundación, es ésta quien responde - como persona jurídica que es -. Si la actuación del patrono, como representante de la fundación, ha sido negligente o ilícita, la fundación podrá repetir contra el patrono. No obstante, es claro, tal y como acepta la doctrina y la jurisprudencia, que la responsabilidad de los patronos no se limita a la reparación de los daños y perjuicios causados a la fundación, sino que incluye los causados a terceros.

La LF no recoge, a diferencia de la Ley de Sociedades de Capital (“LSC”), la legitimación subsidiaria de los acreedores para el ejercicio de la acción social (art. 240 LSC) y tampoco hace ninguna mención a la acción individual de responsabilidad iniciada por terceros que han visto lesionados sus intereses por los actos de los administradores (art. 241 LSC).

Una parte de la doctrina plantea que el silencio de la LF debe interpretarse en el sentido de entender que existe la legitimación de terceros para ejercitar la acción social de responsabilidad contra los patronos (ej. un proveedor que tiene un cobro pendiente por parte de la fundación) por considerar que el ejercicio de la acción permite actuar o hacer efectivo un interés legítimo del actor. Todo ello mediante la aplicación en sede fundacional de la acción subrogatoria del art. 1.111 CC que un sector doctrinal entiende su aplicación por analogía con el art. 240 LSC, que como indicábamos, faculta expresamente a los acreedores para ejercer la acción por deudas sociales contra los administradores (“Los acreedores de la sociedad podrán ejercitar la acción social de responsabilidad contra los administradores cuando no haya sido ejercitada por la sociedad o sus socios, siempre que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos”).

Por lo que se refiere a la acción de responsabilidad individual, hay que tener en cuenta que pueden originarse daños a terceros actuando el patrono individualmente como miembro del órgano de gobierno, en su tarea de administración de la fundación, y, en ningún caso, el silencio de la LF al

respecto no puede interpretarse como una exención de dicha responsabilidad.

Algunas normas autonómicas de fundaciones, como la de Cataluña sí prevén expresamente, junto a la acción en interés fundacional, la existencia de una acción individual por daños contra los patronos que puede ser ejercitada por terceros (art. 332.11.5 Código Civil Catalán).

En el mismo sentido, la normativa gallega preveía expresamente a través del derogado Decreto 248/1992, junto a la acción fundacional de responsabilidad, la existencia de una acción individual de responsabilidad que podían entablar terceros por los actos del órgano de gobierno o de sus miembros que lesionen directamente sus derechos o intereses legítimos (art. 15).

Por el contrario, la jurisprudencia (ej. STSJ de Cataluña de 17 de septiembre de 2009) ha considerado que no cabe la aplicación analógica de la acción individual de responsabilidad, considerando que no concurre ni el requisito de identidad ni la existencia de una laguna legal que deba ser suplida por analogía.

Esta corriente jurisprudencial entiende que el régimen de responsabilidad individual de los patronos frente a terceros debe reconducirse al régimen general de la responsabilidad previsto en el art. 1.902 CC (“El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.”).

Dicha responsabilidad puede ser demandada por los acreedores como terceros legitimados que son, siendo el plazo de prescripción de la acción de tres años (art. 1.968 CC) a diferencia del plazo establecido para la prescripción de la acción individual en el ámbito societario que es de cuatro años.

Cabe recordar que, conforme al art. 1.903 CC, la obligación de reparar el daño que impone el art. 1.902 CC es exigible, no sólo por los actos y omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder.

Así, puede considerarse, que la fundación puede producir daños a terceros bien por alguna actuación de su órgano de administración y gobierno, el patronato, o bien por la vía del art. 1.903 4º CC, y por tanto por los daños causados por los dependientes o empleados en el desempeño de sus funciones dentro de la fundación, que se entenderán producidos por ésta.

En el caso de los daños infligidos a terceros por el patronato, la jurisprudencia señala, en aplicación del art. 1.902 CC, que los patronos no responderán de forma personal salvo que se hayan extralimitado en sus facultades respecto al objeto fundacional.

Por el contrario, en el supuesto del art. 1.903 4º CC, el fundamento de la responsabilidad de los patronos se basa en la culpa in vigilando o in eligendo a los empleados y en la asignación de funciones. En este caso, la responsabilidad se atribuye directamente a los patronos y no a la persona jurídica. Entendemos que, atendiendo a las circunstancias concretas, podrían extenderse también a los directivos.

A pesar de lo expuesto, cabe destacar que, en casos excepcionales, la jurisprudencia ha declarado la responsabilidad civil subsidiaria de la entidad.

La responsabilidad de los patronos frente a terceros es una responsabilidad solidaria entre los causantes y los partícipes del daño en los supuestos del art. 1.902 CC (actos propios) cuando no se puede individualizar para cada uno de ellos, pero también es solidaria con quien sean considerados responsables por aplicación del art. 1.903 CC (actos ajenos).

Respecto de la responsabilidad por actos ajenos, conviene recordar que el art. 1.904 CC establece el derecho de repetición contra los dependientes causantes efectivos del daño por los importes satisfechos por los patronos en cumplimiento del art. 1.903 CC.

Fuera de toda duda queda la posibilidad de ejercicio de la acción de responsabilidad por el Protectorado a iniciativa de un tercero con interés legítimo. En alguna norma autonómica se prevé, incluso, de forma expresa (art. 15.4 de la Ley de Fundaciones del País Vasco).

Responsabilidad de patronos por deudas de la fundación y fundaciones en situación concursal

La LF no recoge un precepto análogo al art. 367 de la LSC, por lo que excluye de ámbito fundacional, la acción por responsabilidad de los patronos por deudas de la fundación.

El mencionado art. 367 de la LSC atribuye a los administradores de las sociedades de capital una responsabilidad por deudas que se ha llegado a calificar, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, de objetiva o cuasi-objetiva. El tenor literal del artículo establece que: “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 ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución.”

Conviene recordar que la LF no contempla como causa legal de disolución del Derecho Mercantil (“las pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso”, ni “por reducción del capital social por debajo del mínimo legal, que son consecuencia del cumplimiento de una ley”) y la jurisprudencia se ha manifestado contraria a aplicar este artículo por analogía al sector fundacional.

El art. 31 LF se limita a señalar que la fundación se extinguirá: (i) cuando expire el plazo por el que fue constituida; (ii) cuando se hubiese realizado íntegramente el fin fundacional; (iii) cuando sea imposible la realización del fin fundacional, sin perjuicio de la posible modificación o fusión; (iv) cuando así resulte de la fusión (extinción sin liquidación); (v) cuando concurra cualquier otra causa prevista en el acto constitutivo o en los estatutos; y (vi) cuando concurra cualquier otra causa establecida en las leyes.

Sin embargo, no debe pasar inadvertido el art. 22 del Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el reglamento de fundaciones de competencia estatal (el “RF”), que establece que “cuando durante dos ejercicios consecutivos se aprecie en las cuentas anuales de una fundación una reducción grave de sus fondos propios que ponga en riesgo la consecución de sus fines, el protectorado podrá requerir al patronato a fin de que adopte las medidas oportunas para corregir la situación.”

Este artículo, a pesar del paralelismo con la LSC, no llega a establecer las posibles consecuencias a esta situación. Dado que no contempla tal reducción grave de los fondos propios como causa de disolución, no puede establecerse responsabilidad de los patronos de forma análoga a la de los administradores. No obstante, si se determina que tal situación ha producido un perjuicio a la fundación, cabría la posibilidad de ejercitar, por alguno de los sujetos legitimados, la acción en interés fundacional.

Sin embargo, sí es de aplicación a las fundaciones la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (“LC”), en tanto la declaración de concurso es procedente respecto de cualquier deudor, sea persona física o jurídica.

Según establece la LC se procederá a la declaración de concurso en caso de insolvencia del deudor común, entendiéndose por insolvencia la incapacidad para atender regularmente sus obligaciones exigibles (art. 2.2 LC). Podrán solicitarlo tanto el propio deudor como sus acreedores.

En caso de concurso de una fundación los patronos podrían llegar a tener responsabilidad si abierta la pieza de calificación del concurso, resultara de aplicación lo previsto en el art. 172 bis LC, esto es:

“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.”

El concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviera, sus representantes legales, administradores o liquidadores (de hecho o de derecho).

La LC establece una presunción iuris et de iure de concurso culpable si concurre alguna de las siguientes circunstancias:

- Cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la que llevara.
- Cuando el deudor hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento, o hubiera acompañado o presentado documentos falsos.
- Cuando la apertura de la liquidación haya sido acordada de oficio por incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado.
- Cuando el deudor se hubiera alzado con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores o hubiera realizado cualquier acto que retrase, dificulte o impida la eficacia de un

embargo en cualquier clase de ejecución iniciada o de previsible iniciación.

- Cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos.
- Cuando antes de la fecha de la declaración de concurso el deudor hubiese realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia.

Asimismo, la LC, en virtud del art. 165, presume iuris tantum la culpabilidad del concurso si el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores:

- Hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso.
- Hubieran incumplido el deber de colaboración con el juez del concurso y la administración concursal o no les hubieran facilitado la información necesaria o conveniente para el interés del concurso o no hubiesen asistido, por sí o por medio de apoderado, a la junta de acreedores, siempre que su participación hubiera sido determinante para la adopción del convenio.
- Si el deudor estuviera obligado legalmente a la llevanza de contabilidad y no hubiera formulado las cuentas anuales, no las hubiera sometido a auditoría, debiendo hacerlo, o, una vez aprobadas, no las hubiera depositado en el Registro Mercantil o en el registro correspondiente, en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso.
- El concurso se presume culpable, salvo prueba en contrario, cuando los socios o administradores se hubiesen negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles y ello hubiera frustrado la consecución de un acuerdo de refinanciación de los previstos en el artículo 71 bis.1 o en la disposición adicional cuarta o de un acuerdo extrajudicial de pagos. A estos efectos, se presumirá que la capitalización obedece a una causa razonable cuando así se declare mediante informe emitido, con anterioridad a la negativa del deudor, por experto independiente nombrado de conformidad con lo dispuesto por el artículo 71 bis.4. Si hubiere más de un informe, deberán coincidir en tal apreciación la mayoría de los informes emitidos. En todo caso, para que la negativa a su aprobación determine la culpabilidad del concurso, el acuerdo propuesto deberá reconocer en favor de los socios del deudor un derecho de adquisición preferente sobre las acciones, participaciones, valores o instrumentos convertibles suscritos por los acreedores, a resultas de la capitalización o emisión propuesta, en caso de enajenación ulterior de los mismos. No obstante, el acuerdo propuesto podrá excluir el derecho de adquisición preferente en las transmisiones realizadas por el acreedor a una sociedad de su mismo grupo o a cualquier entidad, que tenga por objeto la tenencia y administración de participaciones en el capital de otras entidades con tal de que sea de su grupo o que esté participada por el acreedor. En cualquier caso, se entenderá por enajenación la realizada en favor de un tercero por el propio acreedor o por las sociedades o entidades a que se refiere el inciso anterior.

Respecto de la naturaleza de la responsabilidad concursal, la doctrina no es pacífica al respecto. Mientras que un sector considera que se trata de una responsabilidad por daños o de carácter indemnizatorio, otra corriente la califica como responsabilidad punitiva o por deudas.

Conviene recordar que mientras para la responsabilidad por daños es imprescindible demostrar el nexo causal entre la conducta dolosa o culpable y el perjuicio causado a los acreedores, en la responsabilidad por deudas sólo se analiza si se produjo o no la conducta dolosa o culpable.

Este debate se traslada también al plano de la jurisprudencia, existiendo dos posturas enfrentadas y visibles en las decisiones de la Audiencia Provincial de Barcelona y de la Audiencia Provincial de Madrid. Si bien, y tras la última reforma de la LC dicha discusión queda superada con la nueva redacción del art. 172 bis (“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.”) que atribuye a la responsabilidad concursal naturaleza indemnizatoria.

Responsabilidad subsidiaria de patronos y administradores en el ámbito tributario y de subvenciones

Conforme a la construcción de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, sus sucesivas modificaciones (“LGT”) y de la Ley 38/2003, de 17 de diciembre, General de Subvenciones (“LGS”), tanto en el ámbito tributario como en el de las subvenciones públicas, en primer lugar, la Administración perseguirá los bienes del deudor principal, y resultando imposible, por resultar insolvente o declarado en concurso de acreedores, procederá a perseguir los bienes del responsable subsidiario.

No obstante, tanto en el ámbito tributario como en el de subvenciones, en un mismo supuesto puede haber responsables solidarios y subsidiarios. En este caso, y por aplicación del art. 41.5 LGT (“la derivación de la acción administrativa a los representantes subsidiarios requerirá la previa declaración de fallido del deudor principal y de los responsables solidarios”).

Conforme al art. 43 LGT serán responsables subsidiarios de la deuda tributaria, entre otras, las siguientes personas –físicas o jurídicas -:

- 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 posibilitasen las infracciones. Su responsabilidad también se extenderá a las sanciones.

- Los administradores de hecho o de derecho de aquellas personas jurídicas que hayan cesado en sus actividades, por las obligaciones tributarias devengadas de éstas que se encuentren pendientes en el momento del cese, siempre que no hubieran hecho lo necesario para su pago o hubieren adoptado acuerdos o tomado medidas causantes del impago.

- Los integrantes de la administración concursal y los liquidadores de sociedades y entidades en general que no hubiesen realizado las gestiones necesarias para el íntegro cumplimiento de las obligaciones tributarias devengadas con anterioridad a dichas situaciones e imputables a los respectivos obligados tributarios. De las obligaciones tributarias y sanciones posteriores a dichas situaciones responderán como administradores cuando tengan atribuidas funciones de administración.

- Los adquirentes de bienes afectos por ley al pago de la deuda tributaria, en los términos del artículo 79 LGT.

- Las personas o entidades que contraten o subcontraten la ejecución de obras o la prestación de servicios correspondientes a su actividad económica principal, por las obligaciones tributarias relativas a tributos que deban repercutirse o cantidades que deban retenerse a trabajadores, profesionales u otros empresarios, en la parte que corresponda a las obras o servicios objeto de la contratación o subcontratación.

- Las personas o entidades que tengan el control efectivo, total o parcial, directo o indirecto, de las personas jurídicas o en las que concurra una voluntad rectora común con éstas, cuando resulte acreditado que las personas jurídicas han sido creadas o utilizadas de forma abusiva o fraudulenta para eludir la responsabilidad patrimonial universal frente a la Hacienda Pública y exista unicidad de personas o esferas económicas, o confusión o desviación patrimonial. La responsabilidad se extenderá a las obligaciones tributarias y a las sanciones de dichas personas jurídicas.

- Las personas o entidades de las que los obligados tributarios tengan el control efectivo, total o parcial, o en las que concurra una voluntad rectora común con dichos obligados tributarios, por las obligaciones tributarias de éstos, cuando resulte acreditado que tales personas o entidades han sido creadas o utilizadas de forma abusiva o fraudulenta como medio de elusión de la responsabilidad patrimonial universal frente a la Hacienda Pública, siempre que concurren, ya sea una unicidad de personas o esferas económicas, ya una confusión o desviación patrimonial.

Antes de la reforma de la LGT, tanto la doctrina como la jurisprudencia interpretaba restrictivamente la definición de administrador, lo que en sede funcional, reducía la responsabilidad subsidiaria a los patronos. Sin embargo, en los últimos años se ha evolucionado hacia una interpretación más extensiva, lo que incluye a todos aquellos que ejerzan la gestión y dirección de la fundación. Analizando la diligencia exigible a los patronos, cuya falta puede dar lugar a responsabilidad tributaria, volvemos a lo dispuesto en el art. 17 LF, que requiere a los patronos la diligencia de un representante leal.

En la misma línea que la ya expuesta en cuanto a la atribución de responsabilidad a los patronos, para imputar, o no, la responsabilidad tributaria habrá que estar a la estructura organizativa de la fundación tanto para determinar la responsabilidad de cada uno de los miembros del patronato como para determinar la responsabilidad de éstos por el incumplimiento de las obligaciones de sus subordinados. Téngase en cuenta que para que se dé la responsabilidad ha de existir dolo y culpa, también “in vigilando”.

Con relación a la LGS, hay que partir de la base que en esta norma se ha importado el concepto de responsable del ámbito tributario, así, en virtud de su art. 40.3 y 4, responderán subsidiariamente de la obligación de reintegro:

- Los administradores de las sociedades mercantiles, o aquellos que ostenten la representación legal de otras personas jurídicas, que no realicen los actos necesarios que fueran de su incumbencia para el cumplimiento de las obligaciones infringidas, adoptasen acuerdos que hicieran posibles los incumplimientos o consintieran el de quienes de ellos dependan.
- Los que ostenten la representación legal de las personas jurídicas, de acuerdo con las disposiciones legales o estatutarias que les resulten de aplicación, que hayan cesado en sus actividades responderán subsidiariamente en todo caso de las obligaciones de reintegro de éstas.
- En el caso de sociedades o entidades disueltas y liquidadas, sus obligaciones de reintegro pendientes se transmitirán a los socios o partícipes en el capital que responderán de ellas solidariamente y hasta el límite del valor de la cuota de liquidación que se les hubiera adjudicado.

Responsabilidad penal de fundaciones y responsabilidad penal de patronos y directivos

Desde el año 2010, y en virtud de la aprobación de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (“CP”), las personas jurídicas pueden ser penalmente responsables. Esta novedad se ha consolidado con

la reforma en 2015 del CP, pues a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se ha desarrollado responsabilidad penal de las entidades.

No obstante, deben distinguirse dos situaciones, aquellos supuestos en los que los patronos o administradores de hecho o de derecho puedan resultar penalmente responsables y otros en los que la fundación pueda resultar penalmente responsable.

Respecto a la responsabilidad penal de los administradores, hay que señalar los principios básicos que rigen nuestro Derecho para poder responsabilizar penalmente a una persona son:

- Culpabilidad, esto es, que haya actuado con dolo. Hay excepciones en los que la normativa penal contempla expresamente la culpa para determinar este factor;
- Responsabilidad personal, pues sólo se responde penalmente por hechos propios - como autor o cómplice -;

Esta responsabilidad puede ser determinada respecto de los administradores de derecho (patronos) o de hecho (en sentido amplio, quienes ostenten facultades de dirección, gestión, administración, representación o cualquier otra) que, en el ejercicio de sus funciones, realicen actuaciones ilícitas en nombre y representación de la fundación.

A la hora de determinar la responsabilidad penal de las personas jurídicas se estará también al beneficio, directo o indirecto, que dicha persona jurídica haya obtenido del delito cometido.

Los tipos delictivos de los que los administradores pueden resultar responsables, pueden ser, entre otros:

- Estafas o apropiaciones indebidas;
- Administración desleal;
- Delitos contra la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores;
- Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social;
- Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente;
- Delitos contra los derechos de los trabajadores;
- Delitos societarios;
- Insolvencias punibles.

La responsabilidad penal de las persona jurídicas se establece en el art. 31 bis CP y no excluye la responsabilidad penal de la persona física, pudiendo concurrir ambas, aunque son autónomas la una de la otra.

Las personas jurídicas podrán ser responsables penales de, entre otros, los siguientes delitos:

- Obtención o tráfico ilegal de órganos humanos;
- Trata de seres humanos;
- Prostitución y corrupción de menores;
- Contra la intimidad y revelación de secretos;
- Estafa, insolvencias punibles, daños informáticos, etc.;
- Contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social;
- Falsificación de tarjetas de créditos;
- Cohecho;
- Tráfico de influencias;
- Corrupción en las transacciones comerciales internacionales;
- Colaboración con organización terrorista.

La multa es la pena común y general para todos los supuestos de responsabilidad, reservándose la imposición de otras medidas más severas sólo para los supuestos cualificados.

Cuando se trate de pena de multa por cuotas, su extensión máxima será de cinco años (mientras que para las personas físicas lo es de dos), y la mínima de diez días.

Con respecto a la cuota diaria, la diferencia es mayor con lo establecido para las personas físicas, pues el rango es de los treinta (30 €) a los cinco mil euros (5.000 €) para las personas jurídicas, y de dos (2 €) a cuatrocientos euros (400 €) para las físicas.

En cuanto a la multa proporcional, se calculará, según prevé el art. 52.4 CP, atendiendo al beneficio obtenido, o facilitado, al perjuicio causado al valor del objeto o la cantidad defraudada o indebidamente obtenida. Si fuera imposible calcular, conforme a estos criterios, el importe de la multa, el órgano jurisdiccional deberá motivar tal imposibilidad y sustituirá la multa proporcional por una multa por cuotas.

De forma complementaria a las multas, el CP prevé respecto de las personas jurídicas:

- Suspensión de sus actividades por un plazo no superior a cinco años;
- Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo no superior a cinco años;

- Prohibición, temporal (por un máximo de cinco años) o definitiva, de realizar las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito;
- Intervención judicial, por un plazo inferior a cinco años, para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores. La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus secciones o unidades de negocio;
- Inhabilitación, durante un período máximo de quince años, para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social;
- Disolución de la persona jurídica.

Téngase en cuenta que el propio CP establece circunstancias atenuantes a la hora de valorar los delitos y la imposición de la correspondiente pena, algunas de ellas son:

- Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades;
- Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos;
- Haber procedido, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral, a reparar o disminuir el daño causado por el delito;
- Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

Con relación a este último factor, puesto que los mecanismos no quedan definidos en el marco normativo, es recomendable que las personas jurídicas, y en lo que a este documento afecta, las fundaciones, implanten determinadas medidas y controles adecuados de prevención, de formación de directivos y empleados y de revisión de dichas medidas.

Es crucial que estos protocolos estén documentados para que puedan servir de prueba en caso de procedimiento judicial. Téngase en cuenta, que para que pueda aplicarse el valor exonerante que prevé el CP a estos procedimientos, deberá de cumplir con los requisitos del art. 31 bis.2 CP y haberse implantado con anterioridad al hecho punible.

En cualquier caso, es aconsejable que las fundaciones cuenten, al menos, con (i) unos procedimientos predeterminados de evaluación previa del destino de los fondos y de los criterios de selección de los beneficiarios y (ii) con un responsable de dichos procedimientos.

Recuérdese que la comisión de un delito genera la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados por dicho delito.

A este respecto, cuando, por los mismos hechos se condene a una persona física y a la persona jurídica, de conformidad con lo dispuesto en el art. 116.3 CP, ambas serán responsables solidarias del pago del importe de la responsabilidad civil derivada del delito cometido.

En todo caso, conviene tener presente que, para aquellos tipos penales en los que no está prevista la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se puede aplicar el art. 120 CP, que establece la responsabilidad civil subsidiaria de la persona jurídica respecto de los daños y perjuicios derivados de un delito cometido por sus representantes o empleados.

Por último, señalar que, dado que la determinación de la responsabilidad penal de la persona jurídica supondrá la determinación de una conducta poco diligente cometida por los administradores, en este caso patronos, de hecho o de derecho, por no haber ejercido sobre las personas sujetas a su autoridad el oportuno control, se puede afirmar que, en muchos casos, de la condena penal de la fundación se derivará el ejercicio, en sede jurisdiccional civil, de la acción de responsabilidad contra los patronos por el perjuicio causado a la fundación.

Bibliografía

EMBID IRUJO, José Miguel, (2005), “Gobierno de la Fundación” Comentarios a las Leyes de Fundaciones y Mecenazgo, Iustel, Madrid, pp. 230 - 273.

EMBID IRUJO, José Miguel (2009), “Obligaciones y responsabilidad de los patronos”, en Anuario de Derecho de Fundaciones, Iustel, Madrid.

GARCÍA GONZALEZ, Roberto, “La responsabilidad civil y penal de los administradores sociales”, Noticias Jurídicas, febrero 2008.

LORENZO, Rafael de (1995), “Responsabilidad de los patronos”, Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales, Escuela Libre Editorial, pp. 127 – 146.

MAURICIO SUBIRANA, Sonia, “La nueva configuración de la responsabilidad de los administradores de sociedades”, Revista Hacienda Canaria, número 10, 2004.

RIVERO HERNANDEZ, Francisco, “Responsabilidad de los patronos de una fundación frente a terceros”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, número 664.

RUIZ JIMÉNEZ, Juana, “No es posible equiparar la responsabilidad de los patronos de las fundaciones con los administradores de sociedades mercantiles”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, número 172.

SORIA SORJÚS, José, “La responsabilidad jurídica de los patronos de las fundaciones. Especial consideración a la responsabilidad de los patronos de fundaciones en situación de insolvencia.”, Artículos Jurídicos Uría Menéndez (publicado en la revista La Ley, número 7.640).

CIRCULAR 1/2016 DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015.

Madrid, junio 2018. Servicio de Asesoría Jurídica y Fiscal AEF